

**UNIVERSITE STRASBOURG II. MARC BLOCH.
U.F.R DE LANGUES ET CIVILISATIONS ETRANGERES.**

.....N° ATTRIBUE PAR BIBLIOTHEQUE.

LLLLLLLLLLLLLLLLLI

**THESE.
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR
DE L'UNIVERSITE STRASBOURG II.
EN
ETUDES ORIENTALES MEDITERRANEENNES et NEO-
HELLENIQUES.**

Présentée et soutenue publiquement

Par

Mr. SERGHINI Ahmed.

Le : 05 /11/ 2007.

**L'INSTITUTION JUDICIAIRE
MUSULMANE
ORIGINES ET EVOLUTIONS.**

Directeur de thèse.

M. WEBER Edgar.

JURY

Président: Mr. ABI RACHED Nehmettallah
Mr. KHOURY Raif Georges.
Mme. DENOOZE Laurence.

DEDICACES.

A mes parents.

A la mémoire de ma grand-mère
et de ma sœur Yamina.

A mes deux nièces, Meriam et Assia.

A mes deux neveux, Oussama et Mohammad.

A ma famille et à la famille Deroses.

Et à tous mes amis.

REMERCIEMENTS.

A Monsieur Edgar WEBER, mon Directeur de thèse dont l'assistance et les conseils m'ont beaucoup apporté et aidé à poursuivre le travail.

A Monsieur Ali BOUAMAMA pour son accueil du sujet et son soutien.

A Monsieur Hossein BEIKBAGHAN pour ses conseils pratiques et ses encouragements.

A mes professeurs, Monsieur Michel BARBOT, Monsieur Georges KHAIRALLAH, Monsieur SAYEGH, qui m'ont permis d'acquérir, à travers leurs cours, des outils méthodologiques.

A Monsieur Mohammed CHEHHAR dont l'aide pour l'accomplissement de ce travail est inestimable.

A Monsieur Georges Raif KHOURY, qui à travers des rencontres fortuites et des discussions informelles, j'ai bénéficié de ses idées et de ses connaissances précieuses.

Je tiens également à remercier Monsieur Tawfik Malek pour sa contribution à la réalisation technique de notre travail.

A eux tous va ma gratitude et ma profonde reconnaissance à celles est ceux dont la présence et la contribution ont été des plus précieuses.

SYSTEME DE TRANSLITTERATION.

'	ء	ط	ṭ
b	ب	ظ	ẓ
t	ت	ع	'
<u>t</u>	ث	غ	ġ
ğ	ج	ف	f
h	ح	ق	q
<u>h</u>	خ	ك	k
d	د	ل	l
<u>d</u>	ذ	م	m
r	ر	ن	n
z	ز	ه هـ	h
s	س	و	w
š	ش	ي	y
ṣ	ص	ة état absolu a, état construit at.	Voyelles brèves : a, u, i.
d	ض		Voyelles longues : â, û, î.

TABLE DES MATIERES.

DEDICACES.	2
EREMERCIEMENTS.	3
SYSTEME DE TRANSLITTERATION.	4
TABLE DES MATIERES.	5
INTRODUCTION GENERALE.	9
PREMIERE PARTIE. ORIGINES DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE MUSULMANE.	
MUSULMANE.	20
CHAPITRE PREMIER. LES ORIGINES PREISLAMIQUEES.	20
1-1- L'ORGANISATION GENERALE DE LA SOCIETE ARABE PREISLAMIQUE.	24
A- Les traces historiques et contenu du terme 'arab	24
B. L'organisation sociale.	30
C. Les fondements des groupements sociaux.....	36
a. Lien naturel par le sang.....	36
b- Lien artificiel.....	51
1- L'adoption, التبنني	51
2 - L'acte du walâ' الولاء.....	54
3 - Le principe du ġiwâr, الجوار	57
4- Le pacte du 'ilâf, الاءيلاف.....	58
d- Le détachement du groupe.....	59
1-2- L'ORGANISATION POLITIQUE DES GROUPEMENTS TRIBAUX.	61
A. Le chef de groupement : Titres.	61
B. Les attributions et les droits et charges du chef.	63
C- Désignation du chef du groupement.	64
D- L'assemblée tribale.....	66
E- La nature du pouvoir politique de la société arabe préislamique.	68
1-3. L'ORGANISATION DE LA JUSTICE PREISLAMIQUE.	69
A- LA VENGEANCE PRIVEE.....	70
a- LE CARACTERE IMPERSONNEL DU TA'R.	73
b- Le caractère illimité du ta'r.	75
c- Le caractère religieux du ta'r.	76
B- La compensation matérielle, la diyya.....	81

<i>a-</i> Le recours au ḥakam, arbitre.	88
<i>b-</i> La procédure d'arbitrage.	91
<i>c-</i> L'audience.	96
<i>d-</i> La phase postérieure au prononcé de la sentence.	100
DEUXIEME CHAPITRE. L'ORGANISATION JUDICIAIRE A L'AVENEMENT DE L'ISLAM.	101
2-1. LA SITUATION GENERALE DE L'ARABIE A L'AVENEMENT DE L'ISLAM.	102
A- L'organisation sociale à Médine.	112
B- L'organisation politique de l'Etat de Médine.	116
2-2. SURVIVANCES ET REFORMES DE LA PRATIQUE JUDICIAIRE DU TEMPS DU PROPHETE.	127
A- Au niveau de l'autorité judiciaire.	131
B-. Au niveau de la réglementation.	134
<i>a-</i> Le principe du talion.	134
<i>b</i> – le principe de la diyya.	140
TROISIEME CHAPITRE. L'ORGANISATION DE LA FONCTION JUDICIAIRE MUSULMANE ET SON EVOLUTION A PARTIR DES Umayyades.	152
3-1 CADRE HISTORIQUE DE LA SOCIETE MUSULMANE DES Umayyades AUX MAMLUK.	156
A-La période umayyade.	156
B- La période Abbasside 750-936, Naissance et déclin.	158
C- La dynastie des Umayyades d'Espagne.	166
<i>D- La dynastie des Fatimides.</i>	167
E- La période des Mamlûks.	169
3-2. LE MAGISTRAT JUDICIAIRE SOUS LES Umayyades.	172
3-3- LE MAGISTRAT JUDICIAIRE SOUS LES ABBASSIDES, (771/868).	175
3-4-L'INSTITUTION DU JUGE EN CHEF, QADI AL-QUDAT.	178
3-5-LE QADI AL-GAMA'A DE L'ESPAGNE MUSULMANE.	180
QUATREME CHAPITRE- L'ETAT DES LIEUX DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE SOUS LES DYNASTIES DE 868 A 968.	181
4-1. L'INVESTITURE DU JUGE.	185
4-2- LE DIPLOME D'INVESTITURE.	185
4-3- LA CEREMONIE D'INVESTITURE DES MAGISTRATS.	187
4-4- TERMINOLOGIE RELATIVE A L'INVESTITURE DU QADI.	190
CINQUIEME CHAPITRE. LE TRIBUNAL DU QADI MUSULMAN ET SES CARACTERISTIQUES.191	191
5-1. LE PRINCIPE DE L'UNICITE DU JUGE.	191
5-2- CONDITIONS D'APTITUDE A LA MAGISTRATURE JUDICIAIRE.	194
A -Conditions légales de fond.	194
B -Conditions de fait.	200

5-3. COMPOSITION DU TRIBUNAL DU QADĪ.....	204
1-le conseil du qâdĭ, mašûra.	204
2-Les muftĭ.	204
3-Les ‘adûl, témoins du qâdĭ.....	205
5-4-CONDITIONS D’APTITUDES A LA PROFESSION DES ‘ADUL.....	208
5-5- LES AUXILIAIRES DE JUSTICE.	211
SIXIEME CHAPITRE. LA PROCEDURE JUDICIAIRE EN DROIT MUSULMAN.	
.....	216
6-1-LA PRESOMPTION.....	221
6-2. L’ORGANE CHARGE DE L’EXECUTION DES SENTENCES.	222
6-3-LA PREUVE LEGALE, AL-BAYYINA.....	223
6-4-LA PREUVE ECRITE.....	226
6-5- LA NOTION DE L’AVEU, ‘IQRAR.....	229
6-6. APTITUDE AU TEMOIGNAGE.	230
DEUXIEME PARTIE. NAISSANCE DE NOUVELLES JURIDICTIONS.	236
CHAPITRE PREMIER. GENERALITES.	236
1-1. LA JURIDICTION DES NAZAR FI AL-MAZALIM.	238
1-2- ORIGINES DES MAZALIM.....	240
1-3- LE FONDEMENT THEORIQUE DE LA CHARGE DES MAZALIM.	246
1-4. LA PROCEDURE DES MAZALIM.....	247
1-5. L’INSTITUTION DES MAZALIM ET LA ŠARI‘A.....	252
1-6- LES FAITS JUSTICIAIBLES DES MAZALIM.	253
1-7. ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DES MAZALIM.....	264
1-8.JOURS ET LIEUX D’AUDIENCES DES MAZALIM.	271
1-9- L’EVOLUTION ULTERIEURE DE LA JURIDICTION DES MAZALIM.....	274
DEUXIEME CHAPITRE. LA JURIDICTION DU QADĪ AL-‘ASKAR.....	275
2-1. ORIGINE DE LA CHARGE.....	276
2-2. LE STATUT JURIDIQUE DU QADĪ AL-‘ASKAR.....	277
2-3. LA COMPETENCE DU QADĪ AL-‘ASKAR.	280
TROISIEME CHAPITRE. LA CHARGE DE LA ĤIĜABA.....	281
3-1. ORIGINES ET NATURE DE LA FONCTION.	281
3-2. ATTRIBUTIONS DU ĤAGĪB.....	286
QUATRIEME CHAPITRE. WILAYAT AL-NUQABA’ ‘ALA DAWI AL-ANSAB.	289
4-1. NOTIONS GENERALES.	289
4-2. LES ATTRIBUTIONS DE LA NIQABA.	292
CINQUIEME CHAPITRE. DIVERSES AUTRES JURIDICTIONS SPECIALES.	296
5-1. LA JURIDICTION DU HITTAT AL-ANKIHA.	297
5-2. LE ĤAKĪM.	298
SIXIEME CHAPITRE. LA JURIDICTION REPRESSIVE, LA SURŤA.....	302
6-1- LES PEINES DANS LE DROIT MUSULMAN ET LEUR CHAMP D’APPLICATION.....	303

A- Les délits et peines prévus par le Loi.....	303
B- Les peines non prévues par la Loi, ta'zîr.	307
6-2- LES PEINES LEGALES DANS LES AHKAM D'AL-MAWARDI.....	309
A- Le contenu lexicologique du terme šurṭa.	310
B- Origines de la police, šurṭa.	313
C- Attributions de la šurṭa.....	313
6-3- LA PROCEDURE DE LA ŠURṬA.	323
A- La saisine du juge.	323
B- L'instruction.	324
C-Le jugement.	325
SEPTIEME CHAPITRE. LA CHARGE DE LA HİSBA.....	327
7-1. DEFINITION DE LA CHARGE DE LA HİSBA.	327
7-2. L'ORGANISATION DE LA HİSBA.....	331
7-3. ATTRIBUTIONS DE LA HİSBA.....	333
A- Attributions théoriques.	335
B- Les attributions réelles.....	337
CONCLUSION GENERALE.....	349
INDEX GENERAL.	361

INTRODUCTION GENERALE.

*Ibn Haldûn*¹ dans sa *Muqadimma*²; cite un extrait de *la Politique, al-Siyyâsa*, ouvrage très répandu et attribué à Aristote, dans lequel ce dernier rapporte les propos d'un prêtre zoroastrien :

« Le monde est un jardin, l'État est sa clôture. L'État est le pouvoir qui active la loi. Politique est la loi que dirige le roi. Au monarque l'armée apporte sa structure. L'appui des militaires se paie en argent. Les sujets en argent fournissent les subsides. Ce sont des serviteurs, et la justice tend à les garder, car sans elle le monde est vide. ». Ce passage qui souligne cette relation d'interdépendance entre l'organisation générale de la société et la justice a trouvé un grand retentissement et un écho auprès de notre détermination du choix de notre sujet.

Néanmoins, lors de notre mémoire de D.E.A, portant sur le *Code du Statut Personnel et Familial* dans lequel nous nous sommes intéressés aux notions juridiques, la question des fondements, des structures et de l'organisation nous a déjà effleurées.

De surcroît, l'actualité des publications à grand public qui regorge d'essentialisme d'une part et de relativisme d'autre part, a été aussi un élément déclencheur qui nous a fixé dans le réexamen de l'histoire de

¹ Cet auteur est né en 1332 dans une famille d'origine arabe jadis fixée en Espagne, et mort au Caire en 1406, Ibn Haldûn fut un lettré et un juriste qui occupa de hautes fonctions. D'abord au service des souverains Mérinides de Fès en 1354, il fut ensuite un court séjour à Grenade, puis revint au Maghreb, entra au service des Hafside et connut encore une existence mouvementée. Nommé *Grand qâdî* mâlikite au Caire en 1384 sous les Mamlûk, il eut l'occasion de rencontrer Tamerlan à Damas. Il est l'auteur d'une *Histoire universelle, Al-Muqaddima*, précédée de *Prolégomènes* où il définit l'histoire en tant que science indépendante et se livre à des considérations générales sur les lois naturelles qui régissent l'évolution des sociétés humaines et des dynasties.

² Traduction Vincent Monteil, Sinbad, Beyrouth, 1967, 1968, p. 62, 63. On se tiendra à cette traduction tout au long de notre recherche, lorsqu'il s'agit d'une autre version nous en indiquerons les références.

² Soutenu à l'Université Marc Bloc, 1998.

l'organisation judiciaire musulmane.

Notre étude sur les origines et l'évolution de l'organisation judiciaire musulmane se veut une exploration d'une réalité complexe, contrairement à ce que laissent entendre certaines études. Ces origines doivent être recherchées non pas à l'extérieur de la société musulmane, mais à la lumière des diverses mutations qu'avait connues le monde musulman, depuis les origines. Notre démarche qui est donc essentiellement historique, visera à étudier l'objet de notre travail en rapport avec la naissance de la société musulmane et son évolution. C'est ainsi qu'une incursion dans l'histoire générale de l'Islam nous paraît nécessaire voire indispensable, étant donné le rapport très étroit existant entre l'organisation générale de la société et la justice.

Les études qui ont été menées sur l'histoire de la civilisation arabo-musulmane et de ses institutions depuis la seconde moitié du XIX siècle et qui ont mobilisé de nombreux chercheurs du monde savant occidental, ont le mérite de souligner l'importance du problème relatif aux origines et de l'évolution de l'institution judiciaire musulmane, dont la solution n'avait jamais été sérieusement cherchée.

Mais des travaux récents, comme *l'Espagne musulmane du X siècle* de Lévi-provençal ; un *Manuel de hisba*, œuvre de la collaboration de Colin et Lévi-Provençal ; le *Livre des magistratures* d'Henri Bruno et Gaudefroy-Demombynes ; enfin, *l'Histoire de l'organisation judiciaire musulmane* d'Émile Tyan, ont poussé plus loin le domaine de nos connaissances scientifiques. Toutefois, les conclusions qui découlent de ces travaux, bien que respectables, nous paraissent ne pas décrire tout le processus qui a commandé la naissance de l'organisation judiciaire musulmane.

Notre travail se veut une synthèse modeste qui reprend certes ce qui a été déjà dit, mais il entend souligner les facteurs internes, tels que les enjeux

politiques, administratifs circonstanciés et idéologiques. Certes, le facteur religieux demeure une référence, mais il est instrumentalisé pour d'autres raisons : la filiation, la famille, l'amitié, le clientélisme, et le pouvoir. Dans certaines circonstances, la raison pratique l'emportait. Le balayage diachronique montre qu'il y a eu des ruptures et des continuités, mais sans une linéarité : il y'a eu en fait, des avancées et des reculades dans la réalisation de l'organisation judiciaire. Ce mouvement a rencontré des résistances et des initiatives d'innovations.

Depuis l'avènement de l'Islam en l'an 610, jusqu'à nos jours, le monde musulman n'a cessé de subir des transformations et des mutations. Celles-ci, s'elles n'affectent pas le fond religieux et culturel commun des musulmans, exercent sur les institutions aussi bien administratives que juridico judiciaires des influences qui finissent par leur offrir l'originalité que nous lui reconnaissons. L'organisation de la société musulmane du temps de l'Islam paradigmatique avait instauré pour la première fois dans l'histoire de l'Arabie les fondements d'une unité sociale basée sur les fondements de la foi religieuse. Cette unité, dont incombe aux musulmans la responsabilité d'assurer l'existence, fut souvent menacée, d'abord par des événements occasionnels et de moindres effets, comme fut le cas, au lendemain de la mort de *Muhammad* en l'an 632, lorsque des sécessions se produisirent parmi les tribus bédouines, mal assimilées à la nouvelle communauté initiée par *Muhammad*, et que rapidement, *Abû Bakr*, 632-634 successeur du Prophète, avait matées en réaffirmant la suprématie de l'Islam dans l'Arabie, et ensuite permanents et souvent violents, dont les premiers début remontent à l'événement de l'assassinat de *'Utman*, le deuxième calife, 644-656. Cet événement avait marqué dans l'histoire de l'Islam, la fin du règne des califes dits *râšidûn*, 632-660 et le début d'une nouvelle conception du gouvernement

dont les *Umayyades*, 661-750 furent les promoteurs. Sans rompre avec les idées de la communauté d'origine, l'intérêt des *Umayyades* s'est porté sur l'organisation de l'État autour du pouvoir politique, leur principal souci n'était ni la religion ni la loi religieuse, mais l'administration politique³, autrement dit, ils étaient intéressés par les questions d'organisation religieuse et de théologie dans la mesure où celle-ci avaient une incidence sur la loyauté du peuple envers eux-mêmes, c'est-à-dire sur la sécurité de l'État. L'avènement des *Abbassides*⁴ vers l'an 750 de notre ère, devait redonner une nouvelle dynamique à l'unité sociale amorcée depuis les origines en réinvestissant l'élément religieux au centre de la société. Les *Abbassides* se comportèrent en défenseurs de l'Islam et revendiquèrent à eux seuls la légitimité au pouvoir du fait de leur filiation aux Prophète. Mais cette légitimité allait leur être contestée par les *Fatimides*, dont la présence est signalée au Maghreb à partir de l'an 909. Il s'agit d'une dynastie de tendance *si'ite*. Cette dernière prétendait descendre de *Fâtima*, la fille du Prophète *Muhammad*, épouse de 'Ali, le quatrième calife, 656-660. Par voie de cette filiation, les *Fatimides* se considéraient plus en droit d'accéder au pouvoir à la place des *Abbassides*. Ce procédé de légitimation du pouvoir par voie de filiation intervenait souvent dans la mise en place des gouvernements et dans leur déchéance.

Ce sera sur cette toile de fond que l'on étudiera la naissance et la formation de l'organisation judiciaire musulmane et son évolution.

Pour étayer notre problématique, nous nous sommes soumis à une

³ Joseph Schacht, *Introduction au droit musulman*, trad, Paul Kempf et Abdel Magid Turki, Maisonneuve et Larose, Paris, 1983, p. 31.

⁴ Les *Abbassides* descendent d'al-'Abbâs, l'oncle du Prophète Muhammad.

rigueur qui a consisté à privilégier les sources directes. Or, le recours aux ouvrages de spécialistes s'est avéré déterminant dans la réalisation de notre travail. C'est ainsi que se côtoieront dans ce travail, des auteurs anciens et modernes, tels que, le juriste *Abû al-Ḥassân al-Mawardî*, dans ses *Aḥkâm al-sulṭaniyya*, *Ibn Ḥaldûn*, dans la *Muqaddima*, *al-Maqrizî*, dans ses *Ḥiṭât*, *al-Nuwayrî*, dans sa *Nihâya*, *al-Qalqaşandî*, dans son *Inşâ'* ; *Ibn Sa'd*, dans ses *Ṭabaqât*, *Ibn al-Aṭîr* dans les *Usd al-ġâbâ*, les *Murûğ al-dahab*, d'*al-Mas'ûdî*, *Al-Ṭabârî* dans son ouvrage intitulé : *al-Mulûk wa al-rusul*, *Les Rois et les Prophètes de la Création à David*, *al-Şafi'î* dans son *Kitâb al-Umm*, *Mâlik Ibn Anas* dans son *Muwaṭṭa'*, *Ibn Qudâmâ al-Maqdisî* dans son *Muġnî*, *al-Sarahşî*, dans son *Mabşût*, *Ibn 'Abidîn*, dans sa *ḥâşiyâ*, *Ibn 'Abdûn*, dans la *Takmila*. Le Père *Lammens* sur l'histoire de l'Arabie préislamique. *Joseph schacht* dans son *Introduction au droit musulman*, *Montgomery Watt*, dans ses ouvrages consacrés à *Muḥammad à la Mecque* et *Muḥammad à Médine*, *Gaudefroy-Demombynes*, dans son ouvrage consacré aux *institutions musulmanes* et celui consacré à l'histoire de *Muḥammad*, *Henri Laoust* sur *Les Gouverneurs de Damas sous les Mamlûk et les premiers Ottomans*, *Philip Hitti* dans son *Précis d'histoire des Arabes*. *Jacques Berque* dans son *Essai de traduction du Coran*, *Louis Milliot* dans son *Introduction à l'étude du droit musulman*, *Dominique et Janine Sourdel* dans l'ouvrage intitulé : *La civilisation de l'Islam classique*, *Émile Tyan* dans *Le système de responsabilité délictuelle, en droit musulman* et également son ouvrage sur *Le Notariat et le régime de la preuve par écrit, dans la pratique du droit musulman*, sans oublié l'ouvrage de cet auteur consacré à *l'Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*. Ces références ne constituent qu'une partie de notre bibliographie, d'autres seront citées au cours de notre travail.

Quant à la transcription, nous devons faire appel à l'indulgence du lecteur. La langue arabe possède une douzaine de consonnes sans équivalent en français. Ces consonnes sont généralement rendues par des groupes de nos consonnes courantes. Dans notre travail, nous opterons, à quelques exceptions près, pour le système de translittération utilisé dans la revue Arabica. C'est ainsi que nous transcrivons la consonne « ه - هـ » par le « h » aspiré, « ح » par « ḥ », « خ » transcrit « h », « ش » par « š » ou le « ج » par ğ , le « غ » par « ğ » , le « ع » nous le transcrivons par l'accent « ' », pour la hamza : « ء » nous la transcrivons par l'accent « ' ». Pour la consonne « ق » nous utiliserons la consonne « q » qui est le descendant incontestable à un son de gorge que n'a pas le K.

Pour les cas des termes devenus trop familiers, comme les noms de certaines localités ou pays, on continuera à les transcrire sous leur forme francisée, comme pour « بغداد » que nous transcrivons non pas « Baġdād » mais par « Bagdad ». On emploiera le terme « Coran » pour القرآن. Tandis que pour le nom du Prophète, il sera transcrit « *Muhammad* » et non *Mahomet*.

Il sera retenu dans notre travail, pour la traduction du Coran, la version proposée par Jacques Berque, *Essai de traduction*.

Pour mener à bien notre recherche, nous avons esquissé un plan qui sera articulé autour de deux parties distinctes et une conclusion. La première partie sera consacrée à l'étude des origines de l'organisation judiciaire musulmane, de la naissance de l'institution du *qâdî* ou magistrat judiciaire musulman, des règles qui définissent la mission du magistrat : procédure et preuve, et celles qui permettent d'assurer l'exercice des droits à l'accomplissement des obligations.

Quant à la seconde partie, elle traitera des différentes juridictions

auxiliaires ou connexes, les organismes d'ordres divers, qui exercent des compétences juridictionnelles, tels que la *šurṭa*, ou police, la *ḥisba*, une sorte de préposé affecté au besoin de faire régner l'ordre dans les marchés, les *mazālim*, une juridiction qui intervient dans les affaires, généralement d'abus de pouvoir commis par les agents de l'administration à l'encontre des usagers, etc. Le passage de la première à la seconde dans l'architecture de notre plan se veut motiver par le fait que l'extension de la charge du *qâdî* ne pouvait à elle seule suffire à répondre aux flux des besoins de la nouvelle société dès les *Abbassides*. Ces nouvelles institutions ne peuvent être saisies qu'après le rejet du juge. Ce passage nous paraissait d'une grande importance paradigmatique de la recherche et de l'innovation pour répondre à des mutations de la société. C'est pourquoi nous réserverons toute la deuxième partie aux institutions extraordinaires.

Nous insistons encore sur le fait que notre approche, tout en étant chronologique, en suivant l'évolution, elle ne cherche en aucune sorte à tomber dans une linéarité. La société musulmane de l'époque était multiple et variée. Ce qui se passait en Égypte n'était pas totalement semblable à ce qui se passait à *Bagdad* ou à *Cordoue*.

De ces deux parties découleront plusieurs chapitres. Dans le chapitre premier de la première partie nous serons amenés à étudier l'organisation générale de la société arabe préislamique et ses effets sur la conception de la justice. A l'issue de ce chapitre s'ouvrira le deuxième chapitre, lequel tentera d'analyser l'organisation judiciaire musulmane, à partir de l'an 622, date qui coïncide avec l'installation de *Muḥammad*⁵ à *Médine*, jusqu'à la fin du règne

⁵*Mahomet* est la forme francisée du nom du Prophète, mais sa forme en arabe classique est *Muḥammad*, prononcé *Mouḥammad*. C'est celle que préfèrent aujourd'hui les arabisants et que nous allons désormais

des quatre califes dit *râšidûn* que l'on situe généralement vers l'an 661, date qui marque l'assassinat du quatrième calife. Quant au troisième chapitre, il sera réservé à l'étude de l'organisation judiciaire musulmane sous les *Umayyades*.

Dans le chapitre premier de la seconde partie, nous traiterons de l'institution des *mazâlim*, une sorte de haut conseil de la magistrature qui statue dans les procès dont le *qâdî* s'est rendu incapable de juger. Ce chapitre étudiera la particularité de cette juridiction et l'étendu de son pouvoir, aussi bien vis-à-vis de la juridiction du *qâdî* ordinaire que des autres juridictions extraordinaires. Le caractère subsidiaire de cette institution, comme le soulignera ce chapitre, fera des *mazâlim* une juridiction quasi inexistante dans le développement du droit classique. Le deuxième chapitre, se consacrera à l'étude de la juridiction du *qâdî al- 'askar*, une sorte de juge de l'armée, nous expliquerons à l'occasion les origines de cette institution et son évolution ultérieure. Le troisième chapitre, expliquera les raisons qui ont précédé à l'extension des pouvoirs du *ḥâğib*, ou chambellan, une fonction originellement subalterne. Le chapitre quatrième traitera du *naqîb 'alâ dawî al-ansâb*, magistrat chargé pour servir les intérêts des individus d'origines, dites nobles. Cette charge qui est principalement administrative, par extension de compétence s'est vue attribuer peu à peu des compétences de nature judiciaire. C'est pour ce motif là que l'étude de cette juridiction trouvera sa place dans cette partie.

Dans le cinquième chapitre, nous étudierons une série de juridictions dont le titulaire avait eu, directement ou non, le pouvoir de statuer dans les affaires relevant de la compétence du *qâdî* ordinaire. La plupart de ces

adopter. Les autres formes de ce nom sont simplement dialectales et varient selon les régions du monde islamique.

juridictions ont disparu complètement et ne restent généralement d'eux qu'un exposé d'une faible valeur. De ces juridictions, nous aborderons l'étude des *ḥiṭaṭ al-ankiḥa*, il s'agit d'un *qâḍī* institué pour connaître des litiges relatifs aux affaires matrimoniales. Cette juridiction était très connue à l'autre extrémité occidentale du monde musulman. Ce chapitre traitera également de la juridiction du *ḥâkim* qui est en réalité un juge d'un rang inférieur à celui du magistrat judiciaire musulman ; son statut lui a permis de connaître des procès relevant également du tribunal ordinaire du *qâḍī*.

Le sixième chapitre proposera d'étudier l'institution de la *ṣurṭa* ou police, dont on a signalé précédemment l'existence. Les origines de cette institution et les différentes attributions qui l'ont longtemps accompagnée méritent à ce que l'on lui consacre une étude, quelque peu détaillée. Nous possédons suffisamment d'informations au sujet de cette juridiction grâce à des auteurs anciens et modernes. Le parcours de la *ṣurṭa* est atypique ; il est une juridiction relevant depuis les origines du milieu de l'armée, mais on lui a souvent assigné des missions de maintien de l'ordre dans les villes. Ce chapitre se chargera de mettre en avant la particularité de cette juridiction, et expliquera les raisons pour lesquelles, elle avait très rapidement réclamé à elle le jugement de certains crimes relevant, tantôt, du domaine du droit musulman classique que du domaine échappant à la juridiction de celui-ci. La juridiction de la *ṣurṭa* qui est née donc dans le giron de l'armée ne tarda pas d'acquérir un domaine d'attributions très vaste qui fera d'elle une juridiction incontournable dans la vie urbaine.

Le dernier chapitre de la deuxième partie sera réservé à la juridiction de la *ḥisba*, une sorte de police de mœurs. Il s'agit d'une fonction municipale. Les juristes musulmans en font une charge universelle dont l'application incombe à l'ensemble des musulmans en cas d'absence d'une autorité

politique. Le principe de la *hisba* est exprimé par les dispositions du Coran qui incitent le musulman à « recommander le bien et réprover le blâmable ».

Le caractère ambivalent de cette fonction, relevant à la fois du champ spirituel que légale avait été à l'origine d'une abondante littérature. Ce chapitre sera l'occasion pour nous de faire sortir les différentes particularités de cette institution.

Première partie.

Première Partie. Origines de l'organisation judiciaire musulmane.

Chapitre premier. Les origines préislamiques.

Il devient légitime, étant donné la proximité géographique et historique qu'entretient l'Islam avec la *Ġāhiliyya*⁶, de soupçonner l'existence de liens entre l'organisation judiciaire musulmane et celle de la période préislamique. Une opinion est désormais établie prétendant l'existence d'une filiation directe entre l'institution judiciaire musulmane et celle de l'époque préislamique. Parmi les défenseurs de cette opinion nous citons *Émile Tyan* qui dit que : « Que l'on se réfère aux divers versets du Coran où il est question de difficultés judiciaires ou que l'on consulte les diverses traditions où le Prophète est représenté comme jugeant des litiges entre particuliers ou groupements, on voit toujours que le système suivi est exactement le système judiciaire de l'arbitrage tel qu'il était pratiqué dans les temps préislamiques. »⁷. Cette opinion s'érige contre une autre opinion soutenue par les auteurs traditionalistes qui, somme toute, remonte les origines de l'organisation judiciaire musulmane au temps du Prophète.

Nombreux sont les *ḥadīṭ* ou traditions qui nous entretiennent du pouvoir judiciaire et de *Muḥammad* administrant la justice. On les rencontre aussi bien dans les recueils spéciaux de *ḥadīṭ*, telle que le *Saḥīḥ*⁸ de *Buḥārī*⁹ et le *Saḥīḥ* de

⁶ Terme qui désigne dans les ouvrages des auteurs, notamment musulmans, la période qui a précédé l'avènement de l'Islam. Nous reviendrons à la définition de ce terme dans le développement de notre travail. Nous pensons que ce terme avait été souvent utilisé à mauvais escient. La *Gāhiliyya* vient-elle vraiment à signifier l'histoire des Arabes de la période préislamique en général, ou, désigne-elle une période bien précise de cette histoire ? Nous allons essayer d'apporter quelques réponses à cette interrogation.

⁷ *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*. E.J. BRILL, Leiden, 1960, p. 64.

⁸ Ce terme désigne en arabe le caractère d'une chose saine, terme technique qualifiant les traditions ou *ḥadīṭ* les plus fortes, par opposition à celles qui sont, par ordre décroissant de valeur : bonnes, faibles, malades. Cette grille d'appréciation des traditions ou *ḥadīṭ* devait naître cent cinquante ans après la mort du Prophète, lorsque le besoin d'une collecte systématique des traditions du Prophète se fit sentir. Ce besoin coïncide avec le règne des califes Abbassides. Nous sommes en l'an 750, un siècle et demi après la disparition du Prophète et des califes dits *rāṣidūn*, les biens guidés. Il a fallu donc constituer un corpus regroupant les traditions du Prophète. L'entreprise des traditionnistes s'est confrontée au problème lié aux autorités rapportant les

Muslim, que dans les ouvrages de toutes sortes, lorsqu'ils traitent du pouvoir judiciaire. Ces traditions se ramènent à deux catégories. Dans les unes, *Muhammad* est montré, administrant lui-même la justice entre les membres de la nouvelle communauté islamique et aussi entre des personnes étrangères à elles. Le Prophète est représenté ainsi comme le juge, le *qâdî* idéal, sur lequel devront prendre exemple tous les *qâdî* des âges futurs¹⁰. Dans les traditions de

traditions du Prophète. Comment peut-on considérer qu'un *hadîth* est-il *sahîh*, faible, *da'îf*, ou malade. La nécessité d'un *isnâd*, la chaîne des garants, complet, composé de trois ou quatre autorités, et même davantage au IX siècle, s'est fait plus que jamais sentir. Ainsi *Ibn Ishâq*, l'auteur de la biographie officielle du Prophète, se contente en général de deux ou trois garants, ce dernier garant appartient à la troisième génération des musulmans. Ainsi donc, à partir des recueils informels de l'époque *umayyade*, comme celui de 'Urwa Ibn al-Zubayr, le neveu de 'A'îsa, l'épouse du Prophète, ou comme celui de *Muhammad al-Zuhrî*, mort en 714, les premières collections officielles de *hadîth* vont voir le jour, avec en premier lieu celle du juriste *Mâlik Ibn Anâs*, 715-796, dont l'ouvrage est connu sous le titre arabe de *Muwatta'*. Jusque vers l'an 800, c'est-à-dire à la fin du II siècle après l'hégire, le *hadîth* n'est pas encore souverain ; de nombreux théologiens critiquent les contradictions qui existent entre différentes traditions particulières, l'insuffisance, dans certains cas, de la chaîne des garants, 'isnâd. C'est aux efforts d'un juriste mecquois, lointain parent du Prophète, *al-Sâfi'î*, né en 767 à Gaza, mort en 820 à *Fustât* que l'on doit d'avoir défini les règles méthodologiques de l'interprétation des *hadîth* contradictoires en vue d'en éliminer la contradiction. A partir de l'enseignement d'al-Sâfi'î, le *hadîth* devint après le Coran, la deuxième autorité écrite de l'Islam. Deux méthodes de recension sont alors utilisées : 1- La présentation des traditions isolées, avec leur chaîne de garants, leurs appuis, 'isnâd, remontant jusqu'aux Compagnons du Prophète ; 2- Le classement des traditions par thèmes, c'est ce qu'on appelle, en arabe, un *mussannaf*, avec, pour chaque chapitre, la mention de l' 'isnâd. On parvient ainsi aux recueils de traditions officiels, considérés comme tels parce qu'ils ont recueilli l'assentiment unanime des oulémas. En Orient, il s'agit des six recueils du *hadîth*, ou *al-kutub al-sittat* ; au Maghreb, on se réfère aux dix recueils, *al-musannafât al-'ašara*. A ces sources officielles, il faut ajouter de nombreux textes, composés, eux aussi, à l'époque des Abbassides, et qui servent de référence officielle comme les *Sunân al-Dârimi*, 797-869, les *Lumières de la Sunna*, d'al-Bağawî, mort en 1117 ou 1122 ou les commentaires sur le Coran d'al-Tabarî, 831-823.

⁹ Le *Sahîh* d'al-Buḥārî (194/810-256/870), est un *muṣannaf* ; un recueil, il compte 7397 *hadîth* avec des chaînes de garants complètes ; les traditions sont réparties en 3450 chapitres, groupés en 97 livres. Une même tradition est parfois répétée plusieurs fois, en différents chapitres ; le nombre de traditions sans répétition est égal à 2762. *Al-Buḥārî* aurait choisi ces traditions saines, *Sahîh* parmi 600 000, qu'il mit seize ans à compiler. Les matières sont disposées selon l'ordre du *fîqh*, droit musulman ou jurisprudence, mais elles comportent aussi des sujets religieux. Lorsqu'un sujet déterminé ne comporte pas de traditions saines, *al-Buḥārî* en mentionne le titre et ne donne aucun *hadîth* correspondant.

⁹ *Muslim Ibn al-Hağāğ* (201/817-261/875) avait également élaboré un *muṣannaf*, comme le *sahîh* d'al-Buḥārî, mais qui présente quelques différences formelles par rapport au précédent par exemple, *Muslim* ne répète pas les traditions qu'il a déjà exposées. Autre différence : *Muslim* a muni son livre d'une introduction sur ce qu'on pourrait appeler la méthodologie du *hadîth*.

¹⁰ « *Muhammad*, tout en exaltant la fonction judiciaire, faisait ressortir ses difficultés et ses mérites, ainsi que sa nature religieuse, insiste fortement sur l'assistance céleste que reçoit le juge de bonne volonté, les récompenses qui lui sont promises dans l'au-delà, et, en revanche, le châtement qui attend le mauvais juge ; en tous cas, le compte sévère que tout magistrat doit rendre de sa gestion, devant Dieu. Dans tous les ouvrages qui traitent de la justice, on rencontre des traditions attribuées au Prophète dans les divers sens que nous venons d'indiquer. 'A'îsa, l'épouse de *Muhammad* a dit : « j'ai entendu le Prophète déclarer : le *qâdî* juste sera soumis à de telles épreuves le Jour du jugement qu'il préférera n'avoir jamais jugé.- Les deux tiers des juges sont en enfer ; un seul tiers est au ciel ; ceux qui sont en enfer sont les juges de bonne foi mais qui sont

la deuxième catégorie, *Muhammad* est représenté organisant l'institution judiciaire au sein de la communauté islamique. Les ouvrages de traditions nous apprennent également que le Prophète avait compétence en toutes matières judiciaires. Les litiges qui sont soumis au Prophète sont de toutes sortes. Litiges d'ordre pénal, plus spécialement, des cas de vol, brigandage, ivresse, fornication, meurtre, blessures, c'est-à-dire des faits réglementés déjà ou qui devaient, par la suite, être réglementés par le Coran : Une femme qui commet un vol au cours d'une expédition militaire et que le Prophète condamne à la mutilation du poing¹¹, un homme condamné à la peine du fouet pour délit de boisson¹² ; une autre personne est condamné à une forte peine corporelle pour avoir blessé une femme par un jet de pierre¹³ ; procès en paiement de la composition coutumière pour une dent cassée¹⁴ ; procès pour adultère, d'un homme contre sa femme¹⁵.

Tous ces faits justiciables sont racontés dans les ouvrages de Traditions. Des contestations d'ordre patrimonial sont, de même, soumises au Prophète. Une personne réclame contre son adversaire la propriété d'un terrain¹⁶, une autre, la propriété d'un puits¹⁷, une troisième, un droit sur des eaux¹⁸, et *Muhammad* départage tous ces plaideurs. En outre, le Prophète établit des

ignorants et les juges de mauvaise foi ; ceux qui sont au ciel sont les juges instruits et de bonne foi. – Quiconque refuse de rendre la justice entre deux plaideurs est maudit de Dieu.- Le *qâdî* est assisté de deux anges : s'il recherche sincèrement la justice, ils le secourent de leurs conseils, s'il commet une injustice, ils le précipitent dans le feu. Celui qui fait des démarches pour obtenir un poste de judicature, reste livré à ses seules lumières ; celui qui, au contraire, y est forcé sera toujours assisté d'un ange. – Être nommé juge, c'est comme si on était assassiné, sans l'emploi d'un poignard. ». Emile Tyan. Op.cit, p. 21-22.

¹¹Al-Buḥārī, *Les Traditions islamiques*, traduites de l'arabe avec notes et index par O. Houdas et Marçais, t. II, 212.

¹² Ibid. II, 88; IV, 374 s.

¹³ Ibid. II, 124.

¹⁴ Ibid. II, 225.

¹⁵ Ibid. II, 227.

¹⁶ Ibid. II, 223.

¹⁷ Ibid. II, 103.

¹⁸Al-Mawardī, *al-Ahkâm al-sultâniyya wa al-wilâyât al-Diniyya*, Al-Maktab al-Islâmî, Beyrouth, 1416/1997, p. 125-126.

règlements d'ordre général. Ainsi, il prescrit que la voie publique soit d'une largeur de sept coudées¹⁹. Le Prophète aurait également, selon les ouvrages de traditions, organisé la procédure. Tous ces ouvrages s'accordent à dire qu'à l'occasion des procès qui sont soumis au Prophète, des règles de preuves et de procédure étaient observées. Le Prophète est représenté comme n'ayant jugé dans un sens ou dans l'autre qu'après avoir invité le demandeur à produire ses preuves, et, en cas de carence, après avoir déferé le serment au défendeur. Les témoins doivent être au nombre de deux²⁰. La mauvaise foi, la chicane, dans la procédure, sont abhorrées par le Prophète²¹. Le magistrat ne doit pas juger alors qu'il est en état de colère²². Il doit écouter avec une égale attention le demandeur et le défendeur, leur laisser une égale liberté dans leur défense. Il ne doit accepter aucun cadeau ; il doit s'abstenir de s'adonner au commerce²³.

La présence, donc, de ces deux opinions, au fond contradictoires, n'avantage pas le chercheur à se former une idée claire de tout le processus et des mécanismes qui ont contribué à la construction du système judiciaire musulman. L'idéal, pour nous, aurait été de nous souscrire à l'une des deux opinions précédemment citées et d'étayer par la suite notre choix. Or, la réalité de ces processus est beaucoup plus nuancée que celle qui est avancée par ces deux opinions. Ces dernières accusent, disons-le d'entrée, une insuffisance majeure, quant-à l'évaluation des origines de l'organisation judiciaire musulmane. Concernant, les auteurs musulmans traditionnalistes, leurs ouvrages ne semblent pas tenir compte de l'état de la justice de l'époque préislamique. Leur principal souci était de collecter, dans le domaine qui nous intéresse, les traditions consécutives à la pratique judiciaire du temps du

¹⁹ Al-Buḥārī, IV, 513.

²⁰ Ibid. II, 224.

²¹ Ibid. IV, 515.

²² Ibid. IV, 502.

²³ Sarāḥsī, *Al-Mabsūt*, Imprimerie al-Sa'āda, le Caire. XVI, 78

Prophète. En fait, ils avaient en vue l'élaboration d'une norme juridique et judiciaire, un cadre de vie, musulman, pour la nouvelle société musulmane, déjà amorcée depuis la fin du Ier siècle de l'ère musulmane. Quant aux travaux des auteurs modernes, bien qu'ils se soient livrés à une démarche historique, basée sur une documentation riche et variée, en vue de reconstituer les étapes constitutives de la justice musulmane, ils n'ont apporté que de conclusions vagues et approximatives. Dans ces travaux l'apport étranger y sublimé au détriment de l'apport de l'Islam qui y paraît insignifiant voire marginal.

Rappelons, encore une fois de plus, que nous sommes en face d'un sujet très complexe. L'histoire de l'organisation judiciaire se trouve au cœur de tout un processus où se mêlent histoire politique, culturelle, économique et sociale. C'est pour cette raison que nous avons jugé utile de procéder à un réexamen de l'institution judiciaire musulmane en rapport avec l'architecture générale de la société. Pour se faire, nous devons, tout d'abord, passer en revue, l'histoire de la justice préislamique. Or, pour étudier, l'organisation de la justice d'un espace donné, il est impératif, étant convenu qu'il existe un rapport étroit entre la justice et l'organisation générale de la société, d'étudier l'organisation générale, politique, sociale et culturelle de cet espace. L'Arabie préislamique dont il sera question dans notre travail, concerne, essentiellement, la partie centrale, la région du *Hiğâz*, le berceau de l'Islam, le *Nağd*, et le vaste désert d'*Ar-Rub' al-Hâlî*.

1-1- L'organisation générale de la société arabe préislamique.

A- Les traces historiques et contenu du terme 'arab

Il est inutile de s'attarder trop longtemps sur les origines historiques de la population arabe préislamique. De nombreux travaux se sont consacrés à ce

sujet où le lecteur peut se référer. Quant aux premières traces qui se réfèrent aux Arabes et à l'Arabie, nous les rencontrons dans les textes akkadiens et hébraïques du IX^{ème} siècle av. J.C. Ces textes parlent de populations, vivant dans le désert syrien, désignées par les noms de 'Aribi, 'Aribu, 'Arubu, en akkadien, 'Arab, en hébreu. La plus vieille mention explicite des Arabes est, semble-t-il, due aux chroniques guerrières du roi assyrien *Salmansar III* rapportant sa victoire en 853 av. J.C. contre une coalition des rois de *Damas*, d'*Ammon*, d'*Israël*, de *Celicie*, de *Hamat* et d'un millier de chameliers de *Gindibu* du pays d'*Arbâi*. Ces différences entre les appellations s'expliquent par le caractère consonantique des langues sémitiques : ne comptent que les consonnes, dans notre cas 'rb ; les voyelles, non seulement elles peuvent varier, mais elles n'étaient même pas notées. Que recouvraient, donc, ces appellations ?

Certains spécialistes des langues sémitiques réfèrent à des significations géographiques : le terme 'arabâ serait, en langues sémitiques, l'un des noms par lesquels on désigne la steppe et plus particulièrement la dépression désertique qui s'étend au Sud de la Mer Morte. Ce serait par extension que cette appellation concerna par la suite toute la Presqu'île Arabique.

D'autres réfèrent l'appellation à l'ordre social : le terme désignerait une sorte d'anarchie, d'absence d'organisation contrastant avec l'apparition précoce de cités et d'États dans le Croissant Fertile. Cette appellation serait inspirée par la pratique de la razzia à laquelle s'adonnaient les tribus nomades dans la presqu'île arabique. Telle semble être la vision qu'avaient les sémites du Nord de leurs frères du Sud. En effet, qu'il s'agisse des annales assyriennes ou des textes hébraïques, les Arabes sont souvent présentés comme des populations sillonnant, avec leur troupeaux de dromadaires et d'ovins, la région qui va du

Golfe d'Aqaba au désert de *Syrie* et au sud de la *Mésopotamie*, vivant, sous des tentes, de la vente de leur élevage et de brigandage, ne se soumettant qu'à la force des armes pour retrouver aussitôt l'état de rébellion. Les sources assyriennes précisent qu'ils avaient souvent des reines prêtresses ou prophétesses et qu'ils adoraient des divinités araméennes. Les sources hébraïques reconnaissent qu'il y avait parmi ces "*filis de l'Orient*" des gens dont la sagesse était légendaire.

Les Perses, puis les Grecs et les Romains, reprendront aux sémites l'appellation et la vision qu'elle suggère quant à l'état de l'Arabie et des Arabes.

Une troisième hypothèse, privilégiée par les Arabes, réfère cette appellation à la capacité d'expression et d'élocution, *a'raba* et *i'râb* dont seraient exclus les non Arabes, les *'agam* et *'ugm* dont l'une des significations, en arabe, est l'incapacité à s'exprimer clairement. Ceci n'est pas sans rappeler l'origine du terme barbare(s) par lequel les Grecs et les Romains désignaient ceux qui ne faisaient pas partie de leur monde civilisé.

Par delà ces récits préhistoriques, les recherches contemporaines relatives à l'histoire de la presqu'île arabe nous permettent d'y distinguer trois zones aux destins différents : l'Arabie du Sud, les marges septentrionales entre le *Sinai* et la *Mésopotamie*, et la partie centrale constituée principalement par le plateau de *Nağd*, la région de *Hiğâz* et le vaste désert d' *Ar-Rub' al-Hâlî*.

L'Arabie du Sud, a connu très tôt le passage à une vie sédentaire et urbaine avec une organisation étatique. On situe entre le IX^{ème} et le VIII^{ème} s. av. J.C. les débuts attestés du Royaume de *Saba*. Certaines sources parlent d'une organisation étatique complexe avec, parfois, des assemblées

représentatives, comme dans le royaume de *Qatabân* entre le Vème s. av. J.C. et le IIème s. ap. J.C.

La situation et les particularités géographiques de cette région ne sont pas étrangères à son évolution. Arrosée par les moussons, cultivables, elle a connu une économie agraire très développée avec un ingénieux système des terrasses sur les pentes des montagnes, des barrages et des canaux pour l'irrigation. Outre les cultures vivrières, les Sudarabiques cultivaient des plantes aromatiques qui étaient l'objet d'un commerce prospère dans tout le pourtour méditerranéen. La proximité de l'Inde et de l'Afrique leur permettait, en plus, de tirer d'énormes profits du transit des produits précieux de ces régions lointaines. Les retombées de cette économie florissante ont permis l'épanouissement d'une civilisation brillante dont témoignent les restes impressionnants des antiques villes yéménites : palais, temples, barrages et autres réalisations justifiaient le nom d'Arabie Heureuse - *l'Arabia Felicia* - par lequel on désignait cette région.

Cependant, la structure tribale de ce système agro sédentaire a toujours représenté une source de fragilité pour l'organisation étatique. Les États avaient pour base la domination d'une tribu sur d'autres. Dès que celles-ci, ou l'une d'elle, s'en sent(ent) capable(s), elle(s) se révolte(nt) et l'ordre en place s'en trouve ébranlé pour déboucher sur l'anarchie ou la constitution d'un nouvel État sur la même base. Les disparités, qu'ont toujours engendrées l'économie marchande et la propriété individuelle au sein de toute formation sociale, minaient l'unité des tribus dominantes où le pouvoir se concentrait entre les mains des plus riches. Ces disparités, et l'affaiblissement des solidarités qui en résultaient, étaient souvent le prélude de la fin des éphémères États qui se sont succédés, en coexistant avec d'autres, dans cette région entre

le IX^{ème} s. av. J.C. et le VI^{ème} s. ap. J.C. Il y a eu quelques tentatives d'unir cette région, comme au début du IV^{ème} s. ap. J.C., dans un seul royaume ; mais le tribalisme l'a toujours emporté.

Outre les facteurs internes de la division, l'Arabie du Sud a subi les effets des luttes entre les *Romains* et les *Perses* pour la domination sur les circuits du commerce entre les trois continents du vieux monde. Le facteur religieux a été, comme partout et toujours, utilisé dans ces luttes. La présence du judaïsme et du christianisme au *Yémen* a servi, en effet, de base d'intervention aux uns et aux autres. Ainsi, au début du VI^{ème} siècle, un Roi yéménite, *Dû-Nawwâs, Domenios*, dans les sources grecques, converti au judaïsme, et encouragé par les *Sassanides* perses, a cru de son devoir de venger les juifs persécutés par les *Byzantins* en réservant le même sort aux chrétiens de son pays. Cette politique a entraîné une intervention des *Byzantins* et de leurs alliés *Abyssins*, vers 525. Les *Perses* prirent prétexte du rapprochement imposé avec *Byzance* pour intervenir à leur tour et devenir maîtres de la région vers l'an 600, dix ans avant l'avènement de l'Islam. Ces guerres ont précipité la région dans un déclin qui fut à l'origine du déplacement des routes du commerce caravanier vers le Nord.

Au Nord de la presqu'île arabique, les Arabes ont très tôt subi l'attrait et la domination des civilisations du *Croissant Fertile* et des puissances qui l'ont occupé. Nous avons vu ce qu'en disent les sources assyriennes, akkadiennes et hébraïques. Après la domination des assyro-babyloniens, les Arabes ont subi celle des Perses et des Romains. Cependant, les populations de cette région n'étaient pas toujours soumises. Certaines tribus ont été à l'origine de royaumes comme celui de Nabatène, au sud de la *Mer Morte* auquel on doit la

ville de *Petra*. Ce royaume dura du VI^{ème} s. av. J.C. jusqu'à son annexion par *Trajan*, qui en fit la *Provincia Arabia* de l'Empire Romain, en 106.

D'autres tribus arabes ont réussi à établir des États éphémères, comme à *Palmyre* au III^{ème} siècle, sur les ruines des États sédentaires du *Croissant Fertile*.

Certains Arabes de Syrie ont été assimilés par la civilisation romaine au point de parvenir à la tête de l'Empire comme fut le cas d'*Al-Agabal* en 218 et de *Philippe de Šahba* en 248.

Les querelles religieuses entre chrétiens, au sujet de la nature du *Christ*, se sont superposées aux conflits entre Perses et Romains, pour générer un conflit entre deux dynasties arabes au IV^{ème}-V^{ème} siècle : les *Lahmides*, à *Hîra*, nestoriens alliés des *Perses*, et les *Gassanides*, au sud de la Syrie, monophysites alliés des *Byzantins*. Les deux dynasties rivalisaient sur le plan culturel en attirant les poètes du désert à leurs cours somptueuses.

L'Arabie centrale où l'Islam est apparu au VII^e siècle, n'a pas connu la même histoire que le Sud et le Nord de la presqu'île arabique. Elle n'a connu que très marginalement et de façon éphémère des formes d'organisation étatique semblables à celles qu'avaient connues très tôt le *Croissant Fertile*, la vallée du *Nil* et l'Arabie du Nord et l'Arabie du Sud. A la veille de l'Islam, l'Arabie semble vivre une période de transition d'une société dominée par les pasteurs nomades, les bédouins désignés par le terme *al-a'râb* dont le Coran dit qu'ils sont « les plus enclins au *kufr* », terme qui renvoie aux significations de rébellion, ingratitude, et « mécréance » ou « infidélité » ; selon le sens privilégié par les exégètes et les traducteurs, il est inscrit dans le registre

politique ou dans le registre religieux, vers une société soumise à l'hégémonie d'une oligarchie citadine dont les intérêts dépendaient, de plus en plus, du commerce caravanier et du pèlerinage à La *Mecque*.

B. L'organisation sociale.

L'Arabie centrale, nous l'avons précédemment dit, n'a pas connu la même histoire que le Sud et le Nord de la presqu'île arabique, où il a été attesté l'existence d'une forme d'organisation étatique. A la veille de l'Islam, l'Arabie semble vivre sous le régime d'une société dominée par les pasteurs nomades, les bédouins. Ce type de société est qualifié de tribal. Il était organisé, selon les propos de *Gaudefroy-Demombynes*, en groupements qui étaient les mêmes chez les sédentaires et les nomades : famille, tribu, union de tribus. La famille était assemblée dans une tente ou dans une maison ; la tribu se groupait autour de la demeure du chef en un cercle de tentes, ou, chez les sédentaires, en un quartier qui, dans la montagne de la *Mecque*, prenait le nom de ravin ». A la *Mecque*, l'union des divers groupes s'impose pour la nécessité des intentions communes à l'exercice du culte et d'une organisation méthodique du commerce. Aux divers groupements tribaux, il est appliqué différentes appellations. Généalogistes et historiographes traditionnels emploient une série de termes correspondant à des notions qui s'emboîtent les unes dans les autres, mais cette hiérarchie peut paraître artificielle, un même groupe étant connoté tantôt par un terme, tantôt par un autre. *Roger Caratini* dit que : « L'attribution de la qualité de *qabîla*, tribu, à un groupe est fluctuante ; un même groupe est appelé parfois *qabîla*, parfois autrement. »²⁴. Cet auteur ajoute qu' : « une *qabîla* ressemble à tous les groupes, clans, lignées, familles, etc., qui se réclament d'un même ancêtre fondateur, ancêtre

²⁴ Roger Caratini, *Le Génie du Christianisme*, Michel Lafond, Paris, 1992, p. 24, 25 et suivantes.

éponyme ; ce serait donc une sorte de famille élargie, formant à travers le temps une unité consanguine. La tribu peut elle-même se diviser en fractions moins étendues ou *'ašâ'ir*, pluriel de *'ašîra*, qu'on traduit parfois par clans. Mais la distinction n'est pas systématique. Ainsi les auteurs emploient fréquemment *qabîla* et *'ašîra*, comme des synonymes, tout en s'accordant sur le fait que la *'ašîra* est moins étendue que la *qabîla*. »²⁵. Toutefois, cette division et subdivision ne sont pas une simple question de nomenclature, mais un fait politique important. Le fractionnement des tribus en plusieurs entités, plus au moins grandes, ou leur fonte en un seul groupe, se réalise généralement soit pour des raisons politico guerrières, soit par le jeu des unions matrimoniales, soit en vertu des deux processus en même temps. Selon *M. Watt* : « Plus le groupe est étendu, plus il est puissant et mieux il réussit ; mais au-delà d'un certain point, il lui est difficile d'agir comme une unité et il a donc tendance à se fractionner. De la sorte, les tribus ne constituent pas des entités permanentes, mais se trouvent constamment en voie d'accroissement ou de division ou de quelque autre sorte de dépérissement. »²⁶. On rapporte que : « la tribu yéménite des *Azd*, rattachée à *Qahṭân*, père des Arabes du sud, se fractionna et que les groupes qui en résultèrent émigrèrent vers le nord et vers l'est de l'Arabie ; un de ces groupes s'implanta entre la *Mecque* et *Médine* : il s'agit des *Quzâ'a*, qui dominèrent un temps cette cité à l'époque préislamique. *Quzâ'a* a formé alors une tribu bien individualisée ; puis elle voit se détacher d'elle la fraction *Aslam*, qui devient à son tour une *qabîla*, une tribu. De sorte que les *Aslam* sont tantôt considérés comme une fraction des *Quzâ'a*, tantôt comme une tribu distincte. »²⁷.

Notons que cette variété terminologique des groupements tribaux dans cet

²⁵ Ibid. p. 24.

²⁶ M. Watt, *Mahomet à la Mecque*, Payot, Paris, 1958, p. 39.

²⁷ Roger Caratini, op. cit. p. 25.

étendu espace du bédouinisme rend très délicates toutes tentatives visant à déterminer les structures sociales correspondantes. Les termes utilisés par les usagers pour les définir, dit *Joseph Chelhod*²⁸, sont chargés d'historicité ; en outre, ils accusent une variabilité importante à cause de l'extension démesurée de l'aire du bédouinisme. Il en résulte qu'un groupement donné est souvent désigné par plusieurs mots, et qu'un même mot s'applique parfois à des groupements ne possédant ni les mêmes caractéristiques ni le même volume. Cet auteur ajoute que : « La tâche devient plus délicate aussi car les structures dont il s'agit ici sont à dimensions multiples correspondant, tantôt à une représentation verticale²⁹, tantôt à une représentation horizontale³⁰. Enfin, plutôt que se référer à la morphologie, les anciens Arabes avaient essentiellement en vue l'importance numérique d'un groupe. Or, dans un système endogamique de parenté, le nombre constitue un élément on ne peut plus mouvant, de sorte que le passage de la famille au clan, ou de celui-ci à la tribu et inversement, s'effectue insensiblement, sans que l'on sache toujours à quel type de groupement on a affaire. »³¹.

Les généalogistes et historiens classent généralement les groupements tribaux, à partir d'un ordre décroissant. Chez *al-Nuwayrî*³², ce classement s'opère comme suit : « D'abord le *ġidm*, *جدم* souche, puis le *ġumhūr*, *جمهور* population, foule ; le *ša'b*, *شعب* peuplade ; la *qabîla*, *قبيلة*, tribu ; la *'imâra*, *عمارة* sous tribu ; le *baṭn*, *بطن* le ventre ; le *fahd*, *فخذ* cuisse ; la *'ašîra*, *عشيرة* clan ; la *fašîla*, *فصيلة* lignage et enfin le *raht*, *رھط* famille. »³³. Le *ġidm*, souche, dans ce classement se réfère aux origines des groupes, qui est

²⁸ Joseph Chelhod, *Le droit dans la société Bédouine*, Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1971, p. 42.

²⁹ Qui place les différentes parties de la tribu les unes dans les autres.

³⁰ Qui rattache les descendants à leur lointain ancêtre.

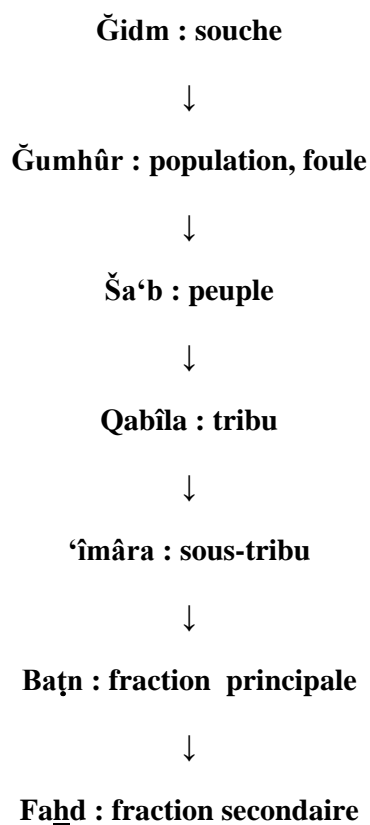
³¹ Ibid. p. 42.

³² Al-Nuwayrî, *Nihâyat al-'arab*, Dâr al-Kutub al-misriyya, t. II, p. 268.

³³ Al-Nuwayrî, *Nihâyat al-'arab*, Dâr al-Kutub al-Misriyya, t. II, p. 268

'*adnanite* ou *qahtanite*, suivant la conception que font les généalogistes des origines des groupements arabes. *Ĝumhûr* ou *ša' b* prennent en considération la masse de la population, alors que *qabîla*, '*ašîra* et *fašîla* définissent des formes structurées et organisées. Quant aux termes *baṭn* et *fahd*, ils désignent des ramifications politiques de la tribu. Pour la '*imâra* enfin, il s'agit d'un groupe fixé au sol³⁴.

Le schéma que nous empruntons à *Roger Caratini*, illustre la classification donnée ci-dessus par *al-Nuwayrî*.



³⁴ Ces définitions sont fournies par Joseph Chelhod, op. cit. p. 45.



‘ašīra : clan



Fašīla : lignage

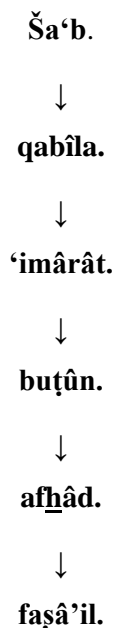


Raht ou ‘â’ila : famille.

Pour mieux saisir les phénomènes perpétuels liés à la formation des différents types de groupements, nous fournirons ici un exemple dont se servent les auteurs pour expliquer les origines des différentes formations des groupements sociaux. Selon ces auteurs, la formation originelle issue de la tribu de ‘Adnân, est considérée comme constituant un *ša‘b*, شُعب, littéralement, peuple. Ce peuple s’est fractionné en deux grandes sections, appelées *qabīla*, قبيلة, et, parfois, mais beaucoup plus rarement *ġumġuma*, جمجمة : ce sont les deux *qabīla* de *Rabī‘a* et de *Muḍar*. Chacune de ces *qabīla* s’est divisée à son tour en plusieurs groupements, appelées ‘*imāra* عمارة. Ainsi, le groupement de *Qurayš*, celui de *Kināna*, sont des ‘*imārāt* issues de la *qabīla* de *Muḍar*. La ‘*imāra* se divise en sous clans appelés *buṭūn* : la ‘*imāra* de *Qurayš* comprend les *buṭūn* de ‘*Abd-Manāf*, des *Maḥzūm* etc., le *baṭn* se répartit lui-même en ‘*afhād*. Le groupement des *Hašimītes*, celui des *Umayyades* constitue des ‘*afhād* du *baṭn* de ‘*Abd-Manāf*. Enfin, le *fahd* est constitué lui-même par l’ensemble des familles particulières, appelées *fašā’il*, singulier, *fašīla* : la famille de ‘*Abbas*, de *Abū Ṭālib*, de *Abū-Sufyān* constitue des *fašā’il*, pluriel

de *fašila*.

Le schéma que nous pouvons appliquer à cette classification est le suivant.



Cette nomenclature des différents types de groupements chez les Arabes est manifestement établie, selon les remarques de *Joseph Chelhod*³⁵, d’après le seul critère de l’importance numérique ou de volume, cher aux généalogistes. Toutefois, le critère d’après le volume ou le nombre n’est pas simplement une construction savante des généalogistes, mais un idéal vers lequel tend toute formation sociale digne de ce nom qui est plus que jamais attendu surtout lorsque la tribu a un droit à faire valoir : « Plus une tribu est étendue, plus elle peut aligner de combattants, plus son prestige est grand. Pour assurer sa propre défense et faire face aux impératifs de la vendetta, la famille patriarcale est

³⁵ op. cit. p. 44, 45.

préoccupée par le même problème : le fardeau de la responsabilité collective est en effet trop lourd quant le groupe est exiguë. »³⁶.

C. Les fondements des groupements sociaux.

a- Le lien naturel par le sang.

Nous avons déjà noté que les Arabes, selon la conception traditionnelle, appartiennent à deux souches différentes : celle qui descend de *'Adnân*, tribus du nord, et celle qui fait remonter sa source à *Qahtân*, père des Arabes du sud. D'après les généalogistes, toutes les tribus sont issues, par reproductions successives, de l'un ou de l'autre ancêtre. Ces mêmes généalogistes affirment que toutes celles qui se réclament d'une même origine soutiennent entre elles des liens de parenté. Cela revient à dire qu'entre confédération, tribu, ou clan, etc., il n'existe pas de différence réelle, sinon dans le volume et le degré d'éloignement de l'ancêtre commun, puisque c'est le même sang qui coule dans les veines des hommes qui les composent. Rêve ou réalité ? Ce découpage qui fait remonter les Arabes à deux souches distinctes constitue une réalité dont les effets se font encore sentir jusqu'à nos jours, opposant, à jamais, les Arabes du sud, les yéménites et les Arabes du nord, 'Adnanite. Dans cette vision historique ou temporelle de la société arabe préislamique, les groupes se rattachent intimement les uns aux autres, comme les anneaux de la chaîne. On est donc en face d'un ensemble de tribus se disant issues d'un même ancêtre, mais obéissant à des autorités politiques différentes. Le lien de parenté entre les membres de ces tribus constitue le point de ralliement de tous les membres. Tous les individus du groupement se reconnaissent dans un même ancêtre éponyme³⁷. C'est pourquoi, l'expression qui sert à la

³⁶ Ibid. p. 44, 45.

³⁷ Notons, cependant, qu'en dehors du fait que la tribu soit fondée sur la parenté en ligne paternelle rien n'empêchait que les familles et les individus n'entretiennent des relations particulières d'amitié avec les

dénomination de la tribu est constituée par le nom même de cet ancêtre ; et les membres du groupe sont, pour cette raison, appelés, non point du nom du territoire ou de la localité qu'ils habitent, ou de la divinité qu'ils adorent ou de tout autre élément, mais du nom de l'ancêtre, et sont ainsi représentés comme les descendants, les enfants de celui-ci : ils sont des *banû* de tel personnage ; ainsi les *Qurayšites* de la *Mecque* étaient désignés comme les fils de *Qurayš*, surnom du fondateur légendaire de la tribu.

C'est la filiation du côté paternel qui détermine, en général, l'appartenance à la tribu. Les enfants issus du mariage sont membres du groupement auquel appartient le père. Et on interprète largement cette règle en ce sens qu'on étend cet effet d'affiliation à tout enfant né d'une femme mariée avec l'homme de la tribu, l'enfant eût-il été conçu au cours d'un précédent mariage contracté par la femme dans une autre tribu. C'est une des applications de la règle que l'ancienne coutume arabe exprimait par l'adage, *al-walad li al-firâs*³⁸. Egaleme nt les enfants en bas âge qu'amenait avec elle, la veuve remariée dans une nouvelle tribu étaient souvent agrégés à cette tribu, le droit de ces enfants étant réservé de réintégrer la tribu de leur père, à leur majorité. Toutefois, les auteurs relèvent certains cas où l'ascendance maternelle semble avoir déterminée l'appartenance tribale, tel que le rang social, par exemple, très élevé. Dans ce cas précis, la femme, en se mariant

parents en ligne maternelle. Il existait aussi, comme nous le verrons plus loin, des liens artificiels, produits par le *hilf*, confédérations, serments mutuels, soit par le *ġiwâr*, garantie définie de protection, etc.

Si la constitution historique des tribus est complexe, retenons simplement que le partage d'un même territoire et les liens du sang, sont des composants essentiels de l'appartenance tribale. Ceux-ci se perpétuent grâce à un système d'alliance matrimoniale : les hommes ont tendance à se marier de préférence avec des cousines paternelles, et sinon à l'intérieur d'autres unités appartenant à la tribu, ce qui empêche que la terre soit morcelée et passe à une autre tribu. Il est néanmoins possible que des mariages se concluent entre tribus, scellant ainsi des alliances intertribales et renforçant des pactes d'assistance ou des accords sur le partage de terres. Le pacte prévoit la non-agression, la liberté de déplacement et de résidence pour les individus et les groupes issus des tribus alliées, ainsi que la possibilité, pour chacune, d'utiliser les terres de l'autre si nécessaire.

³⁸ Le droit musulman avait consacré cette pratique, Buḥārī, *Sahih*, op. cit. IV, 270.

avec un homme d'une autre tribu, attirât son époux dans la sienne propre et les enfants issus de l'union appartenaient au groupement de la femme.

Il semble que la femme, en Arabie préislamique, comptait bien comme individualité distincte. Les textes relatent plusieurs cas de femmes illustres ayant jouies d'une position sociale de premier plan. Il paraît que celles-ci décidaient, seules et librement, de leur mariage ; et pouvaient se réserver le droit, exclusif de celui du mari, de répudier elles-mêmes celui-ci. Parmi ces femmes illustres de l'Arabie, nous citons, *Hadiġa*, l'épouse du Prophète, avant l'Islam et avant de se marier avec *Muḥammad*, *Hind*, la femme d'*Abû Sufyân*, le chef des *banû Umayya*, la *Naġġarite Salma bint 'Âmir* mariée à l'ancêtre de *Muḥammad*, *Hâšim Ibn 'Abd Manâf*. Dans l'Arabie du sud, au Yémen, la femme semble avoir acquis un rôle prépondérant dans la gestion politique. On se souvient de reines arabes depuis les chroniques assyriennes, de la reine de *Saba*, de *Zénobie*, parfois même de véritables "cheffes" de tribus, ou simplement de femmes au fort tempérament³⁹. Mais on les retrouve aussi au combat⁴⁰, comme arbitre dans des concours de poésie, *Umm Ĝundâ*, femme du célèbre *Imr'u al-Qays*, comme devineresse, prêtresse, *Sarra bint Nabhân*⁴¹, poétesse *Tumadir al-Hansâ'*, la plus célèbre⁴², prophétesse : La prophétesse *Sagâ*⁴³ ou femme politique gérant les affaires de la cité : *Hubba bint Hulayl* et '*Atiqa bint Murrâ* à la Mecque⁴⁴. Certains dieux de l'Arabie sont également féminin, tels que *al-Lât*, '*Uzza*, *Manât*, etc.

³⁹ Article classique de N. Abbot, *Women and the State on the eve of Islam*, American Journal of Semitic Languages 58, 1941.

⁴⁰ I. Lichtenstätter, *Women in the Avâm al-'Arab*, Londres, 1939, p. 13.

⁴¹ Ibn Sa'd. VIII, 227.

⁴² Louis Cheikho, *Les poétessees arabes*, Beyrouth, 1897. (en arabe)

⁴³ Abbot, Women, op. cit. p. 281-2

⁴⁴ Ibid. p. 264-6

Il semble, selon *Demombynes*, que ce soit là un souvenir d'un état ancien où le matriarcat eût été la règle, où par conséquent la femme aurait eu plusieurs maris, et où la filiation paternelle aurait été sans valeur⁴⁵. Il en résulterait pour la femme une indépendance et une personnalité dont on retrouverait une survivance dans la faculté, laissée à la femme par la coutume de certaines tribus, de renvoyer son mari en changeant le sens d'entrée de sa tente.»⁴⁶.

La thèse relative à l'existence d'un régime matriarcal dans l'Arabie préislamique se trouve, cependant, en porte à faux avec une situation sociale très paradoxale où la femme est reléguée à un stade d'assujettissement extrême. En Arabie préislamique, on remarque l'existence d'une cohabitation de forces, paternelle et maternelle, des femmes assujetties et des enfants victimes de crime d'infanticide. Ce paradoxe est résumé par l'historien allemand *Joseph Henninger*, comme suit : « Autorité paternelle très forte, jusqu'au droit de vie et de mort sur les enfants, et autorité faible. Des mœurs rigides et des mœurs relâchées ; descendance patrilinéaire et matrilinéaire ; résidence patriarcale et matriarcale. Situation très basse de la femme qui n'aurait été qu'une chose vendue à son insu et même transmise en héritage, et situation élevée de la femme jusqu'au droit de propriété de la tente et au droit de répudier son mari.».

⁴⁵ La "prostitution" chez les bédouins. Leurs femmes sont des mercenaires engagées pour un temps par contrat mais, pour qu'il y ait une apparence de mariage la future femme offre à son mari, à titre de dot, une lance et une tente, prête à le quitter au jour fixé si elle choisit de partir. Incroyable est chez ces peuples l'ardeur avec laquelle les deux sexes s'abandonnent aux choses l'amour. Pendant toute leur existence, ils sont si nomades que dès qu'une femme se marie à un endroit, accouche à autre, et elle élève ses enfants loin de là, sans qu'il lui est permis de faire halte. Ammien Marcellin, *Histoire*, XIV 4-6.

⁴⁶ Demombynes, *Mahomet*, Paris, 1957. p. 53.

Dans ce paradoxe, il devient malaisé d'entrevoir l'existence d'un quelconque soupçon de matriarcat, surtout, lorsque cette notion vient signifier en général, un type de société non sexiste au sens moderne du terme, puisqu'il n'aurait pas entraîné de rapports de domination d'un sexe sur l'autre, en particulier des hommes sur les femmes. On ne peut pas, non plus, entrevoir l'existence d'un système social où le pouvoir est détenu par les femmes qui serait une « gynocratie ». Le matriarcat, compris sous cette forme, il tient davantage soit du fantasme à la suite des théories divulguées par *Johann Jakob Bachofen*⁴⁷ dans son ouvrage publié pour la première fois en 1927 *Das Mutterrecht und Urreligion, Le Droit maternel*, soit il fut trop vite et trop facilement assimilé avec romantisme à un « Âge d'or » mythique. *Johann Jakob Bachofen* ne fut cependant pas le seul à avoir fait l'hypothèse de l'existence d'un tel système. Ce fut également l'opinion de Sir *James George Frazer* dans *Le Rameau d'Or*, publié en 1890, et de *Robert Briffault* dans son ouvrage : *Les Mères* publié en 1927. L'existence ou l'inexistence de sociétés humaines proprement *matriarcales* continue à faire débat. De nombreux anthropologues, ethnologues et archéologues considèrent les conceptions du matriarcat selon les évolutionnistes de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle comme des « constructions mythologiques savantes ». Pour l'un des théoriciens de l'évolutionnisme social, *Lewis Henry Morgan*⁴⁸, le matriarcat aurait été un stade primitif de l'humanité qui devait être remplacé par celui du patriarcat. Pour le cas de l'Arabie préislamique *R. Smith*⁴⁹ considère que le système patriarcal serait un phénomène tardif, presque contemporain de

Voir également la traduction de l'ouvrage du même auteur, *Du règne de la mère au Patriarcat*, F. Alcan, 1938.

⁴⁸ *La société archaïque*, 1985.

⁴⁹ Joseph Chelhod dit au sujet de cette thèse qu'elle est séduisante par sa charpente logique mais basée sur des matériaux fragiles et des interprétations abusives. Op. cit. p. 58.

l'hégire. Il aurait été précédé d'un régime matriarcal dans lequel la filiation se faisait par la femme.

Cette conception linéaire, uniforme et orientée, aussi bien concernant l'histoire de l'Arabie préislamique, en particulier et l'histoire des sociétés humaines, en général, est aujourd'hui critiquée. « *L'Homme* », la revue française d'anthropologie, dans son glossaire de la parenté, énonce ceci : « Matriarcat - Gynécocratie : situation, dont il n'existe pas d'exemples attestés, où l'autorité est exercée exclusivement ou principalement, par les femmes ». C'est ce qui ressort d'articles sporadiques parus dans certaines revues telles que « *Terrains* », (n° spécial Hommes/Femmes), où Claudine Vallas écrit ceci : « Il n'est pas question de penser un pouvoir féminisé mais seulement de concéder aux femmes le partage de celui mis en place par des hommes, pour des hommes. Et il est « masculin », aucune société n'ayant jamais donné aux femmes — aux mères, en dépit du mythe ou de l'utopie du matriarcat — les signes du pouvoir social. » Une conférencière, Stella Georgoudi, a publié dans la revue *L'Histoire*⁵⁰, un article intitulé « Le matriarcat n'a jamais existé », où une thèse semblable est soutenue.

Suivant l'examen que nous nous réserverons ci-après à la condition de la femme dans la société arabe préislamique, il paraîtra que la thèse du matriarcat relève plutôt de la fiction que de la réalité. Notre point de vue, ainsi formulé, confirme à l'échelle de l'Arabie centrale, l'opinion de Stella Georgoudi. Nous verrons plus loin que la place prépondérante qu'avaient occupé certaines femmes dans cette société dépendait exclusivement du rang social de leurs parents, donc à une situation exceptionnelle et non pas d'un fait consacrée. Dans cette société le pouvoir des mâles y est exclusif au point même de

⁵⁰Numéros 160, novembre 1992.

transgresser le droit fondamental de l'individu qui est la vie. Le phénomène de l'infanticide, *wa'd al-banât*, relaté dans le Coran⁵¹, exercé sur les filles à la naissance est un exemple illustre de cette exclusivisme masculin. Sur les origines de cette infanticide, le Coran suivi en cela par la tradition musulmane avancent les motifs du déshonneur et de la pauvreté. Cette explication, cependant, ne satisfait pas *Fahd*⁵² qui dit qu' : « il est impensable qu'il ait été accompli pour les raisons invoquées par la tradition, à savoir la misère et la crainte du déshonneur q'une fille pourrait occasionner à son père, surtout en cas de capture par l'ennemi. »⁵³. Et pourtant, nous avons toutes les raisons de croire qu'il s'agit bien de ces mêmes motifs que les filles étaient enterrées vivantes. Nous avons déjà fait remarquer que la condition de la femme dans les milieux riches était plutôt confortable et que l'infanticide n'y paraît pas pratiqué dans ces milieux. Il serait donc vraisemblable qu'il y soit d'usage dans les milieux modestes. Cette pratique, à notre avis, serait tardive, dans l'Arabie préislamique. Elle pourrait coïncider avec l'éclatement de la société tribale causé par la mutation de l'économie nomade vers une économie sédentaire. Nous reviendrons, un peu plus en détail à ce point.

Pourquoi donc sacrifier une fille au lieu d'un mâle ? Dans ce système tribal, la fille était plutôt considérée comme une bouche supplémentaire à nourrir et moins un bras solide sur qui l'on pouvait compter pour faire face aux difficultés liées à l'existence. « La force de la famille, dit *Maurice Demombynes*, réside dans ses fils, gardiens de troupeaux et guerriers, pour la défense ou la razzia. ». La fille étant grande contribuera, aux yeux des arabes,

⁵¹ Cor. VI, 151.

⁵² Fahd conclut dans le sens qu'il s'agit plutôt d'une : « survivance des sacrifices humains de l'antiquité sémitiques, largement attestés surtout dans le domaine canaanéen. Toufik Fahd, *Le Panthéon de l'Arabie centrale à l'veille de l'Hégire*, Librairie Orientaliste Paul Geuthner, Paris, 1968, p. 9.

⁵³ Ibid. p. 7.

à renforcer le foyer du mari au détriment du foyer parental, surtout lorsque le mariage est exogamique.

Dans l'Inde de nos jours, la pratique de l'infanticide des filles ressemble curieusement à l'infanticide pratiqué en Arabie préislamique et se justifie quasiment par les mêmes raisons, c'est-à-dire, financière surtout. La dote trop élevée qu'exige la coutume dans ce pays, difficile pour la famille de la fille de s'en acquitter, se trouve mise en cause dans cet infanticide. L'Inde ne compte que 93 femmes pour 100 hommes. En 2001, le recensement officiel a créé un choc en montrant que sur un milliard d'Indiens, il « manquait » 36 millions de femmes, qui ne sont pas nées, qui ont été tuées à la naissance ou qu'on a laissés mourir en bas âge. Une préférence ancestrale pour les garçons, avivée par le matérialisme. La tradition religieuse exige un fils pour assurer les rites funéraires du père, et seul le fils hérite du nom et du patrimoine. Mais surtout, les filles sont considérées comme un fardeau financier : la dot traditionnelle et les frais de mariage peuvent engloutir les économies de toute une vie, d'autant que l'Inde moderne et consumériste connaît une inflation dans ce domaine : bijoux, cash, électroménager, voitures... »⁵⁴. Le fait d'avoir à la naissance une fille peut constituer un risque mortel pour la femme : « Une femme en Inde n'est une femme digne de ce nom que si elle donne le jour à un fils. Si c'est une fille, elle peut être renvoyée par son mari et sa belle famille, être battue, voire tuée. Les médecins font donc des avortements de fœtus filles en pensant rendre service aux femmes. La pression sociale et familiale est si forte qu'elles-mêmes ont honte d'accoucher d'une fille, cas réguliers de vols de bébés garçons dans les maternités, par des femmes qui y laissent la petite fille qu'elles viennent de mettre au monde ». Une tuerie silencieuse paraît consentie

⁵⁴ Article : *Inde. la malédiction de notre notre fille*, réalisé avec le soutien du ministère des Affaires étrangères et avec la collaboration du CEAN. <http://cean.u-bordeau.fr>

de tous⁵⁵ : « La politique indienne de limitation des naissances a accentué la sélection : si on a moins d'enfants, il faut être sûr d'avoir au moins un garçon. Certains villages dans le *Rajasthan* se vantent de n'avoir pas vu naître une fille depuis ... dix ans. Dans les villages de l'*Haryana*, on dit : « Ici, quand une fille naît, c'est par accident. Pas par choix ». La sélection se pratique autant dans les campagnes qu'au sein des classes urbaines et éduquées. »⁵⁶.

Dans l'Arabie préislamique, ce fut la mère de l'enfant qui était chargée par le père d'accomplir la tâche d'enterrer la fille vivante. *Tabarî* écrit que : « Dans la tribu de *Rabî'a* et de *Mudar*, l'homme pose les conditions à sa femme, elle peut garder une fille vivante, mais elle doit nécessairement tuer la seconde. Quand naît celle qui doit être enterrée vivante, l'homme quitte les lieux en menaçant sa femme de ne plus la toucher si au retour la fillette n'est pas enterrée. La femme fait un trou dans le sol, et envoie chercher les autres qui viennent se rassembler chez elle, et qui l'aident, et dès que la mère aperçoit le mari à l'horizon, elle pose l'enfant dans le trou, et elle la couvre de terre jusqu'à ce qu'elle soit complètement couverte. ». Il paraît, cependant, possible que les hommes se soient chargés de cette mission. *'Umar Ibn al-Hattâb*, avant d'embrasser l'Islam, aurait, selon la tradition, enterrer sa fille lui-même.

La pratique de l'infanticide demeure donc une des preuves concrètes de la condition précaire de la femme dans la société arabe préislamique, mais, elle n'est pas la seule. Nous assistons également à l'existence d'une forme de

⁵⁵ « Depuis 20 ans, des milliers de cliniques privées se sont ouvertes en Inde : 900 appareils d'échographie dans l'*Haryana* par exemple. Des centaines d'unités mobiles d'échographie ont même sillonné les villages avant d'être interdites en 2001, mais elles circulent encore illégalement, selon les ONG. Les cliniques privées proposent des « packages » échographie + avortement du fœtus fille, pour 5.000 à 10.000 roupies (85 à 170 euros). Même les pauvres préfèrent dépenser ces sommes plutôt que d'avoir une fille. Publicités (interdites) des cliniques : « mieux vaut dépenser 5.000 roupies maintenant que 50.000 roupies plus tard » (pour payer une dot) ». Ibid. *Inde : La malédiction de notre fille*.

⁵⁶ Ibid. *Inde : La malédiction de notre fille*, voir référence, supra.

promiscuité sur ce territoire où la femme y est encore victime du pouvoir masculin. Ce régime semble avoir été réglementé par la suite. *Al-Buhari* évoque dans son *Sahih* deux formes de mariages justifiant cette promiscuité :

-Un groupe de dix hommes fréquentait la même femme, en cas de conception d'un enfant, la femme désignait l'homme avec qui elle attribuait la paternité.

-Même principe que dans le premier cas, cependant la filiation est faite par des pythonisses, habiles à discerner les ressemblances par leur science et la physiognomonie.

Chez Strabon⁵⁷, où, il est question des mœurs des Nabatéens, la femme y paraît soumise au désir sexuel de la collectivité. Les Nabatéens, dit-il, n'ont aussi qu'une femme pour eux tous, celui qui, prévenant les autres, entre le premier chez elle, use d'elle après avoir pris la précaution de placer son bâton en travers de la porte (l'usage veut que chaque homme porte toujours un bâton). Jamais, en revanche, elle ne passe la nuit qu'avec, le plus âgé, avec le chef de la famille. Une semblable promiscuité les fait tous frères les uns des autres. Ajoutons qu'ils ont commerce avec leurs propres mères. En revanche l'adultère, c'est-à-dire le commerce avec un amant qui n'est pas de la famille, est impitoyablement puni de mort. La fille de l'un des rois du pays, merveilleusement belle, avait quinze frères, tous éperdument amoureux d'elle, et qui, pour cette raison, se succédaient auprès d'elle sans relâche. Fatiguée de leurs assiduités, elle, s'avisa, dit-on, du stratagème que voici : elle se procura des bâtons exactement semblables à ceux de ses frères, et, quand l'un, d'eux sortait d'auprès d'elle, elle se hâtait de placer contre la porte le bâton pareil à celui du frère qui venait de la quitter, puis, peu de temps après, le remplaçait

⁵⁷ *Géographie*, XVI, 25, ouvrage traduit par Tardieu Amédée, Paris, Hachette et Cie, 1867, 1890.

par un autre, et ainsi de suite, en ayant toujours bien soin de ne pas y mettre le bâton pareil à celui du frère dont elle prévoyait la visite. Or, un jour que tous les frères étaient réunis sur la place publique, l'un d'eux s'approcha de sa porte et à la vue du bâton comprit que quelqu'un était avec elle; mais, comme il avait laissé tous ses frères ensemble sur la place, il crut à un flagrant délit d'adultère, courut chercher leur père et l'amena avec lui. Force lui fut de reconnaître en sa présence qu'il avait calomnié sa sœur. ». Cette promiscuité n'est pas sans rappeler la prostitution sacrée chez les peuples de la *Mésopotamie* qu'était consacrée à la glorification de la déesse de fertilité. *Jean Bottéro* est un des rares historiens à s'être posé la question des origines de la prostitution dans son ouvrage *Mésopotamie*⁵⁸. De l'étude des textes de cette civilisation à l'aube de l'histoire, il apparaît que les premières femmes à avoir été consacrées à la prostitution sacrée pour honorer la déesse de la fertilité, *Inanna* à *Sumer*, devenue *Istar* pour les Babyloniens, étaient les femmes stériles; ne pouvant assurer la procréation au sein d'une famille avec un seul homme, elles trouvent une place dans la société en servant la déesse, devenant l'épouse de tous.

Ces récits, sans doute, un peu trop poussés à l'exagération, nous montrent, néanmoins, que la femme était loin de jouir d'une position de prédominance. Cela, ne permet de conclure dans le sens, qu'en dehors des cercles fermés des familles riches, la femme apparaît, dans l'Arabie de la fin du VI siècle, sans réel pouvoir. S'elle a eu la chance de continuer à survivre c'est uniquement pour servir les intérêts de la collectivité par son pouvoir de reproduction ou en tant qu'objet d'assouvissement des désirs de la collectivité. Son statut social apparaît claire à travers les propos d'*André Miquel*⁵⁹ qui dit : « La femme, [...], qu'elle soit sœur, mère ou épouse, n'a d'autre importance que celle que lui

⁵⁸ Jean Bottéro, *Mésopotamie : L'écriture, la raison et les dieux*, Gallimard, Paris, 1987.

⁵⁹ *L'Islam et la civilisation*, Colin, Paris, 1968.

confèrent sa place et son autorité morale au sein du groupe, sa fécondité aussi : en dehors de quoi, et notamment pour ce qui concerne la décision du groupe, sa vie culturelle, son histoire, elle reste un personnage de seconde zone.». *Maurice Gaudefroy-Demombynes* estime que la femme était assimilée à une chose, voire à une marchandise : « La femme est une sorte de bien⁶⁰ de famille que son chef cède à un mari contre paiement d'une dot. La femme dans l'Arabie préislamique vit sous l'autorité écrasante d'un père, d'un frère ou d'un oncle. Elle ne sort du foyer familial que pour entrer dans le foyer conjugal. Le décor change, mais les conditions demeurent semblables. Le mari dispose de tous les pouvoirs pour la garder ou la répudier comme bon lui semble ». Dans ce même ordre d'idées *Mansûr Fahmy* dit que : « Le mari domine, et l'autorité du mari, qui est le chef de la maison, ne connaît guère de limites que ses propres sentiments et sa bienveillance.»⁶¹. Ce sort réservé à la femme ne pouvait que s'aggraver dans cet espace en bute à une masculinisation croissante, suite à la pratique, de plus en plus accrue, de l'infanticide. C'est ce contexte qui a suscité, à notre avis, la crainte du déshonneur auprès des familles, dont on parlé plus haut. Nulles familles, en effet, ne pouvaient être à l'abri d'un rapt ou de rachat visant principalement les femmes. Cette situation d'anarchie, rappelons-le, est à considérer en à la lumière des données sociologiques et historiques de l'Arabie préislamique, lesquelles font état d'une anarchie complète dans l'Arabie préislamique, vers la fin du VI siècle. Il est encore trop tôt d'aborder l'étude de cette période.

⁶⁰ Joseph Chelhod en parlant de la femme chez les anciens Arabes, dit que celle-ci : « n'était pas comprise au nombre des successibles ; bien au contraire, elle faisait elle-même partie de la succession. On tenait donc à la garder dans le patrimoine familial, au même titre que la terre. C'est pourquoi l'ibn al- 'amm, c'est-à-dire le plus proche agnat susceptible de la prendre pour épouse sans commettre l'inceste, se l'adjudgeait au détriment des intérêts financiers de son oncle ; ce faisant, il anticipe simplement sur sa part d'héritage. Chez les bédouins contemporains, où la femme ne reçoit des biens de son père que ce que la discrétion du frère veut bien laisser, ce type d'union constitue une survivance d'un ancien droit successoral. ». op. cit.p. 60.

⁶¹ *La condition de la femme dans l'Islam*, Paris, F. Alcan, 1913.

Reprenons, à présent, notre étude sur l'organisation sociale de l'Arabie préislamique. Nous avons dit que la base des liens sociaux dans l'Arabie préislamique demeure le lien par la parenté. Parmi les conséquences immédiates de ce lien par le sang, *Ibn Haldûn* évoque la *nu 'ra*. Cet auteur dit que : « le lien de parenté fait naître chez l'homme la *nu 'ra*⁶², sentiment d'affection et d'attachement aux proches parents et à tous ceux qui appartiennent au même sang. Lorsqu'un parent, dit *Ibn Haldûn*, subit, aussi bien, une injustice qu'une attaque, ou se sent humilié, on se porte à sa défense par le même mouvement naturel qui nous fait riposter à une agression contre nous-mêmes. »⁶³. C'est une tendance naturelle, nous dit *Ibn Haldûn*⁶⁴, qui existe de tout temps chez l'homme ; elle se transmet spontanément d'une génération à l'autre et n'a besoin ni d'être apprise ni d'être enseignée. Cela se situe au niveau le plus profond d'une sorte d'instinct de conservation.

En effet, la solidarité des Arabes tient de la survie, surtout dans une société où le pouvoir central, régissant la vie en société est absent. L'esprit de clan, comme le note *Philip Hitti*⁶⁵, auteur d'un précis sur l'histoire des Arabes, exige avant tout une loyauté totale et inconditionnelle envers les autres membres de ce clan, une espèce de chauvinisme passionné. L'allégeance envers la tribu, ajoute cet auteur, présuppose que celle-ci est par elle-même une unité complète, suffisante, absolue ; toute autre tribu est donc considérée comme une proie légitime, un but tout désigné pour le pillage. Dans le même ordre d'idées, *Montgomery Watt* dit que : « La solidarité tribale est un facteur essentiel pour subsister au désert. Un homme y a besoin de l'appui des autres

⁶² *Ibn Haldûn, Al-Muqaddima*, Beyrouth, Dâr al-Gil, sans date, p. 141.

⁶³ *Ibid.*, p. 141.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 141.

⁶⁵ *Hitti. Précis d'histoire des Arabes*, tra. Maurice Planiol, Payot, Paris, 1950, p. 21.

contre les forces de la nature et contre ses rivaux. »⁶⁶. Toutefois, il faut le noter, cette solidarité arabe n'est en rien absolue. Les membres de la tribu, comme le fait constater *M. Watt*⁶⁷, n'étaient pas des automates mais des êtres humains inclinant à l'égoïsme... . S'il leur arrivait parfois de placer leurs intérêts privés au-dessus de ceux de la tribu, il n'y avait rien là que de naturel. Cette notion de l'égoïsme à laquelle fait allusion *M. Watt*, devrait être comprise à notre sens, comme étant l'affirmation de l'individu au sein de la tribu qui lui reconnaît implicitement le droit d'agir en fonction des circonstances et des situations, dans la mesure où le lien n'est pas remis en cause. Exemple de pactiser avec une tribu ennemi, etc. La tribu en tant qu'entité, dans l'Arabie préislamique n'était pas supra individuelle. Elle paraît constituée un espace consensuel aux visées sécuritaires et logistiques, dans un contexte de tensions permanentes et de conflits. Le chef de la tribu, comme nous le verrons plus loin, était loin de se considérer comme un despote ou un autocrate, son rôle consiste plutôt à mettre à profit ses expériences et son vécu au service de la tribu. Le rôle de ce chef et de ses contribuables consiste à veiller, essentiellement, à la sauvegarde et à la pérennité de la tribu et de l'honneur. Ceci constitue à leurs yeux la cause suprême voire sacrée. Seul un front extérieur est fédérateur. L'espace tribal où l'action individuelle n'est pas écartée, constitue de ce point de vue l'essence même d'une société libre, avec toutefois, un bémol, car les agissements d'un individu ne sauraient mettre, par le biais d'un litige qui ferait appel à la solidarité, en péril l'existence même de la tribu. Le lien tribal, bien que indéfectible, n'en demeure pas moins, soumis au pragmatisme et à la réalité des forces en présence. Les rapports de force sont pris en considération et détermine l'engagement de la collectivité.

⁶⁶ Montgomery Watt, *Mahomet à la Mecque*, Paris, Payot, 1958, p. 39.

⁶⁷ Ibid. p. 39.

L'égoïsme dont il est question, serait donc le corollaire de ce qui est convenu d'appeler l'instinct de survie, à l'échelle de l'individu, dans ses transactions au quotidien et à l'échelle de la tribu dans son rapport à l'environnement immédiat et à la société. Notre point de vue, ici cité, devrait également modérer les propos de *Lammens* qui dit que : « Le nomade possède tous les défauts et aussi les douteuses résolutions, sans oublier l'égoïsme et la rapacité. »⁶⁸. Les propos de *Lammens* doivent être placés dans le contexte qui les a engendrés. Il s'agit de l'étendu espace du nomadisme où la vie est dure. Elle l'est encore pour le troupeau et pour la survie du nomade. L'Arabie centrale qui constitue le cadre de notre recherche, demeure, en effet, comme il a été signalé plus haut, un espace peu hospitalier où le nomade est souvent amené à faire face aux innombrables périples et dangers qui le guettent. Dans l'immensité de l'espace du bédouinisme⁶⁹, la vie individuelle en dehors de la tribu est à peine concevable voire impossible. A moins de trouver à grouper, comme le note *G. Demombynes*, en une bande de chevaliers errants du désert, *sa'alik*, d'autres outlaw analogues, ou bien d'obtenir la condition de protégé, client, d'une autre tribu »⁷⁰.

⁶⁸ Henri Lammens, *Le Berceau de l'Islam*, Rome, 1914, p. 187, 188.

⁶⁹ *Joseph Chelhod* dans son ouvrage consacré au droit dans la société bédouine explique l'individualisme dont on a souvent distingué le nomade par une sorte de prédéterminisme lié à la nature de l'environnement dans lequel se meut l'habitant du désert. « Si, au départ, dit-il, on trouve chez les adeptes du nomadisme un puissant esprit communautaire suscité par le sentiment de dépendance et le désir de retrouver des visages amis, ce même mode d'existence favorise aussi le morcellement de la tribu par cela même qu'il l'oblige à se disperser pour trouver de quoi nourrir ses troupeaux. Quel que soit le degré de cohésion entre ses membres, ajoute *Chelhod*, celle-ci est constamment tenue en échec par les inévitables différents et les éternelles disputes à propos des pâturages et des points d'eau. ». p. 40. Le nomadisme, insiste à dire *Chelhod* : « bien que cela semble évident, condamne donc ses adeptes à vivre plus ou moins en solitaires. Cet isolement, à la fois physique et moral, trempent leurs caractères et leur apprend à ne compter d'abord que sur eux-mêmes. Mais il développe en même temps chez eux un individualisme farouche qui se refuse aux concessions et ne recule que lorsque les intérêts supérieurs du groupe sont directement menacés. ». p. 41. Dans cette étendue espace du bédouinisme, il est vrai, la dualité entre solidarité et individualité, rivalité et union consanguine, morcellement et cohésion devient une réalité récurrente et nécessaire pour la survie des individus et des groupements. Toute l'organisation du bédouinisme est construite autour de cette ambivalence.

En règle générale, comme, il a été noté, plus haut, le sang constituait le dénominateur commun entre les membres du groupement. Toutefois, dans des cas précis, la coutume admettait que l'on pouvait être, naturellement, membre d'un groupement sous un mode artificiel en qualité d'adopté, d'allié, de protégé, ou simplement un voisin avec lequel on établirait des rapports de bons procédés, ou d'alliances, etc.

b- Lien artificiel.

1- L'adoption, التبني.

Selon les termes de *Phillip Hitti* : « La parenté du sang peut être réelle ou fictive ; elle peut notamment s'acquérir en suçant quelques gouttes de sang⁷¹ tirées de bras d'un des membres, mais n'en fournit pas moins l'élément essentiel de cohésion dans l'organisation tribale. »⁷². Le procédé d'adoption, *tabannî*, تبني constituait un procédé par le biais duquel on rattachait l'adopté à la tribu, par l'établissement d'un lien factice de filiation. Elle paraît être largement pratiquée dans les coutumes arabes. Nous lisons chez *Louis Milliot* que : « A l'époque préislamique, l'adopté devenait le fils de l'adoptant, et la femme du fils adoptif était tenue, par conséquent, pour la bru de l'adoptant ; il y avait donc alliance, et l'adoptant ne pouvait épouser la femme de son fils adoptif. »⁷³. Cette conception que l'on donnait de l'adoption a été modifiée dans le droit musulman. Cette modification est à apprécier à la lumière du verset 37 de la sourate XXXIII, qui dit ceci : « Quand tu disais à celui qu'Allah avait comblé de bienfait, tout comme toi-même l'avais comblé: "Garde pour toi ton épouse et crains Allah", et tu cachais en ton âme ce qu'Allah allait

⁷¹ Joseph Chelhod souligne le fait que chez les Arabes : « pour conclure une convention, pactiser avec autrui, on se faisait réciproquement, des incisions, *šurūt*, plus tard, on offrirait un sacrifice. ». *Les sacrifices chez les Arabes*, Presses Universitaires de France, Paris, 1955, p. 190.

⁷² op. cit. p. 21.

⁷³ Louis Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Recueil Sirey, Paris, 1953, p. 395.

rendre public. Tu craignais les gens, et c'est Allah qui est plus digne de ta crainte. Puis quand *Zayd* eut cessé toute relation avec elle, Nous te la fîmes épouser, afin qu'il n'y ait aucun empêchement pour les croyants d'épouser les femmes de leurs fils adoptifs, quand ceux-ci cessent toute relation avec elles. Le commandement d'Allah doit être exécuté ». Sur les circonstances de la révélation de ce verset, les commentateurs du Coran, comme *al-Tabârî* propose ce qui suit : « le prophète s'était rendu un jour de l'an 5 de l'Hégire, au domicile de son fils adoptif, mais comme celui-ci était absent, c'est son épouse, *Zaynab Bint Ğahš* qui lui ouvrit la porte et lui proposa d'entrer. Le Prophète épris par sa beauté, aurait alors refusé l'invitation, il partit en murmurant : « Louange à Celui qui transforme les cœurs, *Subhana mubaddil al-qulub* ». *Zaynab* l'avait entendu et saisi le sens de ses propos. Lorsque *Zayd* apprit la nouvelle par la bouche de sa femme, il se précipita pour voir le Prophète et lui dit : « Ô Messager de Dieu, si ma femme te plaît, alors je suis prêt à m'en séparer ? » Après de maintes hésitations et de maints tourments, le Prophète finit par accepter la proposition de son fils adoptif après que Dieu, dans son infinie miséricorde ait donné Son aval. ». C'est alors que *Zayd* répudia *Zaynab* et le Prophète l'épousa. *Zaynab* se vantait devant les autres épouses du Prophète en disant : « Vous avez été mariées par vos familles alors que moi, j'ai été mariée par Allah du haut des sept cieux », disait-elle fièrement. Sauf que les calomnies allaient s'abattre sur le Prophète : « Comment *Muḥammad* se permet-il d'épouser la femme de son fils alors que c'est lui-même qui nous avait interdit une telle union auparavant ? », s'exclament-ils. C'est alors que le Coran, disent les commentateurs, est venu lever toute ambiguïté et faire taire les médisants : « *Muḥammad* n'a jamais été le père de l'un de vos hommes, mais le messenger d'*Allah* et le dernier des

prophètes. *Allah* est Omniscient »⁷⁴. C'est dans ces circonstances, dit-on, que l'adoption, sous la forme qui lui a été concédée dans la coutume préislamique, fut définitivement abrogée. Il n'en demeure pas moins qu'il est recommandé au musulman de prendre en charge une tierce personne qui ne possède pas de soutien de famille, le cas des orphelins par exemple. Ceci est exprimé par le terme de *kafâla*. A l'instar de l'adoption, la *kafâla* ne crée pas de rapport de réciprocité entre la personne à charge et celui qui le prend en charge.

Dans certains pays musulmans, l'adoption fait de l'adopté le fils de l'adoptant ; il le fait hériter de la même manière que le fils ; en sorte que qu'on la considère comme entraînant des empêchements au mariage. En Arabie préislamique, l'adoption pouvait s'appliquer tant à l'égard d'un enfant de condition libre, mais qui avait été détaché de la tribu de son père par le fait de la mort de ce dernier et le retour de la mère dans sa tribu d'origine qu'à l'égard d'un esclave. L'adoption des esclaves était par le fait même un moyen d'affranchissement. L'adopté porte cependant le nom de *da'iy*, دعي. L'adoption produit les effets de la filiation naturelle : l'adopté prend le nom de l'adoptant, le droit de succession naît réciproquement entre l'adoptant et l'adopté ; les empêchements de mariage résultant de la filiation naturelle s'applique également dans les rapports entre adoptant et adopté ; les devoirs d'aide et assistance entre eux sont les mêmes qu'entre père et fils légitimes. Cette assimilation ressort même de la terminologie : l'adoption est un *tabannî*, terme qui signifie manifestement l'acte par lequel un individu fait d'un autre son fils, *Ibn*, ابن qui est le terme même qui désigne l'enfant légitime ordinaire. Toutefois, il ne faut pas confondre adoption et légitimation, qui constituent un autre procédé d'intégration au groupement tribal et à la famille légitime. Dans le *Kitâb al-Aġânî*, il est mentionné que : « Dans les coutumes arabes, les

⁷⁴ Cor. XXXIII, 40.

enfants nés de rapports d'un homme libre avec une esclave suivaient la condition de la mère, et le lien de filiation avec le père n'était pas reconnu. Mais il appartenait au père de reconnaître son fils et, par le fait, de le légitimer en lui donnant son propre nom. »⁷⁵. C'est ce que montre l'histoire de 'Antara, poète arabe antéislamique : s'étant signalé par son courage dans une rencontre avec une tribu ennemie, son père Šaddâd l'en récompense en le reconnaissant. Il paraît bien que la reconnaissance, par manifestation unilatérale de volonté du père ou du parent qualifié, était admise comme procédé général de légitimation et d'intégration au groupement. On dit que le père avoue l'enfant, *ya 'tarif bi al-walad*, *يعترف بالولد* ou le revendique, *yad 'ih*, *يدعيه* ou se le rattache *yastalhiqih*, *يستلحقه*. C'est ce procédé même qu'emploiera *Mu'âwiyya* pour reconnaître *Ziyâd*, comme son frère. Il devait paraître comme tellement naturel et conforme à la tradition arabe qu'il ne souleva, à l'époque, aucune observation ni protestation.

2 - L'acte du walâ'. الولاء

Dans le cas d'un homme isolé ou rejeté du sein de sa propre tribu, le procédé du *walâ'* s'avère l'alternative efficace. « Pas de pire calamité pour un bédouin, dit *Phillip Hitti*, que de perdre son affiliation à une tribu, car sans celle-ci, il se trouve pratiquement réduit à la plus complète impuissance : son statut est désormais celui d'un hors la loi, sans protection ni sécurité aucune. »⁷⁶. L'acte du *walâ'* est donc une institution qui est née des conditions mêmes du cadre social et politique de l'Arabie préislamique, et particulièrement de l'absence d'un pouvoir central, prenant sur lui la protection de l'individu. L'individu en tant que tel, n'était pas considéré

⁷⁵ Abû al-Farâğ al-Asfahânî, *Kitâb al-Ağânî*, . cité par Emile Tyan, *Institutions du droit public musulman*. Recueil Sirey, Paris, 1956, t. I, p. 22.

⁷⁶ Op. cit. p. 21.

comme sujet de droit ; il ne le devenait qu'en fonction de son agrégation au groupe. En dehors du groupe, l'individu est comme une chose, n'appartenant à personne, donc à la merci du premier agresseur.

L'acte juridique du *mawla*, client ou allié, *ḥalif*, intervient entre le futur *mawla* et l'homme de la tribu. Aussi désignait-on le *mawla* sous le nom de *mawla* de telle personne ; mais par le fait même toute la tribu se trouve engagée envers elle et rattachée à l'ensemble du groupement : nouvelle manifestation de solidarité. L'accord du *walâ'* est confirmé par un serment réciproque, un *ḥilf*, *حلف*. Ceci est le plus couramment employé pour exprimer l'idée de conclusion de contrat de *walâ'*.

Il faut cependant se garder de confondre ce *ḥilf*, par lequel un individu s'intégrait à un groupement, du *ḥilf* proprement dit qui est une institution qui prévoit la conclusion d'une alliance entre deux groupements distincts à des fins diverses. Le *walâ'* qui est aussi appelé *ḥilf*, se distingue du *ḥilf* proprement dit. Il est un accord entre un groupement ou un membre d'un groupement et un individu membre d'un autre groupement ou même un étranger à la population arabe. L'accord a pour objet d'intégrer le *mawla-ḥalîf* au groupement de son contractant, tandis que le *ḥilf*, proprement dit, ne porte aucune atteinte à l'autonomie de chacune des deux parties. Il se distingue, en second lieu, de l'accord qui intervient entre les membres d'un même groupement, accord par lequel les parties contractantes s'engagent à accomplir tels actes déterminés, dans l'intérêt du groupement. Tel est le cas de cet accord que la tradition⁷⁷ rapporte sous le nom de *ḥilf al-fudûl* *الفضول حلف* par lequel les membres de la tribu de *Qurayš*, pour mieux assurer l'ordre à la Mecque et y sauvegarder les intérêts du commerce, se seraient engagés

⁷⁷ Al-Mawardî, *Al-'ahkam al-sultâniyya wa al-wilâyyât al-dinniyya*, corrigé et annoté par 'Isâm Fâris al-ḥarastânî et Muḥammad Ibrâhîm al-Zaġlî, 1ère éd. Al-maktab al-Islâmî, Beyrouth, 1416, 1996, p. 128. Pour les versions traduites, nous mentionnerons, le cas échéant, les auteurs.

récioproquement à s'abstenir de tout acte injuste et à prêter aide et assistance à toute victime d'un tel acte. Les effets du contrat *hîlf* proprement dit sont donc clairs, ils se portent sur une mission ou des missions bien arrêtées prévoyant la coopération réciproque des tribus signataires du *hîlf*. Cette alliance garantit la conservation de la personnalité de chaque tribu, chacune garde son nom propre, etc.

Ce *hîlf* se distingue, enfin, quoique à un moindre degré parce que ressortissant du même principe, de l'accord d'alliance qui intervient entre clans d'un même groupement. Tel est connu sous le nom de *hîlf al-muṭayyabûn* حلف المطيبين qui serait intervenu à l'occasion du différend qui surgit entre les clans de *Qurayš* au sujet de l'attribution des diverses fonctions sacrées de la *ka'ba* et du pèlerinage, et par lequel les clans d'un des parties s'alliaient entre eux en s'engageant à une lutte commune, alors que les clans de l'autre parti concluaient une alliance analogue, laquelle fut appelée le *hîlf* des *la'qat al-dam*, لعقة الدم. Cette expression, comme celle du *muṭayyabûn*, ne présentant aucun intérêt quant à la nature de l'accord, mais procédant simplement des modalités différentes de formes suivant lesquelles les ententes avaient été conclues. Selon *Emile Tyan* les expressions en question : « ne se rapportent pas au *hîlf* lui-même, mais aux individus des groupements alliés. Les uns ont été qualifiés de *muṭayyabûn*, les parfumés, parce que la cérémonie de l'alliance avait consisté à tremper les mains dans une outre pleine de parfums et à enduire la Pierre noire. Les autres ont été qualifiés de *la'qat al-dam*, lécheurs de sang, parce que la formalité avait consisté à plonger les mains dans une outre remplie de sang.»⁷⁸.

⁷⁸ *Institutions*, op. cit. p.

3 - Le principe du *ġiwâr*, الجوار.

Le *ġiwâr*, un autre procédé connu chez les Arabes, par le biais duquel un individu appartenant à un groupe se met sous la protection d'un autre individu appartenant à un groupe différent et réside auprès de lui. Le *ġiwâr* se distingue nettement du *ħilf* proprement dit, ainsi que de cette autre forme de protection qu'est le *walâ'*. Il se distingue du *ħilf*, tout d'abord, par son objet : le *ħilf* n'étant pas, intrinsèquement, un procédé de protection de l'individu ; et en second lieu, en ce que le *ħilf* proprement dit consiste en un accord entre deux groupements, en tant que tels, tandis que les parties au contrat de *ġiwâr* sont des particuliers, l'engagement du groupe ne venant qu'au second plan et n'étant mis en jeu qu'indirectement par l'effet du principe de la solidarité tribale. Le *ġiwâr* se distingue du *walâ'* en ce que, à la différence de cette institution, il ne comporte pas d'intégration de l'individu dans le groupement de celui qui lui accorde sa protection, ni rupture du lien qui unit le protégé à son groupement propre. Aussi bien, la tribu personnelle de celui qui obtient le *ġiwâr* reste tenue envers lui du devoir de solidarité, pour le défendre, pour venger sa mort. Mais cette obligation est subsidiaire par rapport à celle de la personne qui accorde le *ġiwâr* ; elle n'aura lieu de s'exercer qu'en cas de défaillance de cette dernière de son groupe ou, a fortiori, de leur propre culpabilité. Le *ġiwâr* se distingue aussi des deux autres institutions en ce qu'il constitue un contrat unilatéral, ne comportant d'obligations qu'à la charge d'une des parties, le protecteur. En règle générale, le recours au procédé du *ġiwâr* n'intervient que lorsque l'individu ne trouve pas dans son groupement la protection suffisante. L'objet de cette protection peut être plus au moins étendu, et différent, suivant les cas. Le *ġiwâr* peut consister en une simple garantie de sauvegarde. Le *ġiwâr* peut aussi avoir comme objet de prêter main-forte au *ġâr*, pour la réalisation de ses droits : restitution d'un bien,

exercice d'une vengeance.

4- Le pacte du 'ilâf, الاعيلاف.

Cette expression qu'on trouve dans le Coran, dans la sourate intitulée *Qurays*⁷⁹ était une coutume consacrée des Arabes imposée par les nécessités du commerce à travers l'Arabie, en raison de l'inexistence d'une autorité assurant la sécurité sur les grandes routes. Le procédé du *ġiwâr*, celle du *hîlf* ne constituait pas des moyens de portée suffisamment générale et pratique pour donner satisfaction au besoin de sécurité. On ne pouvait alors que compter sur soi-même, sur sa propre force pour faire parvenir d'un lieu à un autre les charges de marchandises et de biens de toutes sortes. On s'organisait en grandes caravanes plus en moins fortement protégées, mais qui restaient toujours à la merci d'une embuscade, d'un coup de main habilement mené. La fameuse bataille de *Badr*⁸⁰, dans les premières années de l'Islam, est une claire manifestation de cet état de choses. C'est ce qui explique que, pour compenser le manque à gagner des tribus dont on traversait le territoire, on se résignait à leur servir une sorte d'impôt de passage, le *rub' al-tarîq* bien connu. Moyen onéreux, et toujours aléatoire. Par l'*ilâf* la coutume a-t-elle aménagé un procédé plus sûr et, sans doute, moins coûteux. L'*ilâf* consistait donc en un accord entre un groupement et d'autres groupements aux termes duquel ces derniers s'engagent à garantir la sécurité du passage des caravanes du premier, contre paiement d'une compensation déterminée. Les *Qurayšites* paraissent s'être distingués dans la pratique de cette sorte d'accord. On les glorifiait pour cela, car c'était le signe de leur vaste commerce et de leurs

⁷⁹ Cor. LVII, 1, 2.

⁸⁰ Bourgade située au sud-ouest de Médine sur la route qu'empruntaient les caravanes qui se rendaient de la Mecque en Syrie. C'est là qu'en mars 624 les Musulmans, interceptant un convoi de mecquois, remportèrent sur ces derniers leur première victoire, qu'ils considérèrent comme une justification de leur foi.

grandes richesses⁸¹. Comme aussi, c'était un titre de gloire pour un personnage que de parvenir à négocier, pour son groupement, un accord d'îlâf avec d'autres tribus.

d- Le détachement du groupe.

Nous avons pu constater, à partir de ce qui vient d'être dit, que l'appartenance à une tribu était une nécessité majeure pour les habitants de l'Arabie, faute de quoi, un individu sans agrégation à un groupe se trouvait tributaire aux dangers divers. Un lien était donc nécessaire ; cette règle, cependant, n'était pas absolue. Elle ne l'était pas, tout d'abord, en ce que, comme on l'a déjà vu, l'appartenance n'était pas obligatoire pour l'individu, qui pouvait se détacher, de sa propre volonté, de son groupement original, pour s'agrèger à un autre, par le procédé du *walâ'*. Elle ne l'était pas, encore, en ce que l'appartenance au groupe n'était pas toujours obligatoire pour lui : dans tous les cas où l'intérêt majeur du groupe pouvait être compromis par l'un de ses membres, la réaction naturelle de l'instinct de conservation consistait dans le droit reconnu au groupe d'exclure de son sein l'individu dangereux. La solidarité tribale, quoique s'étendant même aux cas de culpabilité de contributeur, s'arrêtait, cependant, au point où la défense de celui-ci pouvait menacer l'existence du groupement. C'était non point la seule culpabilité de l'individu qui excluait la solidarité, mais la solidarité jointe à la considération de l'intérêt de sauvegarde du groupe. Cet intérêt peut se manifester de deux façons, soit que l'individu, par sa conduite à l'égard de ses propres contributeurs, se révèle comme une cause de trouble intérieur grave, soit que l'obligation de sa défense, pour une action coupable qu'il a commise sur le ressortissant d'une tribu étrangère, risque de compromettre la bonne entente

⁸¹ Al-Buḥturî, *Ḥamasa*, II, 636, ouvrage cité par Emile Tyan dans, *Institutions*, op. cit, p. 68.

avec celle-ci, que l'on veut pourtant maintenir, ou bien risque de provoquer une guerre que l'on ne sent pas de taille à soutenir. Sans préjudice de l'exercice du *ta'r*, la vengeance privée,- cette notion fera l'objet d'une étude distincte dans les pages qui vont suivre-, sur le coupable, le groupement peut user à son égard de la sanction de son exclusion. C'est ce qu'on appelle le *tard* *طرد* ou plus précisément le *hal'*, *خلع*. De ce fait le *halî'*, *خليع* devient un hors la loi. Toutes personnes n'appartenant pas à un groupement que ce soit par le lien naturel de parenté, par le voisinage, l'adoption ou en qualité de client, *mawla* forment les outs groups et ne bénéficient pas de la protection de la loi, qu'ils s'agissent de nomade ou de sédentaire. Selon *Chelhod* : « Quand ces derniers négligent de se conformer aux règles coutumières, ils ne sont pas considérés comme des ennemis : il s'agit simplement d'une bonne pise qu'il serait insensé de laisser échapper. »⁸². Cette situation de mise hors la loi extrêmement dangereuse, plonge le coupable de *hal'* dans un état d'insécurité extrême. Le *halî'* est livré à lui même, ne pouvant compter sur la protection d'un organisme quelconque, il devient la proie des ses héritiers, de ses contribules ; et, même, de tout agresseur quelconque qui se trouvait assuré, en tout état de cause, d'une complète impunité, sauf la réaction de défense de l'individu même. Peine redoutable appliquée à l'encontre de celui qui est exclu de son groupe tribal. « Le bannissement, dit *Chelhod*, le rejet du sein familial équivaut à u arrêt de mort. »⁸³. Dans cette situation de bannissement, il ne reste plus au *halî'* qu'un ultime recours : le refuge dans un lieu d'asile, consacré par la coutume et la religion, tel que le sanctuaire de la *Ca'ba*.

En effet, cette coutume relative au bannissement vient nous rappeler

⁸² Op. cit. p. 87.

⁸³ Op. cit. p. 88.

combien la notion de la personne est assez imprécise dans la société arabe préislamique. Nous avons déjà précisé que la tribu n'était pas hermétique aux initiatives individuelles aussi longtemps que l'individu ne transgresse les fondements de la coutume. Dans le cas contraire, l'individu devient, comme le dit un poète que je cite de mémoire : « j'ai été isolé à l'instar du chameau atteint de la gale. « *ufridtu ifrada al-ba'îr al-mu'abbadi* ».

Le respect de l'individu et la considération dont il fait l'objet sont en rapport avec l'importance et la force du groupe. Il s'agit d'une réaction naturelle pour le groupe, lorsque son existence est menacée par les actes malveillants, d'un de ses membres, de songer à le rejeter de son sein. Cette réaction doit être considérée à la lumière des conséquences multiples qu'un tel acte puisse causer au groupe, aussi bien sur le plan moral, économique que physique. Moralement les agissements incontrôlés et préjudiciables aux intérêts d'autrui par l'un de ses membres, atteint le groupe dans son prestige. Physiquement, il expose le groupe aux représailles. Economiquement et financièrement, le groupe doit s'acquitter de la compensation matérielle, lorsque le préposé au sang, dans le cas d'homicide, l'exige.

1-2- L'organisation politique des groupements tribaux.

A. Le chef de groupement : Titres.

La personnalité clé de la tribu arabe à l'époque préislamique fut *al-sayyid*, السيد. Ce terme est le titre le plus couramment donné au chef du groupement tribal. On rencontre, presque aussi fréquemment, celui de *al-ra'îs*, الرئيس. Le chef d'une expédition militaire est plutôt appelé *al-qâ'id* القائد, mais on continue, parfois, à lui donner le titre de *ra'îs*. Selon *Lammens* le terme de *ra'îs*, au lieu d'être un synonyme de *sayyid*, implique l'idée d'un commandement militaire... . *Ra's* désigne tous les échelons du

commandement, depuis un simple chef de brigands, jusqu'au *sayyid* de grandes tribus, comme *Ṭaġlib*. »⁸⁴. On emploie aussi « le terme de *kabîr*, كبير, grand en âge et en prestige. On rencontre aussi, souvent, dans la poésie du *madh*, مدح, l'appellation de 'amîd, عميد, moins souvent, celle de 'imâd, عماد, littéralement, le chef sur lequel on peut compter, qui est le soutien de la tribu. D'après certains historiens, on appliquait même au chef de tribu : « le titre de *rabb*, رب, maître, seigneur, celui de *râbi*, ربيع. On rencontre même, mais beaucoup plus rarement, le titre byzantin de patrice, appliqué à des personnages importants. »⁸⁵. Lammens dit que : « Antérieurement à l'islam le terme *rabb* était accordé aux maîtres de la terre, surtout sous la forme de *arbâb*... . On qualifiait également de *rabb* certains *kâhin*, devins, de renom, vraisemblablement des *sayyid*, cumulant les deux dignités... . Le terme a fini par perdre sa signification emphatique, pour devenir synonyme de *sâhib*, possesseur de. Ainsi on parle de *arbâb al-'uqûl*, des *arbâb al-ḥitâb*, pour désigner des gens d'esprit, des maîtres de la parole.»⁸⁶. Concernant la signification du terme *rabb*, plusieurs références bibliographiques sont citées par Fahd⁸⁷. Dans l'islam *rabb* vient de signifier quasi-exclusivement Dieu. Bien qu'ultérieurement ce terme avait repris l'une de ses acceptions premières à savoir, le détenteur de, etc.

Ces titres ne sont pas strictement réservés au chef du groupement. Lorsque tel groupement comprend des sous-groupes, qui conservent une certaine individualité, on applique à leurs chefs les mêmes appellations⁸⁸. A côté de ces titres, qui sont constants et sont des dénominations officielles, on

⁸⁴ Lammens, *Le Berceau de l'islam, L'Arabie Occidentale à la veille de l'Hégire*, Rome, 1914, p. 206.

⁸⁵ Emile Tyan, *ibid*, p. 85.

⁸⁶ Lammens. *op. cit.* 204-205.

⁸⁷ *Op. cit.* p. 137, 138.

⁸⁸ Le chef des mercenaires de la Mecque, les célèbres *Ahâbis*, est appelé aussi, *sayyed al Ahâbîš*, *Tabârî*, II, 206, cité par Emile Tyan, *Institutions*, *op. cit.* p. 84.

confère souvent au chef des qualificatifs ou des noms qui servent à l'honorer encore davantage. C'est ainsi que s'introduit l'usage du terme de *šayh*, شيخ en raison du fait que les chefs sont généralement des personnes d'âge avancés. *Lammens* dit à propos du *šayh* ce qui suit : « Il semble avoir été le plus emphatique des synonymes pour signifier le *sayyid*. »⁸⁹.

B. Les attributions et les droits et charges du chef.

Le *sayyid* ce terme qu'on traduit communément par seigneur ou maître, ne confère pas au *sayyid* dans la tribu une autorité de véritable chef. Sans compter que sa situation est souvent contestée, avidement convoitée par les notables de la tribu. L'autorité du *sayyid* ne comporte aucune des attributions qu'on serait tenté de reconnaître à un chef de groupement, aucune attribution d'un véritable groupement. Le *sayyid* provient, d'ordinaire, de la famille la plus ancienne ou la plus honorable de la tribu. Ses fonctions et ses prérogatives sont bien déterminés, c'est lui qui conclut les pactes d'alliances avec d'autres tribus, qui se charge du rachat des membres de la tribu prisonniers de quelque autre groupe ennemi, qui veille à ce que le prix du sang, c'est-à-dire la compensation matérielle du meurtre d'un membre de la tribu, soit convenablement acquitté ; c'est encore lui qui accueille les étrangers à la tribu, leur offre l'hospitalité, arbitre les contestations entre les membres de la tribu. La situation du *sayyid*, comme nous venons de le voir, entraîne surtout des charges, suppose des devoirs. Le *sayyid* a donc, plus de devoirs et de charges qu'il n'a de droits et de pouvoirs. Dans les milieux citadins, comme le souligne *Emile Tyan* : « Le rôle du *sayyid* se borne à conseiller, à étudier, à prévoir, à offrir à la communauté marchande le bénéfice de l'expérience des Pères conscrits, à contrôler et diriger les

⁸⁹ Op. cit. p. 206-207

caravanes ou expéditions commerciales, à organiser des expéditions guerrières »⁹⁰. Le *sayyid* paraît ne pas posséder un quelconque pouvoir de coercition, il ne possède pas selon les termes d'Emile Tyan : « de pouvoir législatif, judiciaire, de pouvoir de commandement, etc. »⁹¹. Le silence des textes, à cet égard, est frappant, ajoute cet auteur : « C'est en vain qu'on rechercherait quelques signes appréciables d'un pouvoir de puissance publique chez le chef de tribu. Et lorsque des auteurs modernes, pour expliquer cette condition du *sayyid*, disent que ses pouvoirs étaient considérablement limités, notamment, par les pouvoirs de l'assemblée tribale, ils ne font que créer une équivoque, car, pas plus que le *sayyid*, l'assemblée tribale n'était une véritable institution publique munie de quelque attribution caractéristique du pouvoir politique, n'existant, au surplus, nulle part ailleurs »⁹². La situation de chef ne consiste essentiellement qu'en une primauté d'honneur. Comme autorité, elle ne lui confère qu'une autorité purement morale qui se traduit, en pratique, par un consentement tacite de ses contribuables à suivre ses conseils et, au besoin, à recourir à lui pour les provoquer. Chez les tribus bédouines, leurs *šayh* et leurs anciens servent de modérateurs, à cause du grand respect et de la vénération qu'on leur porte. Dans l'absolu, le rôle du *sayyid* consiste à maintenir la cohésion et l'unité du groupe et la sauvegarde des intérêts de ce dernier.

C- Désignation du chef du groupement.

Le choix du chef s'effectue relativement aux qualités reconnues à celui-ci au sein du groupement et dont il a fait preuve, par la sympathie qu'il a pu s'acquérir auprès de ses contribuables, un homme accède tout naturellement à la

⁹⁰ *Institutions*, op. cit. p. 87.

⁹¹ Ibid. p. 87.

⁹² Ibid. p. 87.

situation de chef de la tribu : « dès que la place se trouve vacante. Il y a là un procédé d'acquiescement tacite à une situation de fait que le passé de la personne avait déjà préparée. »⁹³. Certains textes rapportent que la promotion du chef résultait d'un choix explicite, d'une manifestation de volonté expresse, de l'ensemble du groupe. Après la mort, au cours d'une expédition de *ġazw*, غزو razzia⁹⁴, de 'Abdallah Ibn Samma, chef du clan des *Hawâzin*⁹⁵, ce groupement, disent les textes, confia la *ri'âsa*, à *Durayd*, frère du chef disparu qui l'avait secondé dans l'expédition⁹⁶.

En règle générale, l'accession d'une personne à la situation de chef résulte du consentement tacite de l'ensemble du groupement et que dans certaines circonstances exceptionnelles qui mettent en danger l'existence même du groupement, telles qu'une guerre ou des troubles intérieurs, l'instinct de conservation provoque une action ouverte du groupe en le portant à choisir, explicitement un chef. Il arrive également que l'on tienne compte de

⁹³ Ibid. p. 93.

⁹⁴ Le *ġazw* est une des grandes lois du désert arabe. Il consiste dans l'agression entreprise en commun, par un groupe contre un autre groupe, en vue de l'appropriation par force des biens de ce groupe et du rapt de captifs. Il peut être entrepris comme acte d'agression pure et simple ou comme acte de représailles et de vengeance. Il se distingue du *ta'r* ou justice privée, que nous étudierons, ci-après, en ce que, d'une part, le *ta'r* peut être entrepris par un seul individu et que, d'autre part, il a essentiellement pour objet de tirer vengeance d'un meurtre, d'une lésion corporelle ou d'un préjudice matériel ; qu'il est donc exercé, toujours, par réaction contre une agression, en vue de poursuivre une vengeance, l'idée d'appropriation venant au second plan. Un *ġazw* peut donc provoquer un *ta'r*. *Hitti* dit au sujet du *ġazw* : « Partout ailleurs considéré comme un acte de brigandage, le raid ou le *ġazw* se trouve relevé par les conditions économiques et sociales de la vie de désert au rang d'une institution nationale. Il est à la base même de la structure économique de la société pastorale des Bédouins. Au désert, où la combativité est un état mental en quelque sorte chronique, la razzia est une des rares occupations qui soient considérées comme véritablement digne d'un homme. Les tribus chrétiennes elles mêmes ne se faisaient pas faute de s'y adonner. Un poète de l'Antiquité a naïvement expliqué en deux vers le principe essentiel de ce genre de vie : « Notre métier est de razzier l'ennemi, notre voisin ou notre frère, en cas que ne trouvions à razzier personne d'autre que ce frère ! ». Op. cit. p. 19-20. Le même auteur ajoute : « D'après les règles du jeu...le sang ne doit être versé que dans un cas d'absolue nécessité. Bien que ne pouvant augmenter la somme des subsistances disponibles, pareille institution n'a pas moins son utilité en contribuant dans une certaine mesure à limiter le nombre des bouches à nourrir. Une tribu trop faible pourrait résister, une communauté sédentaire établie en bordure du désert peut s'assurer la tranquillité en payant tribut aux nomades belliqueux qui les menacent ». Ibid. p. 20.

⁹⁵ Tribu arabe qui dirigeait *al-ta'if* avec la tribu de *taqîf*, c'est contre elles que *Muhammad* avait lancé une des plus dure expédition, et il les battit à *Hunayn*, le 27 janvier 630. *Hawâzin* et *Taqîf* furent les vieux ennemis des *Qurayshites*.

⁹⁶ Ibid. p. 94.

l'hérédité. Le *sayyid*, peut être de ce fait choisi parmi les familles à qui il a été reconnu la chefferie, *siyyâda*. *Gaudefroy-Demombynes* dit que : « La réunion des chefs de famille forment le conseil de la fraction ou de la tribu ; elle choisit le chef, le *sayyid*, pour ses qualités personnelles, en tenant compte parfois de l'hérédité »⁹⁷. La désignation du *sayyid* est avant tout l'affaire des chefs de famille. Cette désignation prend en considération les quartiers de noblesse reconnus chez le *sayyid*. L'élément religieux ne semble pas avoir été retenu dans la désignation du *sayyid*. *Demombynes* fait la remarque suivante en disant qu' : « Il ne semble pas qu'on retrouve chez le *sayyid* antéislamique le caractère sacré que des tribus syriennes reconnaissent à leur '*ağîd*. Il n'a point le caractère sacerdotal que l'on est accoutumé de trouver chez les souverains des communautés primitives de la méditerranée. Cependant, on a des exemples de confusion entre sa tente, *qubba* et celle du dieu de la tribu. D'une façon générale, les faits religieux ne sont pas de premier plan dans l'ancienne société arabe bédouine. »⁹⁸.

D- L'assemblée tribale.

Nous ne pouvons pas parler de la structure de la société arabe préislamique sans parler de l'assemblée tribale. De l'existence d'une assemblée dans le groupement tribal, il existe des traces nombreuses dans la littérature arabe. Cette assemblée est désignée de noms divers : *al-nâdî*, النادي qui est l'appellation la plus courante. Ce terme est attesté dans divers endroits dans le Coran pour désigner le conseil ou l'assemblée des hommes influents des tribus de la Mecque. D'autres termes sont également utilisés pour désigner l'assemblée tribale, tels que, *al-nadwa*, الندوة, *al-maqâma*, المقامة, *al-mala'*, الملاء.

⁹⁷ Op.cit. p. 53.

⁹⁸ Ibid. p. 53.

Par ailleurs, la composition de cette assemblée, sur ses attributions et ses pouvoirs, les renseignements sont rares et vagues. Il paraît toutefois certain que le *nâdî* n'était pas l'assemblée comprenant tous les membres de la tribu, à l'image des assemblées des anciennes tribus germaniques. Il ne comprenait que les notables. Ceci résulte, indirectement, du fait que le droit pour une personne de faire partie de l'assemblée tribale était considéré comme un privilège, un signe de distinction. Aussi bien, est-ce un thème ordinaire de l'ancien *madh* arabe que, pour vanter quelqu'un, faire valoir la situation très honorable qu'il occupe dans sa tribu, on dit de lui qu'il fait partie du *nâdî*, en même temps qu'on le qualifie de porteur de *diyya*, composition légale payée en réparation d'un meurtre ou une lésion à la place de la vengeance, ou de porteur d'étendards, termes qui désignent, par extension, sinon les chefs mêmes de la tribu, tout au moins ses membres les plus considérables comme ceux qu'on reconnaît comme arbitres.

Mais le terme de *mala'* et les commentaires auxquels il a donné lieu nous fournissent des indications plus directes. Le terme, *mala'* est également fréquent dans la langue du Coran⁹⁹ : il y est toujours employé dans le sens de réunion de notables. Lorsque le Prophète de l'Islam vint engager des pourparlers avec les habitants de la *Mecque*, avant l'accord de *Hudaybiyya*, il délègue *Utmân*, le troisième des califes dits *rašidûn* auprès du *mala'* de *Qurayš*.

Quant aux attributions de l'assemblée, un premier point est certain : pas plus que le *sayyid*, le *nâdî* n'a pas de pouvoirs de décision ; il ne constitue pas un organisme d'autorité publique, doté du pouvoir de contrainte, de même qu'il n'est pas une assemblée délibérante ayant pour rôle de conférer force obligatoire aux propositions que lui présenterait le *sayyid*. C'est une

⁹⁹ Cor. CXXXXVI, 17.

assemblée de conseil, où l'on délibère pour émettre des avis, pour discuter d'une action à entreprendre, d'une attitude à adopter, d'un projet à exécuter, en ce qui concerne des affaires qui intéressent le groupement dans son ensemble ou un de ses membres.

E- La nature du pouvoir politique de la société arabe préislamique.

Les recherches historiques n'ont pas réussi à trancher définitivement la question relative à la nature du pouvoir politique de la société arabe préislamique. L'absence d'une unité sociale autour d'un pouvoir centrale, en Arabie préislamique, rend difficiles toutes tentatives visant à déterminer la nature de ce pouvoir. Toutefois, les quelques informations que nous possédons sur le rôle et la position du *sayyid* dans la tribu et l'existence d'une assemblée, *mala'*, dont on a relevé, précédemment les caractéristiques, nous permettent, d'ores et déjà, de qualifier le pouvoir politique arabe préislamique de proto démocratique c'est-à-dire un pouvoir qui considère l'ensemble des membres, formant le groupe, d'égaux. Le rôle du chef de la tribu, nous l'avons déjà précisé, n'est en rien, coercitif. Le chef possède plus de devoir que de droit dans la tribu. *Joseph Chelhod*, en parlant du chef de la tribu arabe, dit que : « son pouvoir effectif est souvent très étendu, mais il en abuse rarement car l'esprit proto démocratique du désert s'oppose instinctivement à tout pouvoir absolu »¹⁰⁰. Le *šayh*, principale figure tribale, ne gouverne pas ; il est avant tout le garant de l'ordre social et le médiateur dans les conflits. Certains auteurs comme *Nicholson* dit à propos de l'organisation de la société tribale qu'elle constitue une démocratie¹⁰¹. Pour *Philip Hitti*: « L'Arabe était un démocrate né. Dans le particulier il traite son *šayh* d'égal à égal. »¹⁰².

¹⁰⁰ Op. cit. p. 55.

¹⁰¹ Cité par Emile Tyan dans *Institutions*, op. cit. p. 70.

¹⁰² Op. cit. p. 22.

Lorsque *Hitti* évoque le *šayh* et son pouvoir dans la tribu, il dit : « Doyen de la tribu, celui-ci fait sentir son autorité par ses conseils discrets, l'affirme par son courage et sa générosité. Dans les affaires d'ordre judiciaire, militaire et autres questions d'intérêt commun, cette autorité n'a rien d'absolu : le *šayh* doit en délibérer avec le conseil de la tribu, composé de tous les chefs de famille. Ses fonctions durent aussi longtemps que la bonne volonté du dit conseil, mais pas plus. »¹⁰³.

La notion de démocratie, avancée ci-dessus, par les auteurs modernes, ne peut être effective, suivant les expressions d'*Emile Tyan*, dans un espace où l'autorité de l'Etat est absente. Cet auteur dit : «Le concept de démocratie, est-il besoin de le rappeler ? Implique essentiellement celui d'autorité organisée ; il s'applique à cette forme spéciale de gouvernement, dans laquelle l'autorité est exercée par le peuple, directement ou par l'intermédiaire de ses représentants. La notion de démocratie, comme celle de toute autre forme de gouvernement, est inséparable de la notion d'Etat. Elle résulte de cette très simple observation qu'on ne saurait parler de démocratie à propos d'une société où l'Etat n'est pas encore constitué, où aucune autorité n'est encore régulièrement organisée. Le concept qui s'applique à une telle situation est tout simplement celui d'anarchie, dans le sens étymologique du mot.»¹⁰⁴.

1-3. L'organisation de la justice préislamique.

L'étude que nous avons menée, jusqu'ici, sur l'organisation sociale et politique de l'Arabie préislamique, nous le verrons, s'avèrera indispensable pour appréhender la justice préislamique et son organisation. La justice préislamique s'est opérée en étroite liaison avec l'organisation générale de la société et la mentalité psychologique des individus. Il s'agit d'une justice

¹⁰³ Op. cit. p. 22

¹⁰⁴ Op. cit. p. 70.

coutumière répondant à des exigences d'ordre pratique et moins à un idéal de vie. Elle est l'expression même de l'état d'esprit qui règne dans l'environnement qui est amené à gérer.

Pour mieux saisir la justice arabe préislamique, il est nécessaire que l'on tienne compte des différentes phases de sa formation. Rappelons de passage que les recherches qui ont été consacrées à l'histoire de la justice arabe préislamique ne semble pas se préoccuper de cette distinction. Ces recherches abordent le thème de la justice comme s'il s'agissait d'un bloc monolithique. En effet, nous considérons qu'en Arabie centrale, comme partout ailleurs, l'organisation de la justice a dû passer par des étapes distinctes lors de sa formation. En Arabie, deux étapes, nous paraissent fondatrice de cette justice. La première phase est dominée par un esprit de vengeance où la justice est rendue exclusivement par la force. Dans la deuxième phase, il s'est opéré un changement. Il est vrai que dans cette phase, l'esprit de la vengeance n'est pas complètement abandonné, mais on continue à agir comme s'il s'agit d'un droit acquis mais que l'on pouvait modérer par l'acceptation d'un dédomagement matériel. C'est ainsi que naquit la compensation financière, la *diyya*.

A- La vengeance privée.

La vengeance privée est, en effet, la grande loi en matière de meurtre ; c'est ce qu'on appelle le *ta'r*, التَّار. « Un synonyme de *ta'r* est *witr* ; d'où *mawtur*, le vengeur. Le vengeur légal ou officiel est également appelé *wâlî*, rôle qui revient régulièrement au plus proche parent ou allié.»¹⁰⁵. Le préposé du sang, en l'absence d'un proche parent, peut être n'importe quel membre faisant partie de la tribu de la victime. La vengeance est essentiellement exercée surtout par le parent le plus proche, d'âge adulte, mais il est soutenu

¹⁰⁵ Lammens, *Le berceau de l'Islam*, Rome, 1914, p. 182.

par son clan ou sa tribu. Bien qu'il soit préférable de faire supporter le châtement à la personne qui est responsable du crime ou de la blessure, celle-ci peut être remplacée par n'importe quel membre de la tribu ou du clan. En vertu des liens de sang qui les unissent, tous les membres de la même descendance, deviennent solidaires, jusqu'au cinquième degré, face à la vengeance privée. « Si l'un d'entre eux, dit *Joseph Chelhod*, commettait un crime, tous seraient exposés aux représailles au même titre que le meurtrier. Il leur appartient aussi de venger le sang d'un des leurs, bien que cette tâche incombe particulièrement au plus proche parent agnatique du disparu en âge de porter les armes. »¹⁰⁶. Le vengeur est le maître du sang, le chargé du sang, le préposé au sang, *walî al-dam* : « Le membre qui sera naturellement appelé à exercer le *ta'r* sera le parent le plus rapproché de la victime. C'est, en premier lieu, le fils, puis le frère »¹⁰⁷.

Le principe de la vengeance privée est que l'homicide doit être vengé par le meurtre de l'agresseur lui-même, ou d'un ou plusieurs de ses contribules. Le *ta'r* consiste à causer à l'agresseur un mal que l'on estime équivalent à celui qu'on a ressenti, qui soit de nature à satisfaire, à endormir l'âme du vengeur, de sa famille, de sa tribu. Et cette satisfaction devra équivaloir non pas à la culpabilité de l'auteur de l'offense ou même à la valeur réelle de cette offense, mais au ressentiment que l'on a soi-même éprouvé. Le *wali al-dam*, le préposé au sang, cherche à abattre celui dont la perte sera la plus sensible. *Phillip K. Hitti* dit à propos du *ta'r* que : « Dans la loi primitive du désert le sang appelle le sang le seul châtement admis est la peine du talion... . Pareille vendetta peut durer quarante ans. »¹⁰⁸. Cette pratique du *ta'r*, selon *Montgomery Watt* ne doit pas être considéré comme :

¹⁰⁶ Op. cit. p. 50.

¹⁰⁷ Lammens, op. cit. p. 21.

¹⁰⁸ Op. cit. p. 21.

« barbare réclamant une prompte abolition, mais d'une forme de justice, ou tout au moins d'une force destinée à éviter les meurtres inconsidérés. »¹⁰⁹. Pour les Arabes de la *Ġāhiliyya*, le *ta'r* paraissaient comme « la meilleure garantie, comme la plus impérieuse institution de leur organisation traditionnelle. »¹¹⁰. Le père *Lammens* rétorque que : « Personne n'a su, avec autant de frénésie que ces endurcis individualistes qu'étaient les bédouins, rendre hommage à la permanence des liens créés par le sang. Non que la question de l'au-delà, la survie après la mort ne les ait jamais sérieusement préoccupés. Mais, dans leur estime, le principe vital, l'âme liquide, *al-nafs as-sâ'ilâ*, comme ils l'appellent parfois, réside dans le sang¹¹¹. »¹¹². L'effusion du sang réclame vengeance. Non expié et jusqu'à la dernière goutte, ce sang retomberait sur la tête du *wâlî al-damm*, le préposé au sang, le vengeur légal. C'est seulement à cette condition que l'âme de la victime comme on le verra ci-après, trouvera son repos éternel dans la tombe. C'est seulement à ce prix que le bédouin pense prémunir la ruine de la dernière unité sociale, la famille, qui subsiste dans l'improbable existence du désert. L'impunité entraînera, selon lui, la structure sociale vers la ruine. La vengeance privée dit *Watt* : « est principalement en honneur dans une société formée de groupes surtout constitués de membres unis par un lien de parenté. Lorsqu'un membre d'un groupe est tué ou blessé par un membre d'un autre groupe, le groupe lésé a droit en théorie à appliquer la formule œil pour œil, dent pour dent, vie pour vie. »¹¹³. En effet, comme l'a déjà précisé *M. Watt*, la loi du talion, n'existe

¹⁰⁹ Watt, *Mahomet à la Mecque*, op. cit. p. 317-318

¹¹⁰ Lammens, op. cit. p. 182.

¹¹¹ Al-Mas'ûdî dans son ouvrage intitulé *Murûğ al-dahab* nous raconte comment les Arabes antéislamiques considéraient le souffle vitale, *al-nafs* et l'âme humaine *al-rûh*. L'auteur dit : « Les Arabes avaient des opinions convergentes au sujet du souffle vital, *an-nafs*. Parmi eux qui considéraient que le souffle était bien le sang et non pas autre chose ...c'est pour cela qu'ils appellent la femme en période de menstruation, *nufasâ'*, à cause de l'écoulement du sang ». Dâr Al-Fikr, Beyrouth, 2000, II, 157.

¹¹² Op. cit. p. 182-183.

¹¹³ *Mahomet à la Mecque*, op. cit. p. 318.

qu'en théorie. Dans les faits, les Arabes préislamiques ne souciaient guère de la notion d'équivalence dans le châtement, suggérée par le principe du talion. La vengeance privée ne consistait pas, nous le verrons, à causer un mal égal à celui qu'il aurait subi. Le *ta'r* est d'abord impersonnel, aussi bien au point de vue de l'agent qui l'exerce que du sujet sur lequel il s'exerce.

a- Le caractère impersonnel du *ta'r*.

Au point de vue, d'abord, de l'agent qui exerce le *ta'r*, c'est la tribu à laquelle appartient la victime qui est considérée comme atteinte, par application du principe de solidarité entre tous ses membres, solidarité nécessaire, puisqu'il n'y a pas d'autorité centrale. Au point de vue du sujet sur lequel il s'exerce, la vengeance est impersonnelle, c'est-à-dire que le vengeur peut poursuivre sa vengeance sur une personne quelconque de la tribu du meurtrier. A ce propos, *Emile Tyan* dit : « En conséquence, le *mawtur*, الموثور, le chargé du sang, ne tiendra aucun compte de la culpabilité ou de l'innocence des individus qui sont visés par lui. A ses yeux, c'est toute la tribu de l'agresseur qui est coupable. N'importe lequel de ses membres devra expier : « il tue l'innocent et le coupable »¹¹⁴. La considération d'intention qui a précédé l'acte criminel n'est pas retenue par la coutume dans l'application du châtement du *ta'r*. Il n'y pas à examiner si le meurtre a été intentionnel ou non intentionnel, volontaire ou involontaire. « Tel individu a tué : il faut qu'il soit tué. »¹¹⁵. La vengeance privée est, en effet impersonnelle, elle ne concerne pas seulement la personne du meurtrier. « Pour venger mes frères, dit un *mawtûr*, préposé au sang, j'ai tué cent des leurs. »¹¹⁶. Le ressentiment des parents de la victime est tellement fort qu'il ne distingue plus entre le coupable et l'innocent : « Il tue l'innocent et le

¹¹⁴ Ibid. p. 21.

¹¹⁵ Emile Tyan, *Le Système de la Responsabilité Délictuelle*, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1926. p. 21.

¹¹⁶ Buhturî, édit Cheikho, p. 154, cité par Lammens, op. cit. p. 116.

coupable. »¹¹⁷. Conformément à la conception de la société arabe préislamique basée sur le lien du sang, tous les membres qui constituent la tribu de manière réelle ou fictive deviennent solidaires en toute circonstance, pour le meilleur et pour le pire. Devant le meurtre, c'est toute la tribu, tout le clan, qui est assujéti au coup fatal que portera le préposé au sang pour venger l'un des leur ; et dans cette tribu, dans ce clan, celui qui est le plus exposé à la vengeance est celui qui la représente le mieux, c'est-à-dire le *sayyid* et dont la mort aura le plus de retentissement, ainsi l'explique le vers suivant : « Nous avons tué leurs deux *sayyid* pour notre chef *suwayd*, mais cela n'a pas suffit pour racheter notre sang »¹¹⁸. Selon l'expression arabe en matière de la vengeance privée : « Le sang noble est celui qui donne la paix. ».

« الدم الكريم هو الثأر المنيم »¹¹⁹

C'est à cette condition d'avoir versé un sang noble que l'âme du vengeur trouvera l'apaisement. Selon les Arabes : Le sang noble ne peut être vengé que par un sang noble. Or, dit *Lammens* : « Puisque tout le monde est noble, on visera toujours à la tête, (le *sayyid*) »¹²⁰. Le préposé au sang rechercha un homme de haut rang dans la tribu du meurtrier, en l'occurrence celui qui la présente le mieux, le *šayh*, le *qâ'id* ou le *'amîd*. On préférera un homme à une femme, un individu libre à un esclave etc. Aux yeux des Arabes, en effet, c'est moins tel individu qui a commis l'homicide que son clan. Et c'est là, dit *Emile Tyan* : « une des raisons qui portera le vengeur à frapper une des personnes qui représente le mieux ce clan, un de ses *sayyid*. »¹²¹.

¹¹⁷ Abû al-Farağ al-'Isbahâni, op. cit. XIII, 147.

¹¹⁸ Lammens, op. cit. p. 116.

¹¹⁹ Emile Tyan, *Le système de responsabilité délictuelle en droit musulman*, op. cit. p. 15.

¹²⁰ Ibid. p. 16.

¹²¹ op. cit. p. 16.

b- Le caractère illimité du *ta'r*.

Le *ta'r* est en outre illimité ; le préposé au sang peut abattre plusieurs têtes pour une seule. Le *ta'r*, dans sa nature intrinsèque et son principe originel, n'est pas un acte de justice objective : il n'a pas pour but de réaliser une réparation d'un préjudice subi ou de tendre à assurer l'ordre social ; son objectif est d'assurer la satisfaction d'un ressentiment tout à la fois moral et physique. Comme le note *Von Ihering* : « Elle, la réaction de l'offensé, ne se contente point de la simple réparation des conséquences dommageables de l'injustice, mais elle exige, en outre, une satisfaction personnelle pour le sentiment irrité et lésé. »¹²². Selon le même auteur : « L'injustice est appréciée non pas d'après sa cause, mais d'après son effet, non d'après des circonstances qui ont leur siège dans la personne de l'auteur, mais uniquement au point de vue du lésé. »¹²³.

Le *ta'r*, comme il a été déjà noté, n'est pas un acte de justice objective, aucune équité n'est observée en matière de vengeance. Un meurtre peut être vengé de plusieurs individus de la famille du coupable ou de ses contribuables. C'est là des raisons principales de ce que les cas de *ta'r* individuels dégénèrent souvent en lutte entre groupements. Dans les batailles entre tribus de l'époque préislamique les chroniqueurs ont grand soin de bien mettre en lumière le motif, qui est le prix du sang, bien que souvent des raisons économiques plus profondes puissent être la cause réelle d'un bon nombre de ces batailles. Dans le récit bien connu de la guerre de *Basûs* : « Les choses commencèrent à s'envenimer lorsque le chef *Kulayb*, qui était peut-être à son époque l'homme le plus puissant d'Arabie, par orgueil, poussa à bout son beau-frère *Ġassâs* qui le tua. Le frère de *Kulayb* rencontra un jour ce jeune

¹²² référence citée dans *Système*, Emile Tyan, op. cit. p. 20.

¹²³ Ibid. p. 17.

homme de bonne famille originaire de la tribu de *Ĝassâs* et le tua. Un parent influent de *Ĝassâs*, qui jusqu'alors s'était tenu en dehors de la querelle, fût connaître que si, la vie de jeune homme était tenu pour être l'équivalent de celle de *Kulayb*, il considérait l'affaire comme réglée. Une réponse insolente fut donnée, disant que le jeune homme n'équivalait qu'aux cordons des chaussures de *Kulayb*. Les choses allèrent ainsi de mal en pis, et pendant bien des années, beaucoup de sang fut versé des deux côtés.»¹²⁴.

Si tout le groupe réagit en cas de dommage causé à l'un de ses membres, ce n'est pas à titre de réaction contre un trouble à l'ordre public, mais par sentiment de solidarité, et la vengeance poursuivie ne l'est pas à titre de sanction de ce trouble et dans le but de prévenir son renouvellement. De même, la solidarité passive qui rend en principe tout le groupe responsable de l'acte d'un des siens est tout à fait étrangère à l'idée de justice publique.

c- Le caractère religieux du *ta'r*.

L'accomplissement du *ta'r* constitue une obligation morale et même religieuse. Plus même encore que d'ordre simplement moral, le *ta'r* constitue une obligation de caractère religieux ; il fait partie de la croyance des Arabes. C'est au P. Lammens que revient l'honneur d'avoir, le premier, attiré l'attention des chercheurs sur le caractère religieux de l'institution du *ta'r* chez les Arabes¹²⁵. Malheureusement, le terme religieux assez vague quand on ne prend pas le soin de le définir, a donné lieu à des malentendus¹²⁶. C'est ainsi que *M. Farès* conteste le caractère religieux du *ta'r* et se fait fort de le ramener au sentiment de l'honneur, lequel, dans sa thèse, remplit précisément

¹²⁴ Lammens, op. cit. p. 88.

¹²⁵ L'Arabie Occidentale, op. cit, p. 181, 237.

¹²⁶ *Joseph Chelhod* définit le terme religion comme étant : « un ensemble de croyances relatives à des choses sacrées, croyances qui se concrétisent dans des rites et colorent de leur gamme toute la vie sociale. ». *Le sacrifice chez les Arabes*, op. cit. p. 32.

la fonction de la religion¹²⁷. De son côté, *M. Bourhan* rejette, lui aussi, la thèse de *Lammens* et semble adopter le point de vue de *Farès*. Le meurtre ne serait, d'après lui, qu'une atteinte au prestige, et ce serait une grande insulte à l'honneur que de négliger la vengeance d'un des siens¹²⁸. A défaut d'un terme précis et approprié, nous utiliserons dans notre travail, aussi bien le terme religion que croyance. Un complément de précision est donc nécessaire ici.

Selon la croyance des Arabes : « l'âme de la victime demeure attachée à la terre tant qu'elle n'est pas vengée. »¹²⁹. C'était une croyance bien ancrée dans la mentalité arabe que l'âme de la victime d'un meurtre ne jouira pas du repos définitif ; qu'elle restera dans un état de souffrance, jusqu'à ce qu'elle soit vengée d'une façon adéquate. Dans son tombeau, l'âme de la victime non encore vengée reste dans les ténèbres. A la mort de la victime, il sort de sa tête un oiseau, une *hâma* الهامة, appelé, *şadayy*, صدوي qui ne cesse de voltiger autour de son corps et de crier à la soif en le faisant souffrir jusqu'à ce que vengeance soit accomplie. En exerçant la vengeance, on désaltère *şadayy*¹³⁰. *Toufik Fahd* qui souligne le caractère polysémique du terme *hâma*, dit que ce mot vient à signifier, « soif, voix, écho, chouette au sens de *hâma* qui désigne un oiseau censé se former dans le cerveau d'un individu assassiné, etc. »¹³¹. C'est ce dernier sens qui correspond à la situation qui nous préoccupe. Les Arabes préislamique : « croyaient qu'après la mort, surtout une mort violente, du sang du cerveau, (*hâma*), et du partie du corps surgit un oiseau appelé *hâma*(ou *hâm*), le hibou mâle) qui retourne sur la tombe jusqu'à ce que vengeance soit faite. »¹³². Il paraît que cette idée n'est pas propre aux Arabes :

¹²⁷ Ibid, p. 100.

¹²⁸ Ibid. p. 100.

¹²⁹ Louis Milliot, op. cit. 689.

¹³⁰ Ibid. p. 55.

¹³¹ Etudes d'Histoire et civilisations arabes et islamiques, Les Editions ISIS, Istanbul, 2001, p. 163.

¹³² Ibid. p. 163.

« En effet, selon F. Cumont, *Lux Peretua*, Paris, 1949, p. 293. Chez tous les peuples du bassin de la Méditerranée était anciennement répandue l'idée que l'essence où l'être qui animait l'homme s'échappait du cadavre sous la forme d'un oiseau surtout d'un oiseau de proie. »¹³³. Les allusions à cette croyance regorgent dans la poésie arabe préislamique¹³⁴. Aussi, était-il dans les coutumes arabes de ne pas considérer la victime comme définitivement morte, et les pleureuses suspendaient les manifestations de la douleur, jusqu'à ce que la vengeance ait été exercée.

L'accomplissement de la vengeance privée, selon les propos de *Goldziher*, tient à la vénération qu'exprime l'Arabe aux siens : « Ce n'est pas la soif du sang, l'aveugle instinct de la vengeance, mais le sentiment de la piété qui inspire, anime le bédouin, la piété envers les siens »¹³⁵. Le *ta'r* est un engagement qu'aucun *wâlî al-dam* ne pouvait s'en déroger sous aucun prétexte et à n'importe quel moment qu'il pouvait prendre l'existence de ce droit. L'histoire de *Qays Ibn al-Ḥaṭīm* illustre bien nos propos : « *Qays Ibn al-Ḥaṭīm* est un jeune orphelin de *Médine*, dans la dernière moitié du VI^e siècle, sa mère lui a tenu caché que son père et son aïeul sont morts assassinés. Comme il ne pouvait manquer d'arriver, une indiscretion révèle la vérité à l'adolescent. A partir de ce moment, la religion traditionnelle lui impose l'obligation de venger ses parents. Mais sa jeunesse et sa solitude le réduisent à l'impuissance. *Qays* recherchera donc l'assistance d'un chef réputé et jettera son dévolu sur *Ḥidâs Ibn Zuhayr*, chef *hawazinite*, lui-même parent du meurtrier. Arrivé près de la tente de *Ḥidâs*, *Qays* trouve le maître absent. Pendant qu'il se tient discrètement dehors, la femme du *sayyid* lui envoie le présent de l'hôte, un couffin de dattes. *Qays* mange la moitié du

¹³³ T. Fahd, op. cit. p. 163.

¹³⁴ Une liste exhaustive est fournie chez T. fahd, sur les poètes qui font mention de cette croyance.

¹³⁵ *Muhammadanisch studien*, Halle, réédition, 1889, t. I, p. 15 et suiv

fruit et renvoi le reste. Cette participation, intentionnellement sommaire, à l'hospitalité a suffi pour le rendre sacré et pour lui conférer les droits les plus exorbitants, *taḥarrum* par la nourriture. *Ḥidās* ne s'y trompe pas. Désormais il ne se sent plus libre de marchander son aide au jeune médinois, hier encore un étranger pour lui. Il tendra donc un traquenard au meurtrier. C'était son propre neveu et fournira à son protégé, *Qays Ibn al-Ḥatīm*, l'occasion de le poignarder, au plein conseil de sa tribu. Impassibles les témoins, les contribuables de la victime, assisteront à cette exécution ; ils ne bougeront que pour s'interposer entre *Qays* et les parents du mort, et protéger la retraite du vengeur. »¹³⁶. Lammens note un autre cas d'un bédouin, *'Umayr Ibn Salma*, méritera le titre de « loyal entre tous les Arabes, *awfâ al-'arab*. Il lui aura été décerné pour avoir vengé le meurtre d'un de ses clients dans le sang de son propre frère¹³⁷.

Ces récits¹³⁸ poussés peut être au tragique, illustrent bien l'attachement des Arabes aux valeurs consacrées par le *Dîn al-'Arab*, la croyance des Arabes. La fidélité bédouine ne pouvait se soustraire au devoir de vengeance, quitte à ce que l'on mette en péril son existence propre et celle de sa famille, au sens restreint ou élargi. Celui qui ne remplit pas l'obligation du *ta'r* est couvert de honte¹³⁹, frappé d'infamie, et cette honte, cette infamie rejaillissent sur tout son clan, car si l'individu directement intéressé ne fait pas son devoir, son clan doit le faire à sa place. Les poètes ne tarissent pas pour proclamer le *'âr العار*, la honte de l'homme défailant. Ils en menacent celui qui n'a pas accompli son devoir, ou qui simplement accepte de renoncer au *ta'r* contre paiement d'une composition ou qui accepte un règlement par arbitrage. Par

¹³⁶ Lammens, op. cit. p. 187, 189.

¹³⁷ Ibn Durayd, *Kitâb al-Istiqâq*, éd. Wüstenfeld, p. 209.

¹³⁸ Sont rapportés dans l'ouvrage de Lammens, *L'Arabie occi, avant l'hégire*, op. cit. p. 187-189.

¹³⁹ Emile Tyan. *Institutions*. op. cit. I, 54.

contre, c'est un motif de gloire que de refuser de renoncer au droit de vengeance.

Ce qui fait encore mieux ressortir le caractère moral et religieux du *ta'r*, c'est la coutume générale suivant laquelle l'exécution de l'obligation est renforcée par les serments, les vœux les plus solennels et les plus sacrés¹⁴⁰. Les formules de ces serments sont assez diverses : mais elles se ramènent toutes à une seule idée : on jure de se priver de tout plaisir, de toute boisson enivrante, viande, rapport sexuels, parfums, soins de propreté, jeux, poésie amoureuse, tant qu'on n'a pas accompli le *ta'r*. Parfois, c'est devant les idoles que l'on va faire le serment. Tant que l'obligation n'est pas remplie, le fait de boire du vin, d'approcher une femme, etc., serait un acte sacrilège, *ḥarâm*. « Pour ne pas être tenté de se soustraire au devoir de vengeance, le vengeur, *wâlî al-dam*, se créera une sorte de rituel minutieux, lequel régleme l'accomplissement du *ta'r*. Cet être farouchement indépendant, répugnant d'instinct à l'ascétisme et au renoncement, acceptait de s'assujettir aux abstentions, aux mortifications atteignant à la fois son amour-propre et sa sensualité. Il se soumettait aux pratiques, qui revêtent précisément, à ses yeux, la haute signification religieuse, à savoir l'*Ihrâm*. Elles le transformaient en anathèmes, tant qu'il n'aurait pas accompli sa mission et son serment. »¹⁴¹. Conformément, donc, aux dispositions de la coutume en matière de l'*Ihrâm*, l'ayant droit commence par s'isoler du monde, de ses contribuables et de sa famille ; il s'abstiendra de boire du vin lequel était considéré comme une boisson de luxe, demeurerait le symbole d'une existence large, la marque dénotant le *sayyid*. *Al-Waqiddî* dit que : « En déclarant renoncer au vin, aux ablutions, à l'usage des parfums, à la société conjugale et aux joies du foyer,

¹⁴⁰ Lammens, op. cit. p. 187.

¹⁴¹ Lammens, p. 187.

en abandonnant sa chevelure à la vermine, fléau de la vie nomade, l'Arabe estimait ne pouvoir marquer plus expressivement la nature sacrée du *Dîn al-'Arab*, en quelle haute estime il tenait la sainteté de la vie humaine, les liens qui unissaient, par delà la tombe, les membres de la famille arabe. »¹⁴².

Lorsque le *ta'r* est accompli, c'est un grand cri de satisfaction, de soulagement que pousse l'intéressé : il a fait son devoir et il peut s'adonner de nouveau aux plaisirs qu'il s'était interdit. Obligation religieuse, il n'est rien qui puisse en délier, sans doute, le débiteur, autre que l'intervention de la divinité elle-même. *Al-Ġâhid* dit que : « La vengeance, *ta'r*, sera pour le *mawtûr* la guérison de l'âme ulcérée. »¹⁴³. Lorsque l'ayant droit aurait accompli l'acte vengeur il est tenu par la coutume de lui faire la publication¹⁴⁴.

B- La compensation matérielle, la diyya.

La vengeance privée telle quelle a été décrite, ci-dessus, avait comme idéal premier l'assouvissement d'un ressentiment personnel, un honneur à rétablir. Un homicide commis était l'occasion pour la tribu qui l'a subi, de faire surgir tous les sentiments de colère et de haine qu'elle recelait pour le compte de la tribu qui l'aurait commis. Une réparation démesurée en comparaison au préjudice subi était souvent la règle. Souvent, il a été retenu que l'absence d'un pouvoir central, réunissant les différentes tribus en un état organisé, était à l'origine de cette anarchie judiciaire. La pratique du *ta'r* était une affaire, relevant du domaine du privé, en ce sens qu'elle est personnelle à la victime ou aux membres de sa tribu. Loin de respecter une certaine équivalence avec le dommage initial, la vengeance dépassait souvent celui-ci

¹⁴² Voir Lammens, p. 185.

¹⁴³ *Kitâb al-Hawawân*, VI, p. 142.

¹⁴⁴ Lammens, op. cit. p. 213-214, et ss.

en ampleur, suivant le rang social de la victime ou l'importance de son clan. Elle allait même parfois jusqu'à mettre aux prises des tribus entières, dans ces luttes interminables qui désolaient l'Arabie de l'époque et ne manquent pas d'opposer encore, de nos jours, les tribus nomades du désert. Seule cette vengeance ou *ta'r*, pouvait, aux yeux des Arabes de la *Ĝāhiliyya*, apporter dans la société, en même temps que l'apaisement à la victime ou à sa famille, une garantie d'ordre et de justice sociale. Mais si attachés qu'ils fussent à l'exercice du *ta'r*, les tribus arabes ne devaient pas perdre de vue l'inanité d'une telle pratique et ses incidences malheureuses sur leurs conditions de vie. Aussi l'usage des compositions pécuniaires devait-il bientôt se développer, sans doute limité, à l'origine aux délits involontaires ou aux lésions sans gravité pour s'étendre ensuite, progressivement, aux différentes variétés d'atteintes.

D'innombrables vies furent abattues avant que se soulèvent des voix à l'horizon, dénonçant, ce massacre consenti de tous. « A la veille de l'Hégire, une réaction commence pourtant à se dessiner contre les excès du *ta'r*. Elle estime qu'il y a mieux à faire que de continuer sans fin à s'entretuer. Des poètes prennent la direction du mouvement. Ainsi *Zuhayr Ibn Abi Sulma* s'institue le panégyrique de l'arbitrage et propose de le substituer au procédé brutal du *ta'r*, ensuite à l'expédient, demeuré inefficace, de la *diyya* ou rachat. Une rançon de cent chameau compense l'effusion du sang ; rançon que paie par termes un personnage sans culpabilité dans le conflit. »¹⁴⁵. Selon *Lammens* : « Les hommes les plus sages et les plus avancés de leur temps semblent avoir reconnu les avantages qu'il y avait à substituer une compensation en argent en cas de meurtre, au sacrifice réel d'une autre vie. »¹⁴⁶. Dans la *Sira*

¹⁴⁵ Ibid. p. 232.

¹⁴⁶ Ibid. p. 320

d'*Ibn Hišâm*, '*Abd al-Muṭṭalib*, grand père de *Muḥammad*, aurait été le premier parmi les Arabes de la *Ġāhiliyya* qui a accepté, en compensation de la vie de son fils, un don de cent chameaux, ce qui aurait conduit par la suite à admettre que cent chameaux au lieu de dix représentaient l'équivalent normal d'une vie humaine. *Emile Tyan* dit que : « Le chiffre de cent était le chiffre de principe que la coutume avait fixé pour un homicide. Chaque fois, en effet, que dans la littérature, il est question de *diyya*, c'est ce chiffre qui est mentionné. Voici un passage encore plus précis. La tribu des *Banû 'Abs* avait à tirer vengeance du meurtre d'un des siens pour un homme de la tribu des *Banû Hârit*, *Husayn Ibn Damdam*. Celui-ci les prévient en envoyant au devant d'eux un messenger avec cent chameaux. »¹⁴⁷ .

La composition légale ou *diyya* serait donc en tout vraisemblance, une pratique tardive dans l'histoire de l'Arabie préislamique. Elle marque en effet, un nouveau tournant dans l'histoire de l'organisation judiciaire préislamique. Si l'on en croit Durkheim¹⁴⁸, la substitution du droit restitutif au droit répressif serait le point le plus marquant de toute l'évolution juridique. Selon *Chelhod* : « Ce mouvement se serait poursuivi parallèlement à un autre phénomène non moins important : le remplacement de la solidarité mécanique par la solidarité organique, laquelle, à son tour, tendrait à devenir contractuelle. Cette dernière conquête est souvent considérée comme une acquisition décisive de la société contemporaine, qui cherche ainsi à tempérer son excès d'individualisme. Le groupe, par l'intermédiaire de l'Etat, vient au secours des moins favorisés de ses membres et ceux d'entre eux qui ont subi un grave préjudice. »¹⁴⁹. Ce cheminement plutôt positif décrit par les auteurs n'était qu'à son stade embryonnaire, dans l'Arabie préislamique. D'ailleurs, il

¹⁴⁷ Emile Tyan, *Le système de la responsabilité*. Op. cit. p. 29.

¹⁴⁸ Cité par J. Chelhod, op. cit. p. 91.

¹⁴⁹ Op. cit. p. 91.

ne parvint pas à s'ériger en principe, car, la vengeance privée demeurerait encore la grande loi de l'époque.

Amer alternatif, certes, mais la compensation pécuniaire était indispensable pour arrêter l'effusion du sang. Aussi, les coutumes arabes avaient-elles inventé une pratique superstitieuse pour permettre de dégager avec honneur du devoir de poursuivre un *ta'r*. C'est le procédé dit de la *ta'qiya*, ou de *sahm al-i'tidâr*. Ce dernier consiste à ce que : « Des notabilités de la tribu du coupable vont, en corps, trouver les ayants droit de la victime et leur demandent de se désister de leur droit au *ta'r* contre paiement de la *diyya* coutumière, qu'ils offrent de régler séance tenante. Si les ayants droit se sentent assez puissants pour lancer le *ta'r*, ils refuseront la proposition. Dans le cas contraire, ils diront à leurs interlocuteurs : Il y a entre nous et notre Créateur un signe par lequel il nous manifestera sa volonté et nous inspirera la réponse que nous devons vous faire. Ce signe consistera pour nous à lancer une flèche dans l'air ; si elle revient couverte de sang, cela voudra dire que Dieu nous interdit d'accepter la *diyya* ; sinon, nous devrions l'accepter.»¹⁵⁰. Et le chroniqueur ajoute : « La flèche revient toujours sans tâche ; mais les ayants droit auraient eu une excuse auprès des hommes simples. »¹⁵¹. Aussi, certains esprits ne manquent pas de railler ceux qui se couvrent de cette pratique pour renoncer à leur *ta'r* et y voient une preuve de leur lâcheté. Mais pour prévenir les moqueries, l'ayant droit prendra parfois les devants : il invective la divinité en rejetant sur elle la responsabilité de la renonciation au *ta'r*. »¹⁵².

Que désigne donc cette *diyya* ? Il s'agit, en fait d'une réparation matérielle à la place de la vengeance privée, connue sous le nom d'*al-diyya*.

¹⁵⁰ *Institutions*, op. cit. p. 56, 57.

¹⁵¹ Ibid. p. 56, 57.

¹⁵² op. cit. p. 56-57.

Celle-ci est bien, en effet, telle somme donnée en indemnisation, d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique du terme que nous l'avons dit, est utilisée, dans cette acception par les juristes pour désigner l'ensemble des règles relatives aux compositions légales. L'expression est, toutefois, couramment employée pour désigner, plus précisément, la composition due en cas de meurtre. Celles relatives aux lésions inférieures étant englobées dans le terme d'*al-arš* الأرش¹⁵³. « Le terme de *arš* a originellement désigné une chose nuisible, en général. Il a été également appliqué aux blessures, puis à la composition donnée en compensation de celles-ci et de toute autre lésion. On pourrait cependant en admettre une autre étymologie. L'*arš* ayant désigné, à l'origine, l'offrande faite aux dieux, et se trouvant encore utilisé, au *Hiğâz*, l'actuelle Arabie occidentale, dans le sens de vœux, il est possible que, de là, il ait été étendu à la composition due par l'auteur d'une lésion, en tant qu'elle constitue une offrande tendant à apaiser la colère de la victime. »¹⁵⁴. On a eu également recours, pour désigner la *diyya*, au terme de '*aql*, عقل, qui signifie, lier. Cet usage aurait pour source, selon *Jacques al-Hakim*, soit l'idée que la *diyya*, en éliminant la vengeance, bande les blessures et empêche l'effusion du sang ; soit plutôt la pratique en cours chez les Arabes, consistant à lier les chameaux constituant la composition aux tentes des parents de la victime. De là, ajoute cet auteur que « l'appellation de *al-âqila* العاقلة, par laquelle on a désigné le groupe, tribu, famille ou corps de guerriers, tenu, avec le coupable, au paiement de la composition. »¹⁵⁵.

La *diyya*, donc, se payait en chameaux. Le chiffre de cent était le chiffre de principe que la coutume avait fixé pour un homicide. Chaque fois, en effet,

¹⁵³ Emile Tyan, op. cit. p. 78.

¹⁵⁴ Lammens, op. cit. p. 30.

¹⁵⁵ Jacques El-Hakim, *Le Dommage de source dilictuelle en droit musulman*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1975, p. 22.

que, dans la littérature, il est question de la *diyya*, c'est ce chiffre qui est mentionné. La tradition, comme nous avons noté plus haut, remonte les origines de la *diyya* au temps du grand père de *Muhammad*, *'Abd al-Muṭṭalib*. Celui-ci aurait donné cent chameaux en offrande pour garder sauve la vie de son fils *'Abdallah*, le père de *Muhammad*. Dans le cas de meurtre : « Obliger le meurtrier à fournir ce montant, c'eût été souvent le ruiner complètement, l'obliger à vendre ses biens, sa femme, ses enfants, sa personne même, pour parfaire le nombre. C'est, peut être, ce besoin d'indiquer que ce nouveau mode de satisfaction du vengeur devait autant que possible se rapprocher du *ta'r*, qui aboutit à l'anéantissement physique du coupable, qui a fait que la coutume a fixé à un chiffre trop élevé pour le commun des Arabes, la composition due pour un homicide. »¹⁵⁶. La composition légale en matière de meurtre accusait, cependant, une différence au niveau du montant à acquitter lorsque la victime est un homme de marque. Dans ce cas, on exigeait le double ou même le quadruple¹⁵⁷. La *diyya* était acceptée uniquement par une partie des tribus arabes, généralement les tribus sans grandes influences. Le poète *'Afwā* s'exprime comme suit : « Nous payons une *diyya* pour le sang ; mais à aucun prix nous ne l'acceptons pour les nôtres »¹⁵⁸. *Lammens* dit à propos de l'acceptation de l'acceptation de la *diyya* par une tribu à la place de la vengeance : « passera pour un acte de faiblesse, partout pour un déshonneur. Mais surtout, il faut insister, il est considéré comme une diminution du *dīn al-'Arab* ; comme l'intrusion de la lâcheté, de l'égoïsme, de l'intérêt personnel dans le domaine religieux. On l'égalise à un marchandage sacrilège. C'est tout d'abord, pense-t-on, « trafiquer de la sainteté du lien

¹⁵⁶Emile Tyan, *institutions*, op. cit. p. 30.

¹⁵⁷ Lammens. Op. cit. p. 225.

¹⁵⁸ *Kitāb al-aḡānī*, op. cit. XI, p. 48.

familial ; troquer des dattes contre du sang. »¹⁵⁹.»¹⁶⁰.

L'instauration de la procédure arbitrale et l'insertion de la *diyya* dans le système judiciaire arabe préislamique constitue, à notre avis, les premiers fondements de ce qui est convenu d'appeler la justice privée, dans l'histoire de l'Arabie préislamique. Dès le principe, la justice privée s'est distinguée de la vengeance privée, parce qu'elle est d'une part mesurée, quant à la suite à donner aux conflits, et également parce qu'elle n'est pas spontanée. Le règlement des torts y est encore une affaire purement privée. Celui qui aurait subi un dommage dans sa personne ou dans ses biens se fait justice lui-même, mais il doit suivre des formes arrêtées par la coutume : c'est par ces formes que la justice privée se distingue de la force, et qu'elle est déjà de la justice, du droit. Le sentiment de l'égalité commence à trouver son compte. *Ḥaidar Mardam Bay* dit que « L'obligation pour la victime du dommage de se soumettre à certains rites, empêche l'explosion immédiate de la colère, lui impose le temps de la réflexion, permet un examen plus objectif des faits. »¹⁶¹. Cet auteur ajoute que : « L'instinct du droit commence à se préciser dans la conscience populaire en suscitant ces formes ; l'exercice de la réalisation des droits se trouve soumis au contrôle de l'opinion ; elle n'admet son emploi qu'à l'égard de droits incontestables.»¹⁶². A la *Mecque*, suite à l'établissement du régime oligarchique favorisé par le commerce, les hommes puissants se sont rassemblés pour constituer un front commun en vue de venir en aide aux personnes impuissantes victimes d'injustices. Les traditions musulmanes rapportent un récit où *Muḥammad* aurait lui-même participé à ce front, dit *hilf*

¹⁵⁹ Abū Tammām, *Diwān al-Hamāsa*, cité par Lammens, op. cit. p. 199.

¹⁶⁰ Op. cit. p. 199.

¹⁶¹ Ḥaidar Mardam Bey, *L'organisation judiciaire et le principe de l'égalité entre les justiciables. Contribution à l'étude comparative de la justice en droit romain, ancien droit français, droit musulman et Syrie*, thèse pour le doctorat, Imprimerie du Montparnasse et de Persan-Beaumont, Paris, 1928, p. 21.

¹⁶² Ibid. p. 21.

al-fuḍul. Nous ne possédons pas de détails sur la nature ni sur l'organisation de cette institution. Tout ce que nous savons si qu'il semble que *Muḥammad* l'aurait approuvé.

C- La justice arbitrale.

a- Le recours au ḥakam, arbitre.

Lorsqu'une contestation au sujet du montant de la *diyya* attribuée à la famille de la victime oppose la famille de la victime et celle du coupable et lorsque des négociations prolongées entre les parties n'amenaient pas à un arrangement, on avait normalement recours à un arbitre, *ḥakam*. Cet arbitre n'appartenait pas à une caste spéciale. Les parties pouvaient choisir pour *ḥakam* n'importe quelle personne sur laquelle elles se mettaient d'accord, mais il s'agissait très rarement du chef de la tribu. Un *ḥakam* était choisi, en fonction de ses qualités personnelles, de sa réputation, parce qu'il appartenait à une famille renommée pour son habileté à résoudre les conflits, et peut être avant tout en fonction de ses pouvoirs surnaturels, que les parties mettaient souvent à l'épreuve, au préalable, en lui faisant deviner un secret.

Qui est donc le *ḥakam*, sa nature et ses pouvoirs ? De la racine *ḥkm*, on obtient le nom de l'agent, *ḥakam*, arbitre, personnage qualifié pour rendre un compromis d'arbitrage. On pourrait être tenté, de confondre la personnalité du *ḥakam* avec celle du *sayyid*, l'organe centrale de la tribu arabe. Le *ḥakam* était choisi, ordinairement, en fonction de certaines considérations, souvent d'ordre éthique et morale. A ce propos l'historien, *al-Ya'qûbî* dit : « Ils (les Arabes) soumettaient leurs différends à des personnes reconnues pour leurs qualités d'honneur, de droiture, de fidélité, de prestige, de vieillesse, de gloire, de bon

augure »¹⁶³. La coutume a décidé par la suite, que le choix du *ḥakam* soit opéré au sein d'une catégorie distincte de la population plus que chez n'importe quelles autres. C'est ainsi que les personnes qui se distinguaient par leur valeur littéraire ou scientifique, les grands poètes, les orateurs, les sages deviendront des *ḥakam*. Les annales retiennent quelques figures emblématiques qui ont occupé la fonction du *ḥakam* : La tribu des *Bakr Ibn Wâ'il* reconnaissait pour juge le fameux poète *al-Aḥṭal*. Celui-ci arbitrera même des litiges entre sa propre tribu et une autre tribu. Le juge des Arabes *Qaṣ Ibn Sâ'ida* est l'orateur des Arabes et leur poète, leur sage. Le célèbre juge, *al-Aqra' Ibn Ḥabîs* est le savant des Arabes ; *'Āmir Ibn Ḍarîb* est un des sages d'Arabie ; c'est grâce à sa haute sagesse que *Aktam Ibn Ṣayfi* est reconnu comme juge. Pour chanter la gloire d'un juge, les poètes insistent sur sa sagesse. *Muḥammad Abû Ṭâlib*, dans son étude sur l'organisation judiciaire musulmane, cite une série d'arbitre qui a servi la justice préislamique. L'auteur dit : « L'absence d'un pouvoir central, en Arabie préislamique, avaient permis à certains individus d'accéder à la fonction de *ḥakam*, arbitre. »¹⁶⁴ De ces arbitres, l'auteur cite : « *Aktam Ibn Ṣayfi*, *Ḥâḡib Ibn Zurârâ*, *Aqra' Ibn Ḥâbis*, *Rabî'a Ibn Muḥâšîn* et *Ḍamrâ Ibn Abî Ḍamrâ*. Ceux-ci étaient des arbitres de la tribu de *Tamîm*. *'Āmir Ibn al-Ḍarb* et *Ġaylân Ibn Salamâ* étaient des arbitres de la tribu de *Qays*. *'Abd al-Muṭṭalib*, *Abû Ṭâlib*, *al-'Āṣ*, *Ibn Wâ'il* et *al-'Ālâ' Ibn Ḥârîṭa* étaient des arbitres de la tribu de *Qurayš*. *Rabî'a Ibn Ḥidâ'* était l'arbitre de la tribu de *Asd*. *Ya'mur Ibn al-Ṣudâḥ* et *Ṣafwân Ibn Umayyâ* et *Salmâ Ibn Nawfal* étaient des arbitres de *Kinânâ*. »¹⁶⁵.

Les personnes, qui ont acquis une réputation de savant et de sage,

¹⁶³ Cité par Emile tyan, op. cit, p. 44.

¹⁶⁴ *Al-Nidâm al-Qadâ'î al-'Islâmî*, Matba'at al-Sa'âda, 1 éd. Le Caire, 1982. p. 27-28

¹⁶⁵ Ibid. p. 27-28.

joignent le prestige du caractère religieux, des évêques des tribus chrétiennes de *Nağrân*, seront plus particulièrement recherchés comme juges. Les plaideurs viennent de loin leur soumettre leurs différends. Aussi bien, parmi les juifs d'Arabie, ce sont les *Aḥbâr* qui exercent ordinairement les fonctions de *ḥakam*. C'est bien leur qualité de personnes spécialisées dans les choses religieuses, qui les désigne au choix des plaideurs ; tout comme aussi pour les solutions des difficultés de toutes sortes surgissant entre leurs contribuables.

Dans l'Arabie préislamique, le *kâhin*, devin, passait pour être la personne la plus qualifiée à trancher les litiges. Sur l'origine du terme, *kâhin* serait, selon les termes de *Toufik Fahd*: « chez les Sémites occidentaux, le détenteur d'une même fonction et de prérogatives identiques, à savoir l'offrande des sacrifices au nom d'une collectivité, la représentation de cette collectivité auprès de la divinité, l'interprétation des volontés de cette dernière, ainsi que la prévision et la communication de ses désirs. »¹⁶⁶Chez *Lammens*, le *kâhin* est décrit comme étant le ministre le plus qualifié des diverses pratiques du culte de l'idolâtrie arabe : « Le *kahin* et son pendant féminin, la *kahina*, rendent les oracles, interrogent les flèches sacrées, président à *l'istisqâ'*, الاستسقاء rognations, destinées à obtenir la pluie. Les *sâdin* sont de simples gardiens de sanctuaires ; les *'â'if*, العائف les *qâ'if*, القائف interprètent les augures et décident dans le cas embrouillés d'état civil et généalogie. Les *kâhin* occupent le sommet de cette hiérarchie ; ils accompagnent les armées, et doivent renseigner sur les desseins, les mouvements de l'ennemi. Ils exercent également les fonctions de juge arbitre. On leur suppose, de préférence aux *kâhina*, pythonisses, un pouvoir secret, comme d'attirer la pluie, de conjurer les esprits, les maladies, maléfiques, celui de rendre inoffensives, au moyen de formules mystérieuses, les armes, les manœuvres

¹⁶⁶ Op. cit. p. 59.

de l'ennemi. »¹⁶⁷. Les *kâhin* passaient pour des êtres inspirés par des forces surnaturelles. On prétendait que ces dernières assistaient les devins dans le rendu des jugements. L'une des particularité qui faisait des *kâhin* des personnes à part, à savoir qu'ils ne prenaient pour monture, au lieu du cheval et du chameau, que des onagres, ces bêtes étant, dans la croyance populaire, réservées aux personnages à caractère religieux¹⁶⁸. Eux-mêmes tendront à s'attribuer un caractère divin. Ce serait, donc, en vertu de ces prérogatives et ses pouvoirs que le *kâhin* aurait été retenu par les Arabes pour trancher leurs différends. Les plaideurs étaient attirés vers le *kâhin*, notamment pour son bon augure. Nous lisons dans les *Naqâ'id Ğarir*, où il est question de *kâhin*-juge, *Aqra' Ibn Ĥabis*, que : « Les Arabes voyaient en lui un bon augure. »¹⁶⁹. « La qualité de juge devient normale chez le *kâhin* que la tradition ne croit plus utile, lorsqu'elle cite les noms des juges, d'indiquer leur qualité de *kâhin*. »¹⁷⁰.

b- La procédure d'arbitrage.

La procédure arbitrale intervient lorsque les deux parties s'entendent à vider leur différend sans recourir à la loi de la vengeance. Cette procédure est prévue dans le cas de contestations en matière du montant de la *diyya* due en cas d'homicide ou de blessures, dans le cas également de la violation du droit de l'honneur, etc. Les parties en litiges, comme nous avons noté plus haut, recourait à un tiers, le *hakam*, lequel s'appuyant sur les dispositions de la coutume, chercha à trouver le compromis d'arbitrage approprié. Pour ce faire, il doit respecter au préalable, les règles de la procédure d'arbitrage. Il faut, cependant rappeler qu'en dépit des qualités que l'on reconnaissait aux arbitres,

¹⁶⁷ Cité dans *Systeme*, Emile Tyan. op. cit. p. 43.

¹⁶⁸ Ibid. p. 43.

¹⁶⁹ Ibid. p. 44.

¹⁷⁰ Ibid. p. 45.

ḥakam, ce dernier demeure, en fait, un personnage sans réel pouvoir de coercition. Son rôle est de ramener les parties à s'entendre sur les termes de la coutume consacrée en matière délictuelle. En fait, le *ḥakam* ne fait que rappeler les dispositions de la coutume. Rappelons également que la procédure d'arbitrage n'est pas systématique, elle n'intervient qu'en cas où les parties en litiges ne parvinrent pas à s'entendre sur le montant de la composition légale prévue pour une lésion corporelle ou une atteinte à la dignité d'une personne ou d'une tribu, etc. Les parties, se soumettaient, dès lors, à l'arbitrage d'un tiers. La procédure en question, pourtant simple, devait obéir à un rituel consacré par la coutume.

1- La phase antérieure à la comparution devant le ḥakam.

La première phase de la procédure est réservée au règlement amiable du litige entre les parties. Dans les tribus bédouines, au *Negueb*, notamment, *Chelhod* décrit la phase antérieure à la procédure arbitrale comme suit : « Quand l'action judiciaire se déroule normalement, les deux parties soumettent leur différend à un conciliateur. Selon la nature du conflit, cette démarche préliminaire est précédée ou non d'une trêve *'atwa* que le présumé fautif est tenu de solliciter sous peine de représailles. C'est généralement le cas quand on accuse de meurtre, de coups et blessures ou d'autres délits portant atteinte à l'intégrité physique de la personne. Craignant pour sa vie, le coupable, selon l'expression en usage chez les bédouins, jette les faces, *yarmi al-wuḡūh*, c'est-à-dire sollicite l'intervention de certaines personnalités marquantes de son clan ou d'un clan ami de la victime, de ses représentants ou de ses héritiers, afin de prévenir les actes de vengeance. »¹⁷¹. Dans l'Arabie préislamique, nous assistons à une situation quasi similaire que celle décrite

¹⁷¹ Op. cit. p. 159.

par *Joseph Chelhod*. Dans cette phase de la procédure, seules les parties et les tiers intermédiaires se trouvent présentes¹⁷². La coutume interdit, une fois la procédure arbitrale est sollicitée, l'action directe¹⁷³. L'initiative des pourparlers peut provenir indistinctement d'une partie ou de l'autre, suivant les circonstances et, surtout, suivant le degré de crainte qu'elles s'inspirent mutuellement pour le cas d'un éventuel recours à l'action directe. Souvent, et en matière de règlement de composition pour homicide et lésions corporelles presque toujours, ces pourparlers directs entre intéressés sont provoqués par l'intervention de tiers¹⁷⁴. Parfois, ce sont les parties elles-mêmes ou l'une d'elles qui, par amour-propre, ne voulant pas apparaître comme craignant l'action de l'adversaire, provoquent des amis communs à suggérer l'arbitrage¹⁷⁵. Lorsque les parties se mettent d'accord sur le principe de l'arbitrage, elles leur restaient de se mettre d'accord sur le choix de l'arbitre ainsi que sur le problème qu'il faut lui se soumettre : la *diyya* du client est-elle égale ou inférieure de moitié à celle du contribuable proprement dit¹⁷⁶. Nous avons déjà noté que certaines tribus considéraient que la *diyya* de l'un des leurs était supérieure à un membre d'une autre tribu. Les parties peuvent choisir également que l'arbitrage se porte sur le cas de savoir si telle tribu ou tel individu est-il plus noble que tel autre ; l'épouse est-elle adultère ou non etc. Les parties établissent ainsi une sorte de formule, qui fixe les éléments de fait et de droit du litige, que le *hakam* doit résoudre¹⁷⁷. Si le *hakam* acceptait, chaque partie devait lui fournir un gage, soit un objet, soit un otage, comme garantie qu'elles se soumettraient à sa décision¹⁷⁸. *Emile Tyan* précise que :

¹⁷² Emile Tyan, *Histoire*. Op. cit. p. 52.

¹⁷³ Ibid. p. 52.

¹⁷⁴ Ibid. p. 53.

¹⁷⁵ Ibid. p. 53.

¹⁷⁶ Ibid. p. 53.

¹⁷⁷ Ibid. p. 53.

¹⁷⁸ Ibid. p. 53.

« Les parties conviennent d'un objet de valeur, qui reviendra au plaideur dont la prétention sera reconnue bien-fondé. Cet objet peut être très divers¹⁷⁹. Sans doute, il est très rarement question d'argent dans les rapports entre Arabes, en dehors des villes. Dans d'autres cas, il s'agit d'un châtiment que le perdant éventuel s'engage à subir volontairement. »¹⁸⁰. Ce pari ne doit pas faire l'objet d'une simple promesse. Chacun des deux adversaires doit se dessaisir de la chose promise. *'Abd al-Muṭṭalib* et ses adversaires, voire la note de bas de page, ci-dessous, consignent, chacun de son côté, les cent chameaux dans une vallée. Mais cette sûreté est souvent remplacée ou parfois doublée d'une autre garantie, encore plus efficace, appelée, *rahn*. Cette sorte de garantie suppose l'intervention d'un tiers qui s'engage à l'exécution de la sentence, suivant certaines conditions. Elle est instituée principalement pour assurer l'exécution de la sentence du *ḥakam*, mais elle sert subsidiairement à assurer l'exécution du pari qui n'est d'ailleurs qu'une conséquence de cette sentence. En principe, le résultat du pari ne consiste pas dans l'acquisition de la chose qui en constitue l'objet par la partie gagnante. Il apparaît plutôt comme une peine pour le perdant. Cela est évident lorsqu'il s'agit d'une obligation à l'exil. Cela est aussi vrai dans les autres cas. C'est pourquoi nous voyons le plaideur qui est sorti vainqueur du procès, non point garder pour lui-même le pari gagné mais en faire immédiatement sacrifice, au profit de la multitude qui a assisté à l'épreuve. Ainsi les cent chameaux gagnés par *'Abd al-Muṭṭalib* sont offerts en vue d'une guerre contre les *Banû Umayya*¹⁸¹.

L'objet du litige, le pari étant fourni, il ne reste plus pour les parties en litige de se mettre d'accord sur a personne du *ḥakam*. Une fois, celui-ci est

¹⁷⁹ « Dans le procès qui mit aux prises d'une part les *Banû Kilâb* et les *Banû Ribâb*, d'autre part *'Abd al-Muṭṭalib*, au sujet d'un bien sis près de la ville de *Tâ'if*, le pari a pour objet cent chameaux ; ».Ibid. p. 53.

¹⁸⁰ Ibid. p. 53.

¹⁸¹ Ibid. p. 54.

désigné, les parties doivent se rendre au lieu de sa résidence, et, à cette fin, dans beaucoup de cas, elles feront de longs voyages, à la recherche d'un *hakam* particulièrement sage et réputé. Ou bien, elles attendront l'ouverture d'une foire célèbre telle que celle de 'ukâz, et s'y donneront rendez-vous, pour soumettre leur litige au juge institué dans ce lieu¹⁸².

2- phase du jugement.

Dés lors que les parties s'accordent sur les termes du procès et le nom de l'arbitre, elles doivent se rendre auprès de lui pour déclencher la phase du jugement. Le premier acte de la procédure devant l'arbitre, c'est la sollicitation de son consentement et la mise à l'épreuve de sa capacité. L'arbitre, comme nous l'avons précisé auparavant, est libre d'accepter ou de refuser de se constituer arbitre du litige. Une fois l'arbitre donne son consentement, les parties, à titre de garantie d'une exacte justice, mettaient à l'épreuve le pouvoir divinatoire du *hakam*, plus spécialement, lorsque ce *hakam* était un *kâhin*, devin. Il s'agissant, Essentiellement pour le *hakam* de découvrir un objet que les parties avaient dissimulé dans une cachette. « L'épreuve de la divination n'était pas spéciale à la procédure d'un litige judiciaire ; mais elle était aussi pratiquée chaque fois que l'on s'adressait à un *kâhin* pour lui demander la révélation de l'avenir.»¹⁸³. « Il semble que lorsque le *hakam* était le juge d'une foire, il était dispensé de l'épreuve de la divination, ce qui contribue à conférer à sa mission, en la circonstance, un caractère officiel et obligatoire. »¹⁸⁴.

¹⁸² Ibid. p. 55.

¹⁸³ Ibid. p. 56

¹⁸⁴ Ibid. p. 56.

3- L'audience.

Ordinairement l'audience se tenait en plein air, sous un grand arbre ; al-*Ġaḥiẓ* rapporte que : « Un poète se vante de ce que son père à bâti sa maison près du grand arbre des chefs et des *ḥakam*. »¹⁸⁵. D'autre texte représente al-*Dârib* assis à la porte de sa maison et recevant les plaideurs. D'après al-*Ya'qûbi*¹⁸⁶, le *ḥakam al-'Af'â*, de *Nağrân*, reçut le sobriquet de *dû al-A'wâd*, parce qu'il tenait audience, assis sur un siège en bois. L'audience est publique. Y assistent naturellement toutes les personnes qui ont accompagné les plaideurs et qui doivent servir de témoins des débats et du jugement. Une fois devant lui, le *ḥakam* donne la parole à l'un deux. Il est précisé dans les ouvrages à qui appartient le droit de prendre la parole en premier lors de l'audience, mais, il semble, généralement que la parole était souvent donnée au demandeur, néanmoins, ce qu'apparaît de l'histoire¹⁸⁷ où un dénommé '*Utba*, ayant cherché à innocenter sa fille, accusée d'adultère par son mari, c'est bien lui qui prend le premier la parole. Et même, dans tous les textes où il s'agit de justiciables, ce sont les demandeurs qu'on voit prendre, les premiers, la parole¹⁸⁸.

Les parties en procès, une fois devant le juge, elles formulent, chacun à son tour, le demandeur, généralement avant, leurs prétentions. Les débats sont réduits à leur plus simple expression. Les parties ne faisaient qu'exposer brièvement le point litigieux, avec le cas échéant, l'administration des preuves, ou la délation de serment jouait un rôle, essentiel¹⁸⁹. Dans l'affaire qu'opposait '*Utba* à son gendre. '*Utba* s'est contenté simplement de présenter

¹⁸⁵ Ibid. p. 57.

¹⁸⁶ Ibid. p. 57.

¹⁸⁷ Ibid. p. 57.

¹⁸⁸ Ibid. p. 58.

¹⁸⁹ Ibid. p. 58.

sa fille devant l'arbitre, parmi d'autres femmes, et le *hakam*, à qui on reconnaît le pouvoir de divination, doit la distinguer et dire si elle est une femme adultère ou non¹⁹⁰.

d-La sentence.

En dépit de toutes les qualités que la coutume exigeait du *hakam*, arbitre, celui-ci demeure un personnage sans pouvoir effectif, le jugement qu'il était amené à rendre n'était pas pour autant définitif. La sentence arbitrale, ne constitue pas, à cet effet, une condamnation ou une absolution, caractéristiques des jugements proprement dit. La sentence est une simple opinion que le *hakam* émet sur une vérité contestée. Le recours à un tiers pour la solution d'un litige suppose, donc, en premier lieu, l'accord des parties, en vue de soumettre à un arbitre, comme nous l'avons indiqué plus haut. Ce sont les parties elles-mêmes qui fixent, au préalable, l'objet à soumettre au *hakam*, et déterminent le point litigieux : question de composition, de propriété, d'honneur, de prééminence et ce n'est qu'ensuite que le litige est porté devant l'arbitre. Le défendeur n'attendra donc pas d'être cité pour connaître la prétention invoquée contre lui ; et le demandeur n'attendra pas l'audience du juge pour connaître la réplique. La liaison du contentieux se fera avant la comparution devant le juge, en dehors de toute intervention de sa part. Un objet de libre discussion entre les parties et d'accord préalable, c'est le choix de la personne du *hakam*. Le plaignant est de droit de refuser le *hakam* que propose la partie adverse jusqu'à ce que l'entente s'établisse. Le *hakam* ne pouvait en aucun cas contraindre les parties à comparaître, qui elles comparaissent librement. Le *hakam*, quant à lui est libre de se récuser. Il était libre de rendre une sentence qui ne comporte pas une solution définitive du

¹⁹⁰ Ibid. p. 58.

procès, en consacrant la prétention d'une partie et rejetant celle de l'autre. En rendant leurs décisions, les *hakam* ne font, dans la plupart des cas, que déclarer une coutume préexistante, violée par l'une des deux parties. *Joseph Chelhod* dit : « En principe, le *hakam* devrait se contenter d'invoquer la règle coutumière, sans y introduire de changement. Quand il prononce sa sentence, il prend soin de préciser, selon la formule consacrée, qu'elle est conforme à ce qui a été fait et décidé avant lui : « De par moi et de par les juges qui m'ont précédé, je déclare... »¹⁹¹. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une action en paiement d'une composition, le *hakam* ne fera que rappeler aux plaideurs les prescriptions de la coutume ; à dire, par exemple, que la *diyya* du membre originaire de la tribu s'élève au double de celle du client. Il arrive que le juge arbitre, dans un désir d'accordement, se serve dans certains cas d'espèce, de son pouvoir discrétionnaire. Selon *Joseph Chelhod*, cela constitue la preuve que les *hakam* n'étaient pas toujours de simples agents d'exécution de la coutume. Il arrivait que les *hakam* : « interpréter la loi... . On voit, dit *Joseph Chelhod*, par ce qui précède, quelle place il convient parfois de réserver à l'initiative individuelle dans l'élaboration des coutumes. Même quand on suit un modèle ancien, on est souvent appelé à l'adapter aux nouveaux besoins de la société ou s'en inspirer pour résoudre des problèmes suscités par les transformations en cours. Une fois encore la création individuelle fait échec au conservatisme. »¹⁹².

Il arrive que certains arbitres refusent de se porter arbitre dans un litige. Des considérations, d'ordre divers, dont le *hakam* est seul juge, peuvent provoquer ce refus. Ce pouvait être la crainte de désobliger l'un des intéressés, parties également puissantes et redoutables ; ce pouvait être aussi

¹⁹¹ Op. cit. p. 85.

¹⁹² Op. cit. p. 85.

la crainte de voir rejeter sa décision et bafouer son autorité. Le *kitâb al-Aġânî*¹⁹³ fait mention de six *ḥakam* de la *Ġâhiliyya* qui ont refusé successivement d'arbitrer le conflit de prééminence entre 'Amîr et 'Alqama, le septième *Ḥaram Ibn Qatâba* n'accepta qu'après s'être assuré, par des garanties spéciales, que les parties se soumettent à sa sentence. L'institution du *ḥakam*, intervient, souvent, lorsque la composition est forcée ; c'est le cas des lésions corporelles, coups et blessures. Alors l'arbitre n'intervient qu'en cas de litige au sujet du montant de la composition. Mais, le plus souvent, l'atteinte aux intérêts matériels ou à l'honneur fait directement intervenir la procédure d'arbitrage. Les atteintes à l'honneur résultent, notamment, des disputes au sujet de la prééminence nobiliaire : telle tribu prétend qu'elle a plus de noblesse, plus de quartiers d'ancienneté, plus de mérite que telle autre ; la controverse commence par une joute oratoire et se termine en querelle et rixe, *nafra*, *منافرة* *munâfara*.

Rappelons que dès lors que les règles préliminaires de la procédure ont bien été observées par les parties ; que, notamment, elles ont bien échangées les sûretés garantissant l'exécution de la sentence, une fois les prétentions formulées de part et d'autre, le *ḥakam* rend sa sentence. Elle est prononcée encore suivant le style du *sag*'. Ce terme désigne : « le style rythmé pratiqué par les *kâhin* et les *kâhina* arabes, un style intermédiaire entre celui de l'oracle versifié des sibylles et des pythiens et celui de l'oracle en prose d'Apollon. Ces oracles sont formulés en courtes phrases rimés, aux cadences rythmées et aux vocables recherchés, archaïsants, bizarres et cabalistiques. On a voulu y voir une imitation du recoulement répété, saccadé et monotone du pigeon et de la tourterelle ou du gémissement long et monotone de la chamelle. »¹⁹⁴. Le

¹⁹³ Ouvrage cité par Emile Tyan, op. cit. p. 45-46.

¹⁹⁴ Taoufik Fahd, op. cit. p. 165.

ḥakam ne prononce pas sa sentence avant d'avoir invoquée les divinités et les puissances de la lune et du firmament, que le juge prend à témoins de la véracité de ce qu'il va dire. Ils commencent volontiers, souligne *Toufik Fahd*, par des formules de serment et jurent par le soleil, la lune et les étoiles, par le soir et le matin, par les nuages et les vents, par les montagnes, par le pic et le pigeon, par le loup et la grenouille.... »¹⁹⁵.

4-La phase postérieure au prononcé de la sentence.

L'exécution des sentences du *ḥakam* n'était assurée par aucune autorité officielle. Le consentement des parties à soumettre à l'arbitrage n'impliquait en aucun cas les consentements réciproques à la sentence définitive rendue par le *ḥakam*. La sentence pour ainsi dire, n'avait, en soi, aucune force exécutoire. Elle avait plus de chance de se faire accepter aux pendants du procès. Le titre de gloire du célèbre *Ḍarib* était au dire d'un poète, que ses décisions étaient toujours exécutées par les plaideurs. « Le caractère religieux, qui s'attachait à la sentence des *ḥakam*, du fait qu'elle était considérée comme une révélation céleste devait aussi contribuer largement à la faire accepter. ». La sentence, une fois, rendue elle était définitive, et elle n'était pas susceptible de voies de recours.

¹⁹⁵ Op. cit. p. 167.

Deuxième chapitre. L'organisation judiciaire à l'avènement de l'Islam.

L'étude que nous venons de mener sur l'histoire de l'organisation judiciaire préislamique nous a permis de relever la nature des liens existant entre l'organisation générale de la société et la justice. L'organisation judiciaire préislamique, en effet, dépendait intrinsèquement de l'architecture générale de la société et de la mentalité psychologique des individus. La justice arabe préislamique est une justice privée. La restitution d'un droit est du ressort du groupe. Ce dernier assume à lui seul la charge de protéger ses membres, en toutes situations. La justice arabe préislamique trouve sa justification, non pas dans un idéal visant à établir l'ordre dans la société, mais dans la raison d'être du groupe, c'est-à-dire dans sa capacité de restituer son droit par la force. Tout le groupe doit se porter solidaire face à l'agression de l'un de ses membres. L'honneur de la tribu demeure en tout état, le déclencheur de toutes réactions offensives ou défensives dans la société. Le système préislamique de la justice, nous avons dit, est basé sur le principe de la vengeance privée. Son domaine d'action ne pouvait donc transgresser les limites que la coutume lui a depuis toujours assignées. Cet état de fait demeure la règle en Arabie préislamique, aussi longtemps que durera le principe de la parenté par le sang et aussi longtemps que l'unité autour d'un seul pouvoir n'était pas encore constituée. Il est vrai, nous l'avons pu constater à une période tardive du VI siècle, un accord semble avoir été acquis, lequel accord admit l'usage de *la diyya*. Cette réforme, oserons-nous dire, audacieuse, aurait pu ouvrir le chemin à une justice plus modérée qu'objective. Or, l'ambiance de chaos dans laquelle sombrait l'Arabie préislamique durant cette fin du VI siècle ne pouvait s'autoriser une telle réforme.

2-1. La situation générale de l'Arabie à l'avènement de l'Islam.

Selon *Montgomery Watt*, dans l'Arabie préislamique, « une tendance était née, qui visait à remplacer la solidarité tribale par l'individualisme. L'individualisme engendra l'égoïsme, et l'égoïsme contenait en lui-même une disposition à dénaturer l'idéal et les coutumes de la vie nomade pour le plus grand avantage privé de ceux qui se trouvaient posséder quelque pouvoir. En même temps, une vague de mécontentement montait, venue de ceux qui se jugeaient lésés dans la course au pouvoir et à la richesse. »¹⁹⁶. Selon le même auteur¹⁹⁷ la tendance en question était causée fondamentalement par une évolution qui faisait passer les Arabes d'une vie nomade à une économie sédentaire. Cette évolution, avait eu, en effet, des conséquences directes aussi bien sur l'architecture générale de la société que sur la nature des rapports des individus. La solidarité autrefois basée sur le lien de consanguinité commença peu à peu à laisser du terrain au profit d'une forme de solidarité basée sur les rapports d'intérêts. Plusieurs sourates dans le Coran font, d'ailleurs, écho, à ce besoin insatiable dont se sont distingués les hommes opulents de la Mecque à amasser l'argent. L'éclatement de la solidarité tribale était à l'origine d'une fracture sociale où les hommes modestes et les orphelins, les femmes issus de familles modestes et les filles en bas âge étaient devenus les premières victimes. La tribu qui, jusqu'alors constituait le rempart contre les revers de la vie, s'est vue désormais, dépassée par un système basé sur le profit. C'est dans ce contexte que nous devons d'ailleurs apprécier l'apparition des *sa'âlik*, groupe d'individus, dont on déjà fait allusion plus haut, souvent considéré comme des outlaws vivant en dehors du système. Ces derniers sont à notre avis la première réaction politique au nouvel ordre établi dans la nouvelle

¹⁹⁶ Ibid. p. 317.

¹⁹⁷ *Mahomet à Médine*. Op. cit. 317.

société arabe préislamique. Toute la poésie qui leur a été attribuée n'est en réalité que la traduction de leur intime désarroi et leur rejet de la société devenant de plus en plus matérialiste. Dans l'histoire préislamique, on trouve des témoignages dans le document de poètes : "*Ša'alik al-'Arab*" comme '*Urwâ ibn al-Ward, Al-Šanfarâ, Ța'abbata Sarrâ, 'Amrû Ibn barag, Sâlik ibn al-Ša'laka* et d'autres qui appartiennent aux différentes tribus. Ils sont tous unis par un système de vie et un concept social connus par la révolte et le refus. Ce courant inquiète les couches riches et les hommes puissants. Leur poésie est dominée par la nature de leur combat à travers lequel il réaffirme la nécessité de la guerre pour une vie digne de soi sans avilissement ni bassesse. La *ḥamba'aṭa*, dans le *Soudan* actuel, peut bien correspondre à la voie qu'avait choisi les *ša'alik*, pluriel de *ša'lûk*. Il s'agit d'abord de voler les chameaux. Des individus, originaire essentiellement de la tribu de *Zagâwa*, les tribus de *Ĝalûl, Maahrya, itifât, Kabâbîš, Kawâḥila, Rafâ'a, Baṭâḥîn, Maydûb, Zyadya* et la tribu de *Tabûssa* dans la région équatoriale de *Kabwita* en plus d'autres tribus à l'Est du *Soudan* connues par "*al-Šafta*", qui sont passés pour maître de ce mouvement se soulèvent contre l'accoutumée et se professionnalisent dans un métier à haut risque dans le but d'extorquer le bien d'autrui. L'objectif étant de mouler un concept social unique comportant plusieurs significations et interprétations parmi lesquelles le refus, la révolte, la vengeance, le courage ou encore la rébellion contre l'injustice et la privation. Le "*Ḥamba'aṭa*" (le vol des chameaux) est en phase d'être une entreprise sociale dotée des concepts, des moeurs et des coutumes. Cette profession a aussi sa culture littéraire et sa ligne de conduite caractéristique. Le "*Ḥamba'aṭi*" (le voleur des chameaux) mène une vie très dure et à haut risque qui ressemble à l'image dramatique qu'on voit dans le film de Cow-boy (western). Mais l'appartenance familiale des voleurs des chameaux diffère d'un voleur à un autre. Nombreux sont issus

de familles aisées selon les critères de leurs environnements et sociétés. Une minorité est de familles pauvres et démunies. Habituellement, la famille à laquelle appartient le voleur des chameaux ne voit aucune honte en cette profession. Par contre, elle est acceptable et il y a même un sentiment de sympathie et de pitié qu'inspire la famille à l'égard des souffrances qu'endurent leur proche, les conséquences et les risques qu'il encourt ou sa poursuite par les autorités. Ce phénomène de *ḥamba'aṭi*, tout comme les *ṣa'ālik* n'est qu'une des sécrétions de la société.

Les conséquences de la mutation de la société arabe préislamique ne sont pas seulement économiques, les auteurs font état d'un état d'anarchie ayant accompagné le début du VII^e siècle. Dans son ouvrage relatif à l'histoire des Arabes, *Hitti* dit qu' : « au début du VII, la vie qui s'était peu à peu développée dans le sud de l'Arabie¹⁹⁸ se trouvait entièrement disloquée. Une anarchie complète y régnait. D'un bout à l'autre de la Péninsule¹⁹⁹, le paganisme

¹⁹⁸ Dans le courant du premier millénaire avant notre ère, des Etats organisés se forment dans le Sud-ouest de la péninsule ; ce sont les royaumes de *Ma'in*, de *Sabā'*, de *Qatabān* et de *Ḥadramawt*. Nous les connaissons par quelques vestiges archéologiques, par des inscriptions, grâce aux informations rapportées par les anciens Grecs, tel le géographe Eratosthène, par des allusions qui se trouvent dans le Coran et, enfin, par ce qu'en disent les historiens musulmans classiques, comme *al-Ḥamadānī* ou *al-Taḥarī*. Ils s'agissaient des Etats agricoles, dont les populations sédentaires cultivaient les terres les plus riches de l'Arabie et extrayaient de certaines espèces d'arbres, appartenant à la famille des Bursénacées, des gommés-résines parfumées, l'encens et la myrrhe dont faisaient usage des prêtres de tous les cultes, polythéistes ou monothéistes...

Pendant des siècles, jusqu'aux conquêtes d'Alexandre le Grand qui bouleversèrent les Etats, les économies et les cultures du Moyen-Orient, une noria de vaisseaux et de caravanes chamelières a tourné entre les ports de l'Inde, d'où provenaient le poivre, les aromates, le bois rares, les soieries, les rubis et les pierres précieuses, ceux de l'Arabie Heureuse, de la Mer d'Oman au golfe d'Aden et les routes caravanières qui sillonnaient la péninsule arabique pour aboutir en Syrie, en Egypte et plus tard à Byzance. Puis l'Egypte tomba aux mains d'Alexandre et d'un des généraux, Ptolémée Lagos et dès lors, tout fut transformé. La terre des Pharaons, jusque-là repliée sur elle-même, allait devenir une terre grecque, puis gréco-romaine, et s'ouvrir sur le monde méditerranéen. Peu à peu ce furent les négociants grecs et cosmopolites d'Alexandrie, fondés en 331 avant J.-C., six siècles avant Constantinople, qui allaient ravir le monopole du commerce indien aux sudarabiques, asphyxiant le trafic caravanier, et l'Arabie Heureuse s'appauvrit. Cette décadence économique fut suivie d'une décadence politique progressive.

¹⁹⁹ On l'appelait également *Ġazirat al-'Arab*, l'Île des Arabes. Ce vaste territoire, comme nous avons noté à plusieurs reprises, vivait encore au VII^e siècle dans un état d'anarchie et de désordre. Il n'avait jamais été unifié sous une direction commune, n'apparaissant dans la vie du monde antique que par ses activités commerciales et par l'infiltration, au sein des terres syro-mésopotamiennes qui l'avoisinaient au nord,

désormais périmé des Arabes en était arrivé à un point où il ne pouvait plus donner satisfaction aux aspirations spirituelles du peuple²⁰⁰. Chez les bédouins il avait pour axe l'adoration d'un dieu lunaire²⁰¹, cas fréquent chez les peuples pasteurs qui, habitant des climats chauds, tiennent la fraîcheur de la nuit pour amicale et le soleil brûlant pour leur principal ennemi. »²⁰². En réponse à cette anarchie, des tendances monothéistes encore vagues commençaient à faire leur

d'éléments tribaux fuyant la pauvreté de leur terre d'origine pour s'assimiler peu à peu aux sédentaires qui les entouraient.

²⁰⁰ Chez les nomades des déserts d'Arabie, le sens du divin y est absent, et ce qui domine n'est pas un polythéisme, mais ce qu'on pourrait appeler, polydémonisme. Le bédouin ne croit pas en telle ou telle divinité qui serait maîtresse de la foudre ou du vent, ou qui veillerait sur le destin des hommes de la tribu ; il craint les puissances supérieures qui l'environnent, les démons. Son attitude n'est pas celle de la piété, mais celle de la superstition ; ses dieux et ses déesses, n'ont ni figure, ni histoire, et ce qu'il vénère ce sont des pierres dressées, qu'on appelle des bétyles, des arbres, des puits, considérés comme la demeure des divinités et non comme ces divinités elles-mêmes, du moins en général. La seule grande pierre qui semble tenir une place un peu plus prépondérante, au point d'être devenue un sanctuaire et non pas seulement un lieu sacré, est une pierre de forme cubique que Ptolémée décrit dans sa *Géographie*, II siècle de notre ère, sous le nom de *macoraba*. Le texte de Ptolémée laisse à penser qu'il y avait alors, près de la Mecque, ville étape sur la route des aromates, un sanctuaire où l'on adorait un ou plusieurs dieux et, vraisemblablement, une pierre sacrée.

La fameuse Pierre Noire de la Mecque, qu'on appelle aussi la *Ca'ba*, était donc un bétyle de forme cubique, isolé ou encastré dans la maçonnerie d'un sanctuaire primitif où l'on adorait non seulement la divinité tutélaire de la Mecque au III siècle, à savoir *Hubal*, mais aussi bien d'autres idoles, dont les bétyles entouraient le sanctuaire. Selon la tradition, il y aurait eu trois cent soixante idoles autour de la *Ca'ba* et, parmi elles, *Hubal* ainsi que des divinités citées dans le Coran : *al-'Uzza*, *al-Lât*, *manât*.

On attribue généralement, l'introduction de *Hubal* à la Mecque, à *Samr Ibn Lu'ayy* au III siècle de notre ère. *Ibn Lu'ayy* était le fondateur de la tribu de *qudâ'a*, une tribu obscure qui régna sur la Mecque avant l'Islam. Ce bédouin, selon les écrits ultérieurs, aurait perverti la religion d'Abraham, c'est-à-dire, le monothéisme et installé des idoles autour de *Ca'ba*, dont *Hubal*. A *Tâ'if*, une ville à trois journées de marche de la Mecque, sur la route du Yémen, on adorait : *al-Lât*, c'était la déesse des pasteurs et des caravaniers du *Nagd*, mais aussi celle de la fertilité et de la jalousie. *Al-Lât* à *al-Tâ'if*, ou elle était représentée par une pierre blanche par opposition à la Pierre Noire de la Mecque et jadis, elle était mère des dieux, *rabba* et divinité prépondérante de l'Arabie, devant l'ascension économique de la Mecque qui eut pour conséquence le déclin de la ville d'*al-Tâ'if*, *al-lât* perdit sa prépondérance.

Les *Yatribains*, les habitants de Médine, adoraient *Manât*, une très vieille divinité sémitique que l'on considère comme une variante onomastique de la déesse *Astarté*, *'Istâr*, déesse de la fortune et du destin, elle avait son sanctuaire à une quinzaine de kilomètres de *Yatrib*. Les *Yatribains* considéraient comme inachevé le pèlerinage à la Mecque tant qu'il n'était pas allé se raser la tête devant la Pierre d'*al-Manât*. Elle était, par excellence, la déesse des Arabes du Nord.

La place exceptionnelle de la Mecque, due aux *Qurayšites*, a fait d'*al-'Uzza*, divinité tutélaire de cette ville avec *Hubal*, la principale divinité arabe à l'époque préislamique. Son nom signifie, la puissante, et son sanctuaire était situé à *Nahla*, sur la route qui mène de la Mecque à *al-Tâ'if*, elle était aussi vénérée par les *Lahmides*, une tribu arabe du Nord.

²⁰¹ Les païens admettaient à cette époque un dieu créateur supérieur auquel un certain nombre de divinités secondaires étaient associées. En s'insurgeant contre le polythéisme, l'Islam s'en prendra tout particulièrement au péché d'associer, *širk*, à Dieu d'autres divinités. A la question que *Muhammad* posait aux païens, à savoir pourquoi adoraient-ils, à côté du Dieu suprême, d'autres divinités ? A ceci, ils répondirent : « Mais nous les adorons que pour qu'ils nous rapprochent de lui en niveau ». Voir le Coran à ce sujet : Cor. XXXIX, 3.

²⁰² Hitti, op. cit. p. 27.

apparition et tendaient à se transformer en un culte²⁰³. Les ouvrages de traditions musulmanes parlent de la présence de certains individus sur le territoire de la Mecque se disant *hanif*. Quels étaient réellement ces individus ? Le terme de *hanif* est attesté dans le courant dans divers passages pour signifier la foi d'Abraham, *al-ḥanafīyya*, la religion naturelle, ou la foi acquise par l'instinct, *fiṭra*. Pour les auteurs musulmans, les *hanif* sont considérés comme des adeptes du monothéisme. Des influences chrétiennes se faisaient également de plus en plus sentir²⁰⁴. Toutefois, comme le note Hitti : « L'idée chrétienne n'a jamais réussi à s'emparer de l'imagination des Arabes. »²⁰⁵. D'autres essais d'unité religieuse et politique s'étaient manifestés en Arabie méridionale avec une dynastie judaïsée, avec des Perses chrétiens nestoriens, avec des Abyssins monophysites. Ils avaient été également sans influence sur les tribus du centre et du nord. Ce fut dans ce climat que surgit à la Mecque vers l'an 610 la religion de l'Islam²⁰⁶. Il s'agit d'une foi prêchant principalement : l'unité de

²⁰³ Lammens note que le terme : « *Allāh* commence pourtant à émerger de la masse des divinités particulières, du groupe de bétyles de tribu et de clan. On continue à jurer par *al-Lāt* et *al-Suzza*, mais avec le poète, 'Aws Ibn Ḥaḡar, on ajoute maintenant la mention d'*Allāh*, lequel :

« est le plus grand que les déesses : إن الله منهن أكبر ». *L'Arabie Occidentale avant l'Hégire*, op.cit. p. 181.

²⁰⁴ Il existait à Médine une forte communauté juive, bien structurée, avec des rabbins et des écoles. D'autres communautés juives importantes se rencontraient dans les oasis échelonnées entre Médine et la Syrie, et surtout au Yémen. Toutefois, on ce qui concerne la communauté chrétienne de la presqu'île d'Arabie, nous le connaissons pas aussi bien que la communauté juive. Certes, on sait que le christianisme jouait un rôle notable en Arabie ; entre la Mecque et le Yémen, l'oasis de *Naḡrān* était un centre chrétien. Mais le détail de l'implantation des chrétiens et la répartition de ses diverses sectes sont fort mal connus. Qui étaient exactement, à la Mecque, ces esclaves et ces marchands chrétiens rencontrés ici et là dans les récits de l'époque ? Quels étaient également ces personnages, peu nombreux et assez mystérieux, que la tradition présente comme des monothéistes indépendants, les *hanif*? Qui étaient ces Sabéens dont parle le Coran et qu'il ne faut pas confondre avec les Sabéens, habitants du pays de la reine de *sabā'* et dont le nom s'écrit avec un *ṣ* emphatique ? Le mot est employé dans quelques traditions. Il est parfois, bien que rarement, mis dans la bouche des païens qui qualifient de sabéens tel ou tel des premiers musulmans. Pour l'instant, le caractère limité des documents existants, joint à l'impossibilité de faire des fouilles, condamne les chercheurs à retourner dans tous les sens les textes qu'ils possèdent. Il est inutile d'espérer en savoir davantage tant que l'on n'aura pas découvert d'autres sources.

²⁰⁵ K. Hitti. Op. cit. p. 27.

²⁰⁶ L'Islam avait, tout juste, atteint, à la mort de *Muḥammad* en 632, les tribus arabes qui nomadisaient dans l'intérieur du pays et dont certains chefs avaient accepté de reconnaître l'autorité du nouvel Etat, sans que ce ralliement politique puisse être toutefois qualifié de véritable conversion à l'Islam. « De tels effets apparemment mineurs, mais bientôt étendus au-delà de ce cadre local, expliquent néanmoins le bouleversement politique qui allait, moins de cinquante ans plus tard, transformer la physionomie de l'Asie

Dieu, de sa bonté, de sa protection, de ses châtements ; il s'agit de la responsabilité de l'homme, qui sera jugé au jour de la Résurrection, de la sanction de ses actes durant la vie éternelle, avec le paradis pour les bons et l'enfer pour les méchants. D'autres valeurs sont prêchées par l'Islam ; elles sont plus terre à terre, mettant en exergue, l'importance de la solidarité et l'entraide entre les membres de la société, confirmant l'égalité foncière entre les humains, et insister sur l'amour de son prochain, etc. Mais le message de l'Islam n'était pas uniquement tourné vers la vie de l'au-delà et du monde métaphysique, il concerne également les rapports des individus dans la société de l'organisation de la vie terrestre. C'est ainsi que nous rencontrons formulées dans le Coran des dispositions relatives aux affaires matrimoniales et patrimoniales, des prescriptions à propos des contrats et des transactions de tout ordre, etc.

Les idées que véhiculait le message de *Muhammad* ne semblaient guère convenir aux aspirations de ses contemporains, notamment les hommes fortunés de la *Mecque*, lesquels se mirent aussitôt à rire de lui et de son message qu'ils assimilèrent aux manœuvres de devin²⁰⁷. Les ouvrages de

antérieure et du Bassin méditerranéen presque tout entier, lorsque se serait étendu, jusqu'à la barrière pyrénéenne d'une part et jusqu'aux plaines de l'Indus et de Transoxiane d'autre part, un empire né du besoin d'expansion de la nouvelle foi ». Dominique et Janine Sourdel, *La civilisation de l'Islam Classique*, Artaud, Paris, 1968, p. 21.

²⁰⁷ Le message de *Muhammad*, ne semblait pas convenir aux aspirations des *Qurayšites*. Ces derniers considéraient *Muhammad* comme un simple *kâhin*, devin. *Muhammad*, leur répliqua le Coran, n'était point des nombres de ces devins qui prétendent connaître les secrets du ciel et qui les vendent, ou ces prêtres qui vivent des offrandes des fidèles.

- Le Coran dit : « Ô mon peuple, je ne vous demande pour ce message nul salaire, puisque mon salaire incombe à Celui qui m'a créé de rien. N'allez-vous pas raisonner ? ». Cor. XI, 51.

- Les anciens Prophètes dit le Coran, l'on déjà dit : « Suivez ceux qui ne vous demandent nul salaire et bien se dirigent. ». Cor. XXXVI, 21.

- Les *Qurayšites* ne pouvaient reconnaître un envoyé divin en cet homme « qui prend de la nourriture, circule dans les marchés ! ». Cor. XXV, 7.

biographes soulignent le fait que malgré les quelques courtes, vibrantes et impressionnantes qu'aient pu être ses premières révélations, *Muhammad* n'arrivait pas à enlever beaucoup de conversions. Une poignée de Mecquois

- Ils voudraient que l'Envoyé fût un ange...Mais tous les envoyés ont dit : « Nous ne sommes que des humains comme vous. ». Cor. XIV, 11.

- *Muhammad* maintint sa modeste posture quand le Coran fait dire à Noé : « Je ne vous dis pas disposer des réveves de Dieu, non plus de connaître le mystère. Je ne vous dis pas être un ange. Je ne fais que suivre ce qui m'est révélé... ». Cor. VI, 50 ; XI, 31.

- Et le Coran déclare que les Envoyés d'*Allâh* ont eu des épouses et une postérité. Voir Cor. XIII, 38. Le terme *nabiyy*, Prophète, est l'un des qualificatifs qu'emploie le Coran pour définir la mission de *Muhammad*. D'autres termes coraniques précisent davantage la nature de cette mission. *Muhammad* est aussi appelé: *nadîr*, *rasûl*. *Nadîr* au sens d'avertisseur et annonciateur d'un châtement matériel semblable à celui qui a détruit les anciens peuples. Ce rôle d'avertisseur apparaît dans le verset suivant. « Lèves-toi pour donner l'alarme ! » crie-t-il à *Muhammad*. Cor. LXXIV, 2. « Tu n'es là que pour donner l'alarme ». Cor. XXXV, 23... Mais *Muhammad* n'est pas seulement l'avertisseur des désastres ; en diffusant la révélation, il apporte la bonne nouvelle, *bušra*. C'est ainsi qu'il est précisé dans le Coran, qui dit : « Nous t'envoyâmes le Vrai, porter la bonne nouvelle et donner l'alarme, sans que tu aies à répondre des compagnons de la Géhenne ». Cor. II, 119 ; XXXV, 24. Il apporte à la fois un avertissement et une doctrine. Aussi, quand le Coran tracera les lignes de l'histoire universelle, il donnera pour prédécesseur à *Muhammad* les grands messagers de Dieu, *Abraham*, Moïse, Jésus et quelques moindres figures. *Muhammad* a bientôt dépouillé son manteau d'avertisseur comme le lui recommande le Coran pour devenir l'initiateur d'une Loi qui va enserrer la vie entière du croyant. Suivant l'expression de *Tor Andrae* : « Loin de s'isoler comme d'autres, dans un mysticisme qui ne profiterait qu'à lui-même, il, *Muhammad*, a propagé une croyance organisée et une règle de vie ». *Muhammad, sa vie et sa doctrine*, tra. J. Gaudefroy-Demombynes, Paris, 1945, p. 133. Après une apparition dans les versets de la première période de la révélation, le mot *rasûl*, l'Envoyé, est courant dans les versets de la seconde et de la troisième pour qualifier les anciens prophètes, dont *Muhammad* est le successeur : *Noé*, *Moïse*, *Hûd*, *Sâlih*, etc. sont *rasûl*. Enfin un verset de la fin de la révélation mecquoise, VII, 158, apporte la formule définitive : « Croyez en Dieu et en son Envoyé *rasûl* ». Mais les Juifs contemporain de *Muhammad* protestent qu'il n'y a pas d'Envoyé après Moïse, ni d'écriture après la *Tora*. Le Coran répond : « Enfin nous avons fait descendre sur toi l'Écrit, dans le Vrai, pour avérer ce qui était en cours des Écritures, en l'englobant... ». Cor. V, 48. *Muhammad* est dit désormais *rasûl Allah* et son nom est sans cesse uni à celui de son maître : « Obéissez à Dieu et à son Envoyé ». Cor. III, 32 ; III, 132, etc. « Quiconque est rebelle à Dieu et à son Envoyé aura en partage le feu de la Géhenne : ils s'y éterniseront à jamais ». Cor. LXXII, 23. Enfin le titre habituel de *al-nabiyy*, le Prophète vient d'*al-naba'* النبأ qui veut dire la grande nouvelle, la révélation. Les anciens Prophètes sont dits *nabiyyûn* ou '*anbiyyâ'*. Ils sont les pieux, *saliḥûn*, ou les justifiés suivant la traduction de *Jacques Berque* ; à Abraham, « Nous lui fîmes l'annonce d'Isaac, en tant que Prophète d'entre les justifiés ». Cor. XXXVII, 112. Et le Coran appelle *nabi* : *Jésus*, *Abraham*, *Isaac* et *Jacob*, *Moïse*, *Aaron*, *Ismaʿîl*, *Idris*. Tous été insultés par les Incroyants. A la fin de la révélation mecquoise et à Médine, le Coran appelle indifféremment *Muhammad* Envoyé, *rasûl*, ou bien *nabiyy*, et lui applique même les deux titres ensemble. Mais alors qu'il dit : « *Allâh* et son Envoyé », *rasûluhu*, il ne dit jamais, son Prophète. *Al-nabî* est le terme par lequel des poètes se sont adressés au Prophète. Enfin, *Muhammad* est appelé dans le Coran, *munâdin*, celui qui appelle, convoque, donc un avertisseur : « Notre Seigneur, nous avons entendu quelqu'un appeler à la croyance : « Croyez en votre Seigneur ». C'est pourquoi nous croyons en notre seigneur. Aussi pardonne-nous nos fautes, ignore nos mauvaises, recouvre-nous parmi les vertueux. ». Cor. III, 193. D'autres mots sont accolés au sien comme épithètes : *muḍakkir*, qui fait répéter le nom d'*Allâh* ; *bašîr*, clairvoyant ; *dâʿî* qui appelle ; *ḥalîfa*, suppléant d'*Allâh*. Il est si proche de lui que l'épithète divine *Karîm*, généreux, noble, lui est appliquée. Derrière cette petite querelle de mots, on retrouve le sentiment même de *Muhammad*. Il s'est vu le successeur de Moïse pour confirmer la Loi.

crurent en sa mission et, se groupant sous sa direction spirituelle, s'efforcèrent de conformer leur vie aux enseignements du Coran. Le ridicule et les sarcasmes dont jusque là les *Qurayšites* avaient si largement usé ne pouvaient plus être considérés comme des armes suffisantes : il parut nécessaire d'avoir recours à des persécutions plus effectives : attaques verbales et insultes à l'égard des convertis nantis ou aisés, violences physiques contre les esclaves et ceux qui n'avaient pas, derrière eux, un clan pour les défendre. D'après les auteurs, cette situation avait mis en péril l'œuvre de la prédication²⁰⁸, et le peuple se détourna de *Muḥammad*. Cette nouvelle situation vint forcer onze familles de la Mecque, converties à émigrer en Abyssinie. En 615, quatre-vingt-trois autres les y suivirent. Les fugitifs trouvèrent asile dans les domaines du *Négus*, un roi chrétien qui resta inflexible dans son refus de les remettre aux mains de leurs oppresseurs.

Inébranlable dans ces sombres jours de persécution malgré la perte temporaire d'une si forte proportion de ses fidèles, *Muḥammad* continua intrépidement ses prédications, convertissant à sa foi de nouveaux adeptes. L'année suivante, en 616, l'opposition mecquoise prit un tour nouveau. Ce ne furent plus uniquement les fidèles que l'on suivait, mais le clan des *Banû Hâšim* dont était issu *Muḥammad*, tout entier et leurs alliés. La pression fut économique : plus d'affaires, plus de négoce, plus de mariages avec les *Banû Hâšim*. En deux ans, les plus à l'aise d'entre eux sont ruinés. La fortune d'*Abû Bakr*, fidèle compagnon de la première heure de *Muḥammad*, tomba de 40 000 à 5 000 dirhams ; *Hadiġa*, l'épouse de *Muḥammad* était quasi ruinée ; '*Abû Ṭâlib*, l'oncle qui avait élevé *Muḥammad* et qui ne s'est pas converti à l'Islam, perd ce qui lui restait. Seul échappe au boycott '*Abû Lahab*, oncle et ennemi juré de *Muḥammad*, qui trahit les siens, il rompit ses fiançailles avec

²⁰⁸ Roger Caratini, op. cit. p. 123.

la fille de *Muḥammad* et rallia le clan des *Banû ‘Abd al-Šams* que représentait *Abû Sufyân*, le père du fondateur de la dynastie Umayyade, *Mu‘âwiyya*.

Devant les persécutions incessantes qu’il subissait, *Muḥammad* prit la résolution de quitter la *Mecque* pour la ville de *Yatrib*, l’actuelle Médine vers l’an 622. L’année de cet exode ou *hiğra* en arabe, est tenue par les Musulmans pour l’an I d’une nouvelle ère, l’ère musulmane. Notons qu’avant son établissement à *Médine*, *Muḥammad* s’est déjà assuré du soutien de ses habitants deux années auparavant, c’est-à-dire en l’an 620. Dix hommes, dit-on, de la tribu des *Hazrağ* viennent-ils visiter *Muḥammad* à la *Mecque*, ou, plus précisément, en dehors de la ville, à *Minâ* ; le Prophète leur récite le Coran et les convertit. Puis il leur demanda de le recevoir à Médine. Les *Hazrağ* lui exposent les divisions de l’oasis, la guerre clanique qui vient de s’y dérouler, et lui proposent d’exposer son projet à leurs compatriotes : ils reviendront l’année suivante pour l’emmener à Médine pacifiée. De fait, en 621, à l’occasion du pèlerinage à la *Ka‘ba*, douze Médinois viennent à la *Mecque* ; parmi eux : cinq des six *Hazrağ* qui étaient venus l’année passée, cinq autres *Hazrağ* et deux *‘Aws*. Ils remontent *Muḥammad* en secret, dans un chemin de montagne d’accès difficile, ce genre de sentier escarpé se nomme *‘aqaba* en arabe, entre *Minâ* et la *Mecque*. Les douze Médinois acceptent l’Islam et font au Prophète la promesse de lui obéir et d’éviter certains péchés, ne pas mentir, ne pas tuer les filles à la naissance, ne plus adorer les idoles, etc. : ce fut ce qu’on appelle le *Serment des femmes*, *bay‘at al-nissâ*. La rencontre fut appelée la première *‘aqaba*, eu égard au lieu où elle se déroula. Les douze hommes repartirent ensuite pour Médine, accompagnés d’un Compagnon du Prophète, disciple de confiance, qui connaissait par cœur les versets du Coran, jusqu’alors révélés, *Muṣ‘ab* ; et, en quelques mois, cette escouade religieuse fit des convertis dans toutes les familles de *Médine*. *Al-*

Ṭabarī nous a conté l'aventure : chaque jour, *Muṣ'ab*, conduit par un des Médinois convertis, allait dans un champ, dans un enclos, exposait la doctrine de l'Islam devant des hommes qui écoutaient son discours, se convertissaient à leur tour, et « bientôt il n'y eut pas une seule tribu de *Médine* dont plusieurs membres ne fussent croyants, sauf celle des 'Aws.»²⁰⁹. Puis vint l'époque du pèlerinage annuel, en juin-juillet 622. *Muṣ'ab* retourne à la *Mecque*, pour rendre compte au Prophète de l'évolution de la situation à *Médine* ; soixante-treize Médinois l'accompagnent, des chefs et des notables pour la plupart, et deux Médinoises. Une deuxième entrevue secrète a lieu au même endroit que la première : c'est la deuxième 'aqaba. Il y a là *Muḥammad*, bien évidemment, mais aussi le leader des *Qurayšites*, qui avait succédé à *Abū Ṭālib*, *al- 'Abbās*, demi-frère du père de *Muḥammad*, qui lui avait conseillé de quitter la *Mecque* et de s'établir à *Médine*. Le Prophète fit prêter serment aux soixante-treize hommes et aux deux femmes qui venaient lui témoigner leur respect, mais cette fois-ci l'engagement fut plus dur que lors de la première 'aqaba : les nouveaux croyants jurèrent de protéger et de défendre *Muḥammad* par les armes si ce devait être nécessaire ; on l'appela le *Serment des hommes*, *bay'at al-riḡāl*.

Le pas est donc franchi. *Muḥammad* et ses Compagnons émigreront à *Médine* et perdront, de ce fait, le droit de protection tribale ; 'Abbās a prévenu les Médinois : « Aujourd'hui, les *Qurayšites* respectent *Muḥammad* ; mais demain, quand il les aura quittés et qu'il aura rompu tout lien avec eux, ils se sentiront humiliés, et une guerre sanglante éclatera entre eux et lui. Tous les Arabes du monde se joindront aux *Qurayšites* et seront avec eux ; ils tireront leurs épées et se tourneront contre vous. »²¹⁰. En juillet 622, *Muḥammad*

²⁰⁹ Cité par Roger Caratini. Op. cit. p. 130.

²¹⁰ Ṭabarī. op. cit. II, 76, p. 466.

donna l'ordre à ses compagnons de partir séparément, les uns après les autres, vers *Médine*, sans se faire remarquer et avec aussi peu de bagages que possible. Lui-même reste à la *Mecque*, avec *Abû Bakr* et '*Alî*, pour donner le change aux *Qurayšites* et surveiller l'émigration. Celle-ci eut lieu sans incident et, au mois d'août, la quasi-totalité de la communauté musulmane, soit soixante-dix personnes en tout et pour tout étaient arrivées à bon port : tous étaient sains et saufs. Restaient le Prophète et ses deux Compagnons. Certes, les *Qurayšites* se méfiaient de quelque chose, et les biographes traditionnels rapportent qu'ils préparèrent un attentat contre *Muḥammad* : chaque clan, sauf celui des *Banû Hâšim* qui était celui de l'homme à abattre, devait fournir un jeune homme armé, et tous ces jeunes gens se précipiteraient ensuite sur le Prophète avec leurs sabres et le tueraient de la sorte, les *Banû Hâšim* ne pourraient exercer la vengeance privée traditionnelle, car il y aurait trop de clans compromis, et devraient se contenter du prix du sang. L'attentat n'eut pas lieu, car *Muḥammad* avait déjà quitté sa maison ; pour tromper ses ennemis, il avait laissé son cousin '*Alî* dans son propre lit, recouvert de son propre manteau. L'ange *Gabriel* lui aurait ordonné de ne pas dormir, cette nuit-là, sur le lit où il dormait habituellement. La suite de l'histoire est contée dans les ouvrages de la *Sîra*, la biographie du Prophète. Dans tout les cas, *Muḥammad* parvint à échapper à ses ennemis ; une semaine plus tard, il atteignit le sol de *Qubâ'*, au sud de l'oasis de *Yatrib* l'actuelle ville de *Médine*.

A- L'organisation sociale à Médine.

Avant de nous intéresser à l'organisation sociale de Médine, il nous semble utile de procéder à un tour d'horizon à propos de la situation politique et sociale de la ville à l'avènement de l'Islam. Sur les traces historiques de la

ville, *Yatrib* se trouve nommé *Jatrippa* dans la Géographie de Ptolémée²¹¹. Il paraît qu'elle était une ville qui n'était en fait, qu'un ensemble de villages, que l'on nommait, *al-Madîna*²¹². Celle-ci, avant l'installation de *Muḥammad* était peuplée, au moins, de trois groupes tribaux différents. Il y avait les deux grandes tribus, les *Aws* et les *Hazrağ*, puis les huit clans juifs mentionnés dans la *Constitution de Médine*. Enfin, il y avait les trente trois groupements de moindre importance qu'on trouve dans la liste d'*Ibn Sa'd*²¹³ concernant les *Anşâr*, les habitants de *Médine* qui ont offert l'hospitalité et le soutien à *Muḥammad*, présents à *Badr*²¹⁴. Pendant 50 à 100 ans avant l'Hégire, *Médine* a été le théâtre de vendettas et de batailles, qui allaient toujours croissant quant au nombre d'hommes en action et quant à la férocité déployée²¹⁵. La Guerre de *Hâtib*²¹⁶ est le nom donné à une suite d'incidents qui, peu avant

²¹¹ Caratini. Op. cit. p. 132.

²¹² Sur la Médine préislamique, nous n'avons guère d'informations dignes de foi. L'oasis fut sans doute occupée, primitivement, par des Arabes sédentarisés, puis par des groupes de juifs, venant probablement de Palestine : s'agissait-il de descendants des juifs de Judée, et, par leur intermédiaire, des Hébreux ou d'Arabes convertis au judaïsme ? On ne sait pas. Le Coran les considère comme des Hébreux et les désigne par les expressions : « Fils d'Israël » ou « Détenteurs de l'écriture » ; mais ces juifs parlent et écrivent en arabe et se marient avec des Arabes de *Yatrib* qui, pour la circonstance, passent du paganisme au judaïsme. Bien plus : leurs noms et ceux de leurs clans sont arabes ; *Huyayy ibn Ahtab*, *Abû Yâsir*, *'Abd Allâh Ibn Suriyâ*, *Abû Nâfi'*, etc. Ils sont répartis en trois tribus principales : les *Banû al-Nadîr*, les *Banû Qurayda* et les *Banû Qaynuqâ3*, il existe en outre quelques petits clans, juifs ou judéo-arabes, individualisés, associés à ces tribus, comme celui des *Banû Ta'labâ*. A l'époque de l'Hégire, les tribus juives ne dominent plus l'oasis ; la première place, par le nombre et par le pouvoir, est entre les mains de deux tribus d'origine sudarabiques, les *'Aws* et les *Hazrag*, ou, plus précisément, entre les mains de huit clans appartenant à ces tribus : aux *'Aws* appartiennent les clans *al-Nabîl*, *'Aws Manât* et *3amr* ; aux *Hazrag* appartiennent les clans de *Hârit*, *Ĝuşam*, *al-Nağğâr*, *Sâ'ida* et *'Awf*. Ces huit clans fournirent les premiers musulmans médinois, ceux qui rencontrent *Muḥammad* à la Mecque avant l'hégire et ceux qui se convertirent à Médine par la suite. Ils comprenaient eux-mêmes un grand nombre de petits clans et de sous-clans, au moins trente trois d'après la liste d'*Ibn Sa'd*.

²¹³ *Kitâb Al-Tabaqât al-Kabîr*, éd. Sachau, Leyde, 1904-21, 9 vol, contient une bibliographie du Prophète et celle de 4250 personnages.

²¹⁴ Bourgade située au sud-ouest de Médine sur la route qu'empruntaient les caravanes qui se rendaient de la Mecque en Syrie. C'est là qu'en mars 624 les musulmans, interceptant un convoi de mecquois, remportèrent sur ces derniers leur première victoire, qu'ils considèrent comme une justification de leur foi.

²¹⁵ Roger Caratini, op. cit. p. 132.

²¹⁶ Était un nom du clan des *'Amr*, tribus des *'Aws* qui s'était pris de querelle avec un certain *Yazîd*, du clan *al-Hârîl*, tribu du *Hazrag*. Il y eut d'abord des mots, puis des coups, du sang et une bagarre générale, avec, sans doute, mort d'homme. Le chef, sayyid des *'Amr* saisit cette occasion pour s'emparer des terres adverses, et commença alors une sorte de guerre picrocholine aux milles et une péripéties : batailles rangées, embuscades, assassinats isolés, vols de chevaux, incendies de récoltes, etc. Les chefs des deux clans s'assurèrent l'alliance de clans généalogiquement voisins, et il y eut bien des morts et bien des souffrances pendant des années. Puis les alliances se multiplièrent et des clans plus puissants y participèrent, soit d'un

l'hégire, aboutirent à la grande bataille de *Bu'ât*. Aucune paix en règle ne fut signée après la bataille de *Bu'ât*; les combattants étaient trop exténués pour continuer activement la lutte. Pour la plupart, les groupements ennemis s'évitèrent, mais un état d'hostilité subsistait, et si un homme ne prenait pas garde et qu'il laissât à ses ennemis une occasion favorable, il était en danger d'être assassiné. Telle était la situation, lorsque commencèrent les négociations avec *Muḥammad*. La question qui reste donc posée est de savoir quelle attitude devait observer *Muḥammad* face à cet état de tensions permanentes qui régnaient à Médine? Comment s'y prenait-il pour établir les bases d'une paix durable?

Lorsque l'on analyse de près l'œuvre réformatrice de *Muḥammad* à Médine, particulièrement, on se rend aussitôt compte que le morcellement de la société en plusieurs tribus, qui constituait le fondement de la société arabe préislamique, paraissait à *Muḥammad*, dès l'origine, comme étant le grand obstacle à éliminer pour asseoir les premières bases d'une société unifiée. Le démantèlement, donc, de la société tribale, semblait s'imposer à lui comme impératif inéluctable. Pour ce faire, il déclara, désormais, caduque, le principe traditionnel de la solidarité basé sur les liens par le sang ou par les intérêts matériels. Tous les musulmans sont frères les uns des autres, insista à dire *Muḥammad* et que le plus noble parmi eux est celui qui est le plus pieux d'entre eux. Dans les faits, ce principe de fraternité, s'est traduit comme suit : *Muḥammad* a commencé par ordonner à ce que chaque médinois puisse

côté, soit de l'autre. La victoire changeait sans cesse de camp, avec des morts, des prisonniers et des otages, que l'on exécutait sous un prétexte ou sous un autre, non sans avoir pris connaissance de leur généalogie : il ne s'agissait pas d'attirer les foudres d'un clan supplémentaire. Finalement, une grande bataille s'engagea entre les deux coalitions, la bataille dite de *Bu'at*. Elle fit des dizaines de morts et, parmi eux, les chefs des deux parties, et le combat cessa faute de combattants valides. Toutefois aucune paix ne fut conclue et un état d'hostilité permanent s'installa entre les deux groupes de clans. *Al-Samḥūdī*, qui nous conte cette aventure guerrière, nous dit que chaque homme restait sur ses gardes et ne laissait à ses ennemis aucune occasion favorable qu'ils eussent pu saisir pour le tuer. Caratini. Op. cit. p. 135.

partager sa demeure et ses biens avec un muhâgir mecquois, que chaque *ansarite* puisse choisir son frère parmi les *muhagirûn*, et vice-versa, etc. Ces directives, lorsqu'elles se précisèrent, elles ont fini par s'ériger en un système social, appelé nommément, *Umma*. Ce terme a fait l'objet de nombreuses discussions quant à son étymologie. Plusieurs auteurs excluent le fait qu'*Umma* vient d'*Umm*, la mère. *Umma* peut correspondre aussi bien à une réalité spatiale, religieuse ou politique, ou les trois, ensemble. *Watt* dit : « En lisant le Coran, on peut observer une évolution dans le sens du mot *Umma*. Ce mot ne vient pas de la racine arabe qu'on trouve dans *Umm*, mère, mais, est plutôt dérivé du sumérien ; il semble que ce mot ait été introduit dans la langue arabe à une date reculée, mais on ne sait pas exactement s'il vient directement du sumérien ou indirectement en passant par l'hébreu ou l'araméen. Selon les dates que *Nöldeke* attribue aux sourates de Coran, la plupart des passages où se trouve le mot *Umma* appartiennent à la période mecquoise. D'autre part *Richard Bell* ne retient que trois exemples qui soient véritablement mecquois, bien qu'il en existe plusieurs autres qu'il dit être mecquois ? Et mecquois tardif ou médinois du début. Il se peut donc que ce mot n'ait été introduit qu'après l'époque où fut envisagée la fondation à *Médine* d'un nouveau type de communauté. *Umma* était la sorte de mot auquel on pouvait donner une nouvelle nuance de signification, et c'était aussi un mot qui était capable d'avoir dans la suite une évolution plus marquée. Jusqu'alors, on avait dit qu'un Prophète était envoyé à son *qawm*, mais *qawm*, qui peut être traduit par tribu, avait depuis longtemps été associé au groupement régi par la parenté, seule forme d'organisation sociale et politique connue en Arabie. Quand le mot *Umma* est employé pour la première fois dans le Coran, il ne se distingue qu'à peine du mot *qawm*... . Peu à peu, cependant, le mot *Umma* en vient de plus en plus à signifier un groupement

religieux... . L'Umma est donc ici la communauté si complexe de *Médine* à laquelle *Muḥammad* se croyait envoyer. »²¹⁷.

L'*Umma* correspond dans son évolution ultérieure à une conception d'un vivre ensemble autour du principe de la foi, *al-rabiṭâ al-diniyya*. Ce lien cohésif, primant la foi religieuse, suppose que tous les Musulmans sont frères, sans égard aux origines ethniques, ou territoriales. Un extrait du sermon d'Adieu, *ḥuṭbat al-wadâ'* prononcé par *Muḥammad* quelque temps juste avant sa mort dit ceci : « O vous hommes, écoutez bien mes paroles et prenez-les à cœur ! Sachez que tout Musulman est frère de tout autre Musulman et que vous êtes maintenant une seule fraternité. Il vous est donc défendu à tous et à chacun de vous approprier quoi que ce soit qui appartienne à l'un de vos frères, à moins que celui-ci ne vous l'ait donné de son plein gré... »²¹⁸.

B- L'organisation politique de l'Etat de Médine.

En parallèle avec la société arabe préislamique, dans les terres du *Hiğâz*, à Médine, une nouvelle société vint désormais s'établir. Dès l'origine, la *Umma* dont on a précisé, plus haut la signification avait son guide, en même temps qu'une révélation qui les orientait dans leurs actions quotidiennes. Cette *Umma*, à ses débuts, paraît fonctionner à l'image d'une tribu arabe préislamique. *Muḥammad*, le guide de cette société, n'était, selon les termes de *Watt*²¹⁹, qu'un personnage important parmi tant d'autres. Plusieurs

²¹⁷ *Mahomet à Médine*, op. cit. p. 290. Dans tout les cas, selon *Watt* : « La conception de cette société théocratique n'a pas été inspirée directement par l'Ancien Testament. C'est plutôt une élaboration arabe indépendante formée à partir de quelques idées de base prises dans l'Ancien Testament, telles que Dieu, la révélation, la qualité du Prophète. L'*Umma* ne ressemble qu'assez peu à la théocratie israélite du temps de Moïse ; bien qu'il y ait tant de récits concernant Moïse, ils ne nous disent pas grand-chose touchant l'organisation politique de cette période. En réalité, le Coran présente une image des relations existant entre le Prophète et la communauté, image dans laquelle on retrouve vaguement le modèle de l'Ancien Testament, mais dont la couleur est spécifiquement arabe ». Ibid. p. 290.

²¹⁸ Hitti, op. cit. p. 38.

²¹⁹ *Mahomet à Médine*. Op. cit. p. 276.

hommes eurent probablement plus d'influence que *lui*. En dépit des premières victoires qu'il emporta sur ses ennemis les Mecquois, on se rend compte, des difficultés que *Muhammad* continuait à subir pour établir son ascendant sur Médine. Ces difficultés, d'après *Watt*²²⁰, sont à situer entre la bataille de *Badr* en l'an 624 et le siège de *Médine* en l'an 627 de notre ère. C'est dans ces conditions qu'affluèrent selon l'exégèse du Coran, les versets du Coran incitant les musulmans à l'obéissance au commandement de Dieu et de *Muhammad*²²¹. Ces versets commençaient à devenir très insistant à partir de l'an 625, date qui coïncide avec la bataille d'*Uhud*. Les mots « obéir à Dieu et à son Messager » et d'autres objurgations équivalentes reviennent environ quarante fois dans le Coran et peuvent être datées des mois qui précédèrent et suivirent la bataille d'*Uhud*²²². Les origines de ces difficultés, sont liées, selon les biographes, à une opposition externe, celle des Mecquois, mais aussi à une opposition interne que dirigeaient contre *Muhammad*, ceux, que le Coran appelle, les *Munâfiqûn*, les hypocrites. A ceux-là le Coran dit ceci : « La foi n'était pour eux qu'une couverture ; ils se sont détournés du chemin de Dieu : qu'affreuse était leur action !... Quand tu les vois, leur stature te séduit ; s'ils parlent et que tu y prêtes l'oreille, ils se révèlent des poutres en mal d'appui... Ce sont eux l'ennemi ! Défie-toi d'eux... . Ils disent encore : « Si nous revenons à Médine, sûr que les plus puissants de la ville en expulseront les plus faibles ». Or c'est à Dieu que revient la puissance et à son Envoyé et aux croyants. Mais les hypocrites ne le savent pas. »²²³. Un autre verset coranique dit : « Parmi les bédouins qui vous entourent, il est des hypocrites, et parmi

²²⁰ Watt, *Mahomet à Médine*, op.cit. p. 281.

²²¹ Ibid. p. 281.

²²² Ibid. p. 281.

²²³ Cor. LXIII, 2-8.

les habitants de *Médine* des enragés dans l'hypocrisie... »²²⁴. Les *munafiqûn*, auxquels fait allusion le récit coranique, ci-dessus, étaient des hommes parmi les médinois qui n'acceptèrent la foi musulmane que superficiellement. *Ibn Ubayy* fut le chef de ces hypocrites. Ce personnage était un des survivants de la bataille de *Bu'at*. Il avait fait alliance avec les juifs. Certes, nous ignorons les songes et les ambitions d'*Ibn Ubayy*, mais nous pouvons remarquer qu'il fut l'un des premiers à adhérer à l'Islam, qu'il ne participa à aucune des deux '*aqaba*'²²⁵, et que, deux ans après l'hégire, il deviendra le chef des Hypocrites. Le vrai nom d'*Ibn Ubayy* est '*Abd Allâh Ibn Ubayy Ibn Salûl*', du clan des *Banû al-Hubla*, un petit groupement faisant partie de la tribu du *Hazrağ*, l'une des deux grandes tribus médinoises, il était intégré au clan des '*Awf*'. Bien qu'il appartînt à un petit groupement, *Ibn Ubayy* était devenu le leader des *Hazrağ* avant l'hégire ; il était renommé par son ascétisme, et son peuple l'avait surnommé le Moine. *Ibn Ishaq* en parlant d'*Ibn Ubayy* rapporte ce qui suit : « Ses contribuables, les *Hazrağ* avait fabriqué une sorte de diadème de bijoux afin de le couronner et de faire de lui son roi lorsque Dieu leur envoya son Apôtre, de sorte que, lorsque son peuple l'abandonna en faveur de l'Islam, il fut envahi de ressentiment, réalisant que le Prophète l'avait privé de la royauté. Cependant, quand il vit que son peuple était déterminé à se joindre à l'Islam, il en fit autant, mais malgré sa volonté, réprimant et dissimulant son ressentiment. »²²⁶.

A côté de l'opposition des hypocrites, les ouvrages de traditions citent, l'inimitié avérée des clans juifs de *Médine* aux musulmans. Notons qu'au moment de l'hégire, les juifs avaient déjà perdu la place prépondérante qu'ils

²²⁴ Cor. IX, 101.

²²⁵ Il s'agit des deux rencontres secrètes où *Muhammad* dut rencontrer des médinois en vue de préparer son installation dans la ville de Médine.

²²⁶ Ibn Hišâm, *Al-Sira*, F. Wüstenfeld, Göttingen, 1858-1860, trad. A. Guillaume, *The Life of Muhammad*, Karaši, Oxford University Press, 1955; 6^e édit. 1980. p. 78.

occupaient à *Yatrib* et l'on peut parler d'un certain émiettement de leur communauté, car on retrouve des petits groupements juifs à l'intérieur de nombreux petits clans arabes ; les textes les désignent, assez vaguement d'ailleurs, comme : les juifs du clan X... Trois clans sont uniquement juifs, ce sont les *Banû Qurayḍa*, les *Banû al-Naḍîr*, les *Banû Qaynuqâ'* ; un quatrième clan est composé d'Arabes ayant adopté la foi juive, celui des *Banû Ta'laba*. Ces quatre clans étaient liés par des traités d'alliance à des clans arabes appartenant aux deux grandes tribus médinoises, les *Aws* et les *Hazrağ*. Selon les chroniqueurs musulmans, le Prophète ne doutait point, alors, d'être bien accueilli par les Gens du Livre, dénomination désignant les adeptes des religions monothéistes, et pensait peut-être les gagner à sa foi. On parle même d'un accord qui serait intervenu entre eux et *Muḥammad*. *Watt* dit : « *Muḥammad* aurait conclu des accords, oraux ou écrits, avec tous les clans de *Médine* auxquels appartenaient les auxiliaires, terme désignant tous les médinois qui ont fourni aide et soutien au Prophète, et, par là même, avec les tribus juives qui étaient liées à eux par des liens de confédération, *ḥilf*. »²²⁷. C'est d'ailleurs à titre de confédérés au clan d'*Ibn Ubayy* que les juifs combattaient aux côtés des autres Médinois et des Emigrants, *muhâğîrûn*, terme désignant, -les musulmans qui accomplirent l'hégire avec *Muḥammad* de la *Mecque* à *Médine*-, de la bataille d'*Uḥud*. Ajoutons à cela que l'engagement des juifs à côté des musulmans n'était en aucun cas politique. Ils agirent conformément aux impératifs dictés par le lien de confédérés qui les liaient aux clans médinois. A vrai dire, les juifs de *Médine* ne reconnurent pas *Muḥammad* comme un Prophète et que très peu d'entre eux qui acceptèrent la foi musulmane. Leur allégeance à *Muḥammad* était plutôt dictée par des

²²⁷ *Mahomet à Médine* . op. cit. p. 140.

impératifs sécuritaires que spirituels. L'état de guerre avec la *Mecque* les contraignit à choisir leur camp. Mais, au fur et à mesure, leur hostilité à *Muhammad* devint manifeste, d'où l'évolution de l'attitude de *Muhammad* à leur égard : au début, il chercha à les attacher à sa foi, et il insiste sur l'unité de la Révélation. *Caratini* dit : « Malgré la bonne volonté du Prophète, en dépit des efforts qu'il déployait pour montrer aux juifs de *Médine* qu'il prêchait la même religion que la leur, celle du Dieu d'*Abraham*, les Gens du Livre restaient méfiants et même hostiles à *Muhammad* ; ils lui déniaient la qualité de Prophète et, surtout, ils craignaient l'accroissement de sa puissance. »²²⁸.

Lorsque *Muhammad* s'est convaincu de l'opposition des juifs de *Médine*, il s'est mis à les combattre d'abord sur le plan théologique avant de les expulser définitivement de *Médine*. Sur les raisons de cette expulsion, les biographes citent un incident dont s'est rendu coupable la tribu des *Banû Qaynuqâ'*. A quelque temps de la bataille de *Badr*, une bagarre éclata à propos d'une farce de mauvais goût dont la victime fut une femme médinoise, alors qu'elle était assise, vendant ses marchandises au marché des *Qaynuqâ'*, des juifs de *Qaynuqâ'* avaient attaché sa robe et, lorsqu'elle se leva, elle se trouva à demi nue ; un musulman voulut venger l'offense tua l'auteur du méfait, avant de tomber sous les coups des autres juifs qui avaient participé à l'affaire. *Muhammad* instaura le siège des fortins où s'étaient réfugiés les juifs du clan coupable. Les *Qaynuqâ'* finirent par se rendre et leurs fut donné trois jours pour récupérer l'argent qui leur était dû et pour évacuer leurs terres. En l'an 625, *Muhammad* expulsa le clan des *Banû al-Nađîr* suite à une tentative de meurtre qui allait être commise à son insu. En 627, le clan des *Banû Qurayda* accusé d'intelligence avec l'ennemi *qurayšite*, reçut l'ordre de quitter la ville. Les *Qurayda* se réfugièrent dans leur fortin, mais ils n'étaient pas de force à

²²⁸ Op. cit. p. 147.

résister longtemps. Les *Qurayda* finirent par se soumettre, ils furent capturés et jugés.

Le troisième parti d'opposition auquel *Muhammad* devait faire face était celui des polythéistes. Les musulmans ne tolérèrent pas que l'on critique leur foi et leur Prophète. Plusieurs anecdotes dans les ouvrages de biographes relatent des situations où les musulmans furent amenés à des actions musclées contre les païens.

Dorénavant, l'ordre régnait à *Médine*, et l'autorité²²⁹ de *Muhammad* était acquise. *Muhammad* parvint à établir la primauté de l'Islam sur l'idéologie tribale des médinois, non seulement il prêche et précise le message religieux et social du Coran, instituant tout à la fois les pratiques de la foi et le code islamique, mais encore déploie-t-il une intense activité dans le domaine de la politique extérieure, visant à se préserver des mecquois qu'il finira par soumettre à l'Islam après huit ans d'expéditions militaires le 11 janvier 630, et fini par soumettre à l'Islam et à son autorité, soit par la force, soit par la négociation, les tribus de la péninsule arabique.

²²⁹ En vertu des dispositions coraniques, le vrai législateur est d'abord et avant tout Dieu. Non seulement toute autorité vient de Dieu, disent les *Aṣāḥirites*, un mouvement de pensée, mais il n'est, en rigueur de terme, d'autre autorité que celle de Dieu. Il n'y a pas de la part de Dieu, et il ne peut y avoir de délégation vraie d'autorité. Dieu gouverne seul, infiniment seul, disait le professeur *Alliot* en généralisant à tort cette thèse, dans sa transcendance inaccessible. Obéir à ceux qui détiennent le pouvoir, c'est obéir à Dieu. Toute obéissance va à Dieu et ne peut aller qu'à lui, car lui seul a droit réel de commandement sur terre, directement sans intermédiaire. L'intermédiaire humain, le calife en l'occasion n'est là qu'une apparence, qu'un signe. Et l'obéissance va à Dieu comme au chef qui a droit absolu de commander, qui n'a de compte à ne rendre à personne, et dont le décret, *'amr*, oblige le serviteur quand bien même ce décret heurterait notre jugement humain, car il n'a d'autre source que la toute puissante volonté divine. Ainsi, c'est Dieu qui investit directement tout chef temporel, même si ce chef est désigné par élection. Il n'y a à la lettre, on ne saurait trop le répéter, d'autre autorité temporelle véritable que celle de Dieu. Le chef investi du pouvoir est dès lors l'instrument d'une autorité qui ne lui appartient pas, non seulement dans sa source première mais encore dans son exercice même. Le souverain temporel est en quelque sorte le mainteneur du principe de l'unité de la communauté. Dans les ouvrages des juristes classiques, il est enseigné que c'est un devoir grave pour la communauté d'avoir un imâm, un guide, ou calife. A la tête des croyants et en leur nom, il exerce la charge de la commanderie du bien et la répression du mal, suivant les injonctions coraniques. *Ibn Haldûn* dit, à ce propos, ceci: « Sache que, après la disparition du Prophète, la communauté a besoin d'un responsable qui veille à l'application des lois et règlements et y assure le rôle d'un vicaire du Prophète, l'astreignant au respect des obligations. Conformément à notre propos sur la nécessité de la politique à toute société humaine, les hommes ont besoin d'une personne qui les maintienne par la force dans le chemin de leur bien et les détourne de ce qui leur cause du mal : tel est le rôle de celui qu'on appelle le roi. ».

Durant les dix années qu'il passa à *Médine*, *Muḥammad* avait agit en qualité de chef de sa communauté. Dès l'origine de son installation à Médine, il rédigea une constitution, *ṣaḥīfa*. *Ibn Hišām* rapporte dans la dernière partie de la *Sīra*, consacrée à la période médinoise du Prophète que : « Le Messager de Dieu écrivit un document, *kitâb*, concernant les Emigrants, les Mecquois qui avaient accompli l'exode avec lui, et les Auxiliaires, les *Anṣâr* de *Médine*, par lequel il concluait un accord avec les Juifs, les confirmait dans leur religion et dans leurs biens et définissait les obligations mutuelles des communautés juives et musulmanes. »²³⁰. *La Constitution* en question constitue une série de règles, au nombre de quarante-sept, qui concernent aussi bien les croyants, les Musulmans émigrés, d'origines *qurayšites* et ceux de *Yatrib* que ceux qui les suivent, qui les ont rejoints et qui ont œuvré avec eux.

La constitution de Médine témoigne de l'autorité dont *Muḥammad* disposait à *Médine*. Cette autorité s'étendait à l'ensemble de la composante de la communauté, comme le précisent les quelques articles que nous introduirons, ci-dessus.

- L'article 23 stipule que : quand survient entre vous un différend, remettez-vous-en à Dieu et à *Muḥammad*.

L'article 42 stipule que : quand, parmi le peuple de ce document, il arrive quelque incident, trouble ou querelle dont on craint qu'il n'amène un désastre pour ce peuple, qu'on s'en remette à Dieu et à *Muḥammad*, le Messager de Dieu. Dieu est le plus scrupuleux et le plus loyal exécuter de ce qui est stipulé dans ce document.

- A l'article 1 de la constitution, il est précisé que les musulmans *qurayšites*, les *Anṣârs*, ceux qui les suivent, qui leur sont attachés et qui

²³⁰ *Sīra*, op cit p. 231

guerroient avec eux, *ġâhadû* : forment une communauté unique, *Umma*, distincte des autres peuples. Cette communauté est liée par un certain nombre de dispositions qui sont précisées dans les articles suivants.

- Dans l'article 2, par exemple, il est précisé que les Emigrants *qurayšites*, proportionnellement à leur condition première, doivent payer en commun la composition légale, la *diyya*, pour le sang versé et ils, par groupe, rançonnent les prisonniers, le faisant, avec droiture et justice entre croyants. Les *Banû 'Awf*, eux aussi, proportionnellement à leur condition première paient à frais communs les compositions fixées auparavant pour le sang versé, et chaque sous clans, *tâ'ifa* rançonnent les prisonniers, le faisant avec droiture et justice entre croyants.

- L'article 11 précise que les croyants ne doivent pas laisser sans secours celui qui est endetté et qui est parmi eux, mais doivent lui donner de l'aide selon ce qui est juste, pour payer une rançon ou une compensation pour le sang versé.

- L'article 12 rappelle qu'un croyant ne doit pas prendre comme confédéré, *ḥalif*, le client, *mawlâ* d'un autre croyant sans que celui-ci soit consentent.

- L'article 13 qui instaure la responsabilité collective face au mal et aux désordres, stipule que : Les croyants imbus de la crainte de Dieu s'opposent à quiconque parmi eux agit mal, ou prémédite une action contraire à la justice ou à l'honneur, un acte d'hostilité ou de corruption qui serait dirigé contre les croyants ; que les mains des croyants soient unies contre lui, même si le coupable est le fils de l'un d'entre eux.

- L'article 14 insiste à dire qu'un croyant ne tue pas un autre croyant à cause d'un incroyant et ne donne pas de l'aide à un incroyant contre un

croyant.

- L'article 15 précise que : la sécurité, *dimma* de Dieu est une ; la faveur d'une protection accordée à son prochain ou un son voisin, *yuğîr*, par la moindre des croyants crée à celui-ci une obligation ; les croyants sont les clients, *mawâlî*, les uns des autres à l'exclusion des autres personnes.

- L'article 16 intéressant les juifs de *Médine* stipule que : si quelqu'un parmi les juifs nous suit, il a droit à la même aide, au même appui, *iswâ*, que les croyants, à condition que ceux-ci, les croyants, ne soient pas lésés par lui et qu'il n'aide pas d'autres gens contre eux.

- L'article 25 définit les juifs comme formant une *Umma* semblable à celle des croyants et les confirme dans leur religion, *dîn*. Que les juifs aient leur religion, *dîn* et que les croyants aient la leur, cela s'applique aussi bien à leurs clients qu'à eux-mêmes, à l'exception de celui qui aurait mal agi ou qui se serait conduit en traître : il n'attire le mal que sur lui-même et sur sa famille.

- Les pouvoirs de *Muhammad* sont précisés aux articles, 23 et 42.

Concernant l'autorité de *Muhammad*, *Phillip Hitti* dit : « Son Prophète était son représentant légitime et la suprême autorité en ce monde. En cette qualité et en plus de ses fonctions spirituelles *Muhammad* disposait de toute l'autorité temporelle que peut exercer un chef d'Etat. Sans plus d'égards pour leurs affinités de tribu ou autres anciennes allégeances, tous les membres de sa communauté étaient maintenant frères, au moins en principe. »²³¹. *Alî 'Abd Al-Râziq*²³², dans son essai sur les fondements du pouvoir, résume le pouvoir

²³¹ *'usûl al-hukm*, op. cit. p. 91.

²³² Dans son essai fondateur sur la nature de l'autorité politique dans le monde islamique, *Al-Islâm wa 'Usûl al-hukm*, *'Alî 'Abd al-Râziq* prône une séparation radicale du spirituel et du temporel : il montre que le Prophète est un guide spirituel et non un roi de ce monde. Ses préceptes pour le gouvernement des hommes

n'impliquent en rien les fondements d'un " État islamique " qui n'a jamais existé, pas même aux premiers temps de la 'Umma. Aucun principe religieux n'interdit donc aux musulmans d'édifier leur État et leur société sur la base des dernières créations de la raison humaine et des systèmes politiques que l'expérience des nations a désigné comme étant parmi les meilleurs. L'œuvre de 'Alī 'Abd al-Rāziq avait fait l'objet d'une traduction par Louis Bercher dans les années 1930. Le philosophe marocain 'Abdū Filālī Anṣārī en propose une nouvelle traduction. *L'Islam et les fondements du pouvoir*, La Découverte, Paris, 1994, p. 91. La publication de l'ouvrage de 'Alī 'Abd al-Rāziq avait déclenché une suite de réactions sans précédent en Egypte et à une échelle plus large, dans le monde arabe. Ce fut tout d'abord la procédure engagée contre lui auprès du Conseil des grands oulémas d'Al-Azhar, une action d'un type inédit en terre d'Islam. Le Conseil ne retint contre lui que des mesures de nature disciplinaires. Il prononça son exclusion du corps des oulémas dont il faisait partie et sa déchéance du titre de *ṣālim* et de toutes les fonctions qui lui sont attachées : enseignement et judicature. Or, la critique la plus sévère qui fut adressée à 'Alī 'Abd al-Rāziq, venait de ses pairs. La plus virulente des critiques lui fut formulée par Rašīd Rida, *Al-Hilāfa aw al-Imāma al-ṣudma*, Le Califat ou Grand Imam, La Caire, 1992. Ouvrage traduit par par Henri Laoust, sous le titre, *Le Califat dans le doctrine de Rāšīd Ridā*, Beyrouth, 1938, *Bahīt Al-Mutī'i* et *Al-Ḥidr Husayn*, éminents représentants du corps des docteurs de la Loi, toutes tendances confondues. L'institution du califat islamique trouva un autre défenseur en la personne de *Sanḥūrī*, un juriste de l'école moderne qui allait s'avérer une des pensées juridiques les plus fécondes de ce siècle et qui, dans une thèse en français, proposait une approche nouvelle. *Sanḥūrī*, dans son ouvrage intitulé : *Le Califat, son évolution vers une société des nations*, Paris, Librairie Orientale Paul Geuthener, 1926., p. 73, reproche à 'Alī 'Abd al-Rāziq le fait d'avoir été sélectif dans le choix de ces références textuelles et historiques, aux dépens d'autres références, pourtant nombreuses, qui vont en sens opposé. *Sanḥūrī* reproche notamment à 'Abd al-Rāziq d'avoir confondu entre : « deux choses distinctes : l'institution du Califat en elle-même et la désignation du candidat le plus digne de remplir les fonctions de calife. La première est une question de principes, la deuxième une question de personne. Or, les musulmans n'ont jamais confondu, comme le fait l'auteur, ces deux questions. Ils ont toujours résolu la première dans le sens du caractère obligatoire du Califat, depuis le jour où *Abū Bakr*, avec l'approbation unanime des Compagnons, a proclamé la nécessité de l'institution pour assurer l'exécution des lois de l'Islam. Quant à la question des personnes, on comprend bien qu'il y ait eu divergence d'opinion dès le début ». *Sanḥūrī* reproche également à 'Alī 'Abd al-Rāziq d'avoir usé d'un anachronisme sémantique dans la mesure où il donne aux notions de religion et d'Etat des significations extrêmes qu'elles n'avaient jamais eues dans le contexte islamique. : 'Alī 'Abd al-Rāziq, dit *Sanḥūrī* : « les prend dans leur sens moderne : l'Etat, comme l'ensemble des trois pouvoirs, législatif, judiciaire et exécutif, et la religion comme l'ensemble des règles qui régissent la conscience de l'homme et sa relation avec Dieu. Pour lui, le Prophète n'avait pas fondé un Etat au sens moderne du mot. En réalité, les deux termes : Etat et religion, n'étaient pas aussi précis, dans l'ancien temps, qu'ils le sont de nos jours. Les institutions politiques étaient souvent basées sur des considérations religieuses, sans cesser, pour cela, d'être de nature essentiellement civile. Ceci explique l'esprit religieux qui s'accuse dans les institutions étatiques de l'Islam. Quant au caractère incomplet et imprécis de ces institutions, et c'est là que l'auteur trouve son argument principal, il explique par l'état primitif de l'Arabie qui ne pouvait pas avoir un système compliqué de gouvernement. » Ibid., p. 46. Dans un ouvrage récent, *Muḥammad 'Māra* rend 'Abd al-Rāziq responsable de l'affirmation, par une instance religieuse officielle et pour la première fois dans les temps modernes, que : « l'Islam est à la fois religion et Etat, *Dīn wa Dawlā* ». *ma'arakat al-'islām wa-'usūl al-hukm*, La bataille de l'Islam et les fondements du pouvoir, Le Caire, 1989, p. 8 et 77. Dans le même sens, *Ḥamid 'Ināya*, analysant « les réponses sunnites et *ṣiītes* à l'avènement du XX siècle », relève les effets dévastateurs que notre auteur, et les modernistes à sa suite, auraient eus sur la pensée religieuse islamique contemporaine : « La crise du califat a eu un résultat doctrinal subsidiaire : elle a introduit l'idée de l'Etat islamique comme alternative au califat, lequel était désormais déclaré, que ce soit implicitement ou explicitement, par les sécularistes turcs comme par des musulmans d'apparence aussi différents que 'Alī 'Abd al-Rāziq, Rašīd Rida et les oulémas d'Al-Azhar, impossible à ressusciter. ». *Ḥamid 'Ināya*, *Modern Islamic Political Thought*, Macmillan Press, Londres, 1982. Quant à l'intérêt historique que comporte la thèse de 'Alī 'Abd al-Rāziq, dit-on, semble bien être la première à avoir tenté de briser, ce que *Muḥammad Arkoun* appelle, la clôture idéologique, dans laquelle la pensée arabo-islamique s'était enfermée depuis sa première lancée, à avoir défié le paradigme forgé par des siècles d'accumulation scolastique. Elle paraît bien être celle qui a formulée les termes dans lesquels le débat intellectuel est conduit aujourd'hui. Ses principales innovations restent toujours d'actualité : réintroduction de l'existence rationnelle et du regard historique, attaque de front de ce qui constitue l'obstacle le plus impressionnant qu'une pensée puisse avoir à affronter, à savoir l'extension du sacré et de ses interdits à

de *Muḥammad* comme suit : « le Prophète avait entrepris une organisation des affaires de la communauté similaire à celle des chefs politiques, tout en gardant une fonction qui lui est propre, qu'il ne partage avec personne, mais, son statut de Prophète ne l'empêchait pas de s'attribuer ce rôle. Sa fonction implique qu'il puisse entrer en contact direct avec les âmes, qu'il écarte tous les voiles pour accéder à l'intimité des cœurs. Il doit atteindre au plus profond de la sensibilité de ses adeptes, accéder aux sources de l'amour et de la haine, à ce qui provoque chez les hommes le péché et les bonnes actions... Son regard embrasse les apparences et les choses cachées... . Bref, il a la responsabilité des choses de ce monde et de l'autre.»²³³. En effet, l'autorité de *Muḥammad* semble avoir été acquise ; son domaine d'action était aussi vaste qu'étendu. Il demeure, néanmoins, que son autorité, bien que fut générale, l'étendue de son pouvoir ne devait être absolue. Le Coran lui recommande de se concerter avec les siens, lors de la prise des décisions. C'est ainsi qu'il est formulé le verset 159 de la sourate III : « C'est par quelque miséricorde venue de Dieu que tu te montres si accommodant à leur égard ; eusses-tu fait preuve de rudesse, de dureté de cœur, qu'ils se seraient dispersés d'autour de toi. Efface leurs fautes, implore pour eux le pardon, consulte-les sur la tactique. Mais quand tu auras pris ta décision, remets-t' en à Dieu. Dieu aime ceux qui s'en remettent à Lui ». La communauté doit à son Prophète soutien et obéissance. Approuver *Muḥammad* comme unique autorité de la communauté, ne relève pas, en Islam, d'un simple acte consensuel. Il s'agit d'une obligation légale, *wāğib*, pour les musulmans,

l'histoire et à la norme de l'ordre social ». Que l'on soit d'accord, l'essai de *'Abd al-Rāziq* n'est pas nécessairement, scientifiquement, historiquement, le plus fiable, mais, au-delà des idées qu'il représente, il est considéré comme ayant joué « un rôle équivalent à celui du Discours de la méthode : grâce à lui, il y a eu introduction de la critique historique dans le champ culturel arabe, de la démarche scientifique appliquée aux choses sacrés ». 'Abdu Al-Ansârî, op. cit. p. 39, 40.

²³³ Ibid. p. 91.

constituant un pilier fondamental de la foi. N'est-il pas dit dans le Coran : « Obéissez à *Allâh* et à son Envoyé. »²³⁴. Désobéir à l'autorité de *Muḥammad* équivaut à désobéir à *Allâh* ; or quiconque désobéi à *Allâh* perd son cachet de fidèle.

2-2. Survivances et réformes de la pratique judiciaire du temps du Prophète.

Ce rappel historique que nous avons consacré à l'avènement de l'Islam et à l'organisation politico-social qui s'en est suivie, nous a semblé nécessaire pour appréhender le système judiciaire musulman du temps de l'Islam paradigmatique. Nous aurons l'occasion dans cette étude d'expliquer l'impact qu'avait exercé l'organisation sociale et politique de l'Islam sur l'organisation judiciaire. Mais, avant cela, nous devons, d'abord, procéder à l'analyse de l'organisation judiciaire musulmane, dès l'installation de *Muḥammad* à Médine. En effet, lorsque nous analysons de près l'activité judiciaire des premières années de l'installation de *Muḥammad* à Médine, on se rend compte que celle-ci ne différait pas de la justice arabe préislamique. La communauté musulmane continuait à réagir face à l'agression venant de l'extérieur à l'image du groupe dans le système tribal. Aucune réforme du système judiciaire ne paraît encore existée. Dans les faits, nos propos se traduisent comme suit : le Prophète continuait à assumer sa charge de juge à l'instar d'un *ḥakam* préislamique, sans doute, sa réputation d'homme honnête, *amîn* que l'on lui reconnaissait avant sa prédication²³⁵ et le charisme

²³⁴ Cor. III, 32 ; III, 132.

²³⁵ Les biographes de *Muḥammad* soulignent la bonne conduite de *Muḥammad* et les bonnes mœurs qui caractérisaient sa personne. A la Mecque, *Muḥammad* fut choisi pour arbitrer un litige dans l'assemblée des *ḥilf al-fuḍûl*. Voir également le passage de Bergé, *Les Arabes*, Editions Lidis, Paris, 1978, p. 32.

que lui octroyait son statut de Prophète²³⁶, lui accordaient une primauté d'honneur parmi les chefs de clans médinois et ajoutaient à sa décision, du respect. Mais en règle générale, sa position à Médine était encore précaire. Divers incidents appartenant à la première moitié de la période médinoise montrent bien la faiblesse théorique de la position occupée par *Muḥammad*. « L'affaire du Démenti », qu'eut lieu en l'an 627, illustre bien nos propos. *ʿĀʾiṣā*, l'épouse du Prophète était calomniée²³⁷. *Ibn Ubayy* s'était montré si pressé à répandre la calomnie ; *Muḥammad* ne pouvait agir directement contre ce dernier ; il dut réunir les *Anṣār* et demander l'autorisation de poursuivre *Ibn Ubayy* à ceux qui se seraient peut être crus dans l'obligation de venger toute injure faite à celui-ci²³⁸. Une autre affaire témoigne également de la faiblesse de l'autorité de *Muḥammad* : lorsque le clan des *Banū Qurayḍā* en l'an 627 avait enfreint le pacte qui le liait à la communauté à cause de leur déloyauté. *Muḥammad* ne s'aventura pas à

²³⁶ « *Muḥammad* a une réputation de Prophète, *nabiyy* ; or les futurs « Auxiliaires » de Médine sont familiarisés avec ce concept en raison de leurs rapports avec les tribus juives, dont le Livre annonce l'arrivée d'un Messie sur la Terre, et certains d'entre eux pensent que *Muḥammad* est bien le Messie espéré : « Ce *Muḥammad* est ce Prophète dont le nom est constamment dans la bouche des juifs, en qui ils ont cru, et en qui ils espèrent ! ». Tabarī, II, 76, p. 439, cité par Caratini, op. cit. p. 129.

²³⁷ Il s'agit de la jeune femme du Prophète, qui l'avait accompagné dans son expédition contre les bédouins de la tribu *al-Muṣṭaliq*, en janvier 627. Au retour, elle fut laissée en arrière ; d'après Ibn *Ishāq*, *ʿĀʾiṣā* se serait écartée de son chameau pour chercher un collier qu'elle avait perdu : lorsqu'elle revint, le chameau n'était plus là. *ʿĀʾiṣā*, confiante, s'étendit sur le sable, ne doutant pas qu'on viendrait la rechercher dès qu'on s'apercevrait de sa disparition. Sur ces entrefaites apparaît un jeune guerrier qui s'était lui aussi, écarté de la troupe ; il se nommait *Safwān*. Il reconnut la femme du Prophète et lui offrit son chameau, qu'il guida, en se tenant par la bride, jusqu'à Médine. Là, le scandale éclata et les calomniateurs y allèrent de leurs allusions et de leurs mensonges ; les plus virulents étaient *Ibn Ubayy*, la propre sœur de *ʿĀʾiṣā*, *Zaynab*, et un poète cousin lointain de *ʿĀʾiṣā*. Après quelques semaines de commérages et de disputes, *Muḥammad* intervint enfin. Il déclara *ʿĀʾiṣā* innocente du forfait dont on l'accusait, condamna quelques calomniateurs à la bastonnade, mais *Ibn Ubayy* ne subit aucun châtement. Peut-être le Prophète le considérait-il comme trop âgé ; peut-être aussi pensait-il que ce vieux chef pourrait encore le servir. Quoiqu'il en soit, il dut se réconcilier avec lui, puisqu'il organisa lui-même les funérailles de cet hypocrite en 628 ; à *ʿUmar*, qui s'étonnait de voir *Muḥammad* prier pour celui-ci qu'il avait déclaré : ennemi de Dieu, il déclara même, selon son biographe officiel : « Reste derrière moi, *ʿUmar*. Il m'a été donné de choisir et j'ai choisi. Il m'a été dit : « Demande pardon pour lui soixante-dix fois, Dieu ne lui pardonnera pas ! » Mais est-ce que je savais si, en le demandant une fois de plus, il serait pardonné ? Alors, je l'ai demandé une fois de plus. ». *Ṣīra*. Op. cit. p. 623.

²³⁸ « En cette occurrence, dit *Watt* : « *Muḥammad* eut aisément gain de cause, car, soit par hasard, soit par calcul, l'inimitié des *ʿAws* et des *Ḥazrağ* se trouva attisée et le déclin de l'influence d' *Ibn Ubayy* devint apparent. ». Op. cit. p. 276.

prononcer aucun jugement lui-même²³⁹. La décision concernant le châtement fut laissée au chef du clan dont les *Quraydâ* avaient été les confédérés.»²⁴⁰. En effet, dit Watt : « S'il, *Muḥammad*, avait décidé de verser le sang des *Quraydâ*, l'honneur aurait pu obliger certains confédérés des juifs, même musulman à venger ceux-ci. »²⁴¹. Ces exemples montrent combien les chefs de clans médinois avaient encore de pouvoir et comment ils pouvaient limiter l'autorité de *Muḥammad*. Or, ce ne sont pas là des exemples isolés. Un autre exemple raconté dans la *Sîra* d'*Ibn Hišâm* nous confirme à propos de la fragilité du statut de *Muḥammad* à *Médine*, au premier moitié de la période de son installation à *Médine*. Aux yeux des médinois, *Muḥammad* n'était encore, sur le plan judiciaire, qu'un *ḥakam*, arbitre, et de ce fait, ils pensaient pouvoir décliner son jugement au profit d'un tiers, comme ce fut le cas durant la période préislamique où l'on pouvait choisir à son gré l'arbitre du litige. *Ibn Hišâm* rapporte qu'un *Anṣarite* s'est plaint au Prophète concernant un litige en matière d'irrigation qui l'opposait à *Al-Zubayr Ibn al-'Awwam*, un cousin du Prophète. La sentence rendue par *Muḥammad* fut aussitôt accusée de tendancieuse par l'*Anṣarite*.»²⁴². Selon une autre version considérée étrange, *ḡarîb*, par les commentateurs du Coran, qui raconte la même affaire dit que : « Deux personnes vinrent se plaindre auprès du Prophète d'un litige qui les opposait ; le Prophète leur rendit un jugement qui ne les a pas satisfait. L'un des deux litigants demanda de se référer à '*Umar Ibn al-Ḥaṭṭâb* pour rejurer le litige. '*Umar*, non content de voir les parties en procès déroger au jugement du Prophète, trancha la tête de l'un d'eux... »²⁴³.

²³⁹ Ibid. p. 276, 277.

²⁴⁰ *Mahomet à Médine*. Op. cit. p. 276, 277.

²⁴¹ Ibid. p. 276, 277.

²⁴² Al-Buḥârî, cité dans Ibn Kaṭîr, *Tafsîr Al-Qur'ân al-'azîm*. Dâr al-Kutub al-'Ilmiyya, Beyrouth, 1420/1999, t. I, 499

²⁴³ Ibn Kaṭîr, *ibid.* t. I. 499.

Les récits que nous venons de citer, ci-dessus, constituent à notre avis la preuve, qu'au début de son installation à *Médine*, *Muḥammad* n'était pas encore le juge au sens que nous reconnaissons au mot, durant les étapes ultérieures de l'évolution de la fonction et qu'il n'envisageait pas encore d'introduire un nouveau système judiciaire. *Muḥammad* était, tout naturellement, à ce stade embryonnaire de la Cité Etat de *Médine* qu' « un chef d'un de ces nombreux groupes toujours liés pour une action commune, et le Prophète ne se distingue que peu des autres chefs »²⁴⁴. Nous pouvons suggérer que jusqu'à la bataille d'*Uḥud*, en l'an 625, aussi bien l'autorité judiciaire de *Muḥammad* que l'organisation de la justice musulmane n'était pas encore instituée. Cette hypothèse trouve son argumentation dans l'un des récits rapportés par *Ibn Hišâm* dans la *Sîra*. Ce récit sous-entend que certaines mœurs préislamiques en matière de vengeance, *ta'r*, étaient encore d'actualité à *Médine*. *Ibn Hišâm* dit qu' : « à l'issue de la bataille d'*Uḥud*, lorsque le Prophète vit son oncle *Ḥamza* dont le corps fut mutilé par les *Qurayšites*, formula le vœu selon lequel il causera le même sort qui a été réservé à son oncle à trente hommes parmi les *Qurayšites*. Les fidèles à leur tour, jurèrent de le venger d'une vengeance incomparable. »²⁴⁵. Ce récit d'*Ibn Hišâm* est la preuve vivante qu'à une période encore tardive de la constitution de la communauté, on continuait à suivre l'usage de la vengeance privée, le *ta'r* préislamique. La communauté médinoise devait encore réagir face à l'agression conformément aux lois coutumières de l'Arabie préislamique, où le caractère illimité et disproportionnel du *ta'r* existait encore. Toutefois, ce statut quo judiciaire hérité de l'Arabie préislamique ne devait pas tarder de disparaître peu à peu pour laisser la place à une nouvelle conception de la

²⁴⁴ Watt, op. cit. p. 277.

²⁴⁵ La version arabe, op. cit. p. 168. 169.

justice et de son organisation. Les signes de ce changement apparurent à deux niveaux essentiellement.

A- Au niveau de l'autorité judiciaire.

Le statut de *Muḥammad* jusqu'alors confiné dans une position similaire à un arbitre de la période préislamique, commença peu à peu à prendre la forme d'un vrai pouvoir. Cela apparaît à travers certains versets du Coran qui établissent d'ores et déjà *Muḥammad* comme le juge par excellence de sa communauté. Nous citons le verset suivant qui dit : « Mais non, par ton Seigneur ! Ils ne sont pas des croyants, tant qu'ils ne te prennent pas pour juge de ce qui fait entre eux conflit, et mieux encore n'acceptent ta décision sans la moindre contrariété intime, mais de totale adhésion ». »²⁴⁶. Dans ce verset deux notions se rapportant à l'activité judiciaire se trouvent formulées côte à côte : *ḥakama*, juger et *qada*, rendre la décision. Le premier se rapporte à l'activité judiciaire du Prophète, alors que le second souligne le caractère autoritaire de sa décision. Cet exemple, dit *Joseph Schacht* : « est la première indication de l'apparition d'une nouvelle conception islamique de l'administration de la justice. »²⁴⁷. Un autre verset, où l'activité judiciaire de *Muḥammad* semble être confirmée, dit : « Vous qui croyez, obéissez à Dieu, obéissez à l'Envoyé et aux responsables d'entre vous. Si vous êtes en désaccord grave sur une affaire, déférez-la à Dieu et à l'Envoyé, pour autant que vous croyiez en Dieu et au Jour dernier. Cela sera meilleur pour vous, et de plus belle incidence »²⁴⁸. A ce stade de l'évolution de l'activité judiciaire musulmane, la compétence judiciaire de *Muḥammad* paraît déjà précisée, elle englobe l'ensemble des affaires touchant les affaires de la communauté et

²⁴⁶ Cor. IV, 65.

²⁴⁷ Op. cit. p. 21.

²⁴⁸ Cor. IV, 59.

s'impose aux différentes formations de la société médinoise. Comme cela peut ressortir de certains articles de la Constitution de Médine, que nous avons cité, plus haut. Les articles 23 et 42 de la Constitution reconnaissent à *Muhammad* le pouvoir de juger les différends entre l'ensemble de la communauté. Le mot communauté, ici, désigne, tous les signataires de la *Sahîfa*, la Constitution de Médine. Ce pouvoir est confirmé par le verset suivant : « Oui, juge entre eux, احكم بينهم, selon ce qu'a fait descendre Dieu. Ne cède pas à leurs passions. Prends garde qu'ils ne te tentent pour t'éloigner d'une part de ta révélation. S'ils tournent le dos, sache que Dieu veut seulement les frapper de quelques-uns de leurs péchés. La plupart des humains sont des scélérats. »²⁴⁹. L'ordre de juger qui est formulé dans ce verset est, selon l'exégèse coranique, universelle. *Muhammad* est tenu de juger dans toutes les affaires sans distinction de l'origine des litigants²⁵⁰. Selon *al-Tabârî*, les circonstances de la révélation de ce verset remontent à un fait où des rabbins se sont venus contracter une entente avec le Prophète dans le sens d'embrasser l'Islam à condition que *Muhammad* accepte de juger en leur faveur dans un procès qui les opposait à certains membres de leur communauté. Le Prophète, dit *Tabârî*, s'est récusé, déclinant ainsi leur proposition²⁵¹. Un autre verset qui accorde à *Muhammad* le pouvoir de juger les différends parmi les membres de sa communauté dit : « ... ! S'ils recourent à toi, juge entre eux ou bien te détournes d'eux, ils ne pourront en rien te nuire ; si tu juges, alors, juge entre eux selon l'équité. Dieu aime les équitables »²⁵². Ce verset, selon les commentateurs du Coran fut révélé à l'occasion d'un procès où il était impliqué un homme et une femme d'obédience juive, ayant commis l'adultère. Le Prophète qui fut sollicité pour

²⁴⁹ Cor. V, 49.

²⁵⁰ Ibn Kaṭīr, op. cit. II, p. 65.

²⁵¹ Ibid, II, p. 66.

²⁵² Cor. V, 42.

trancher dans ce procès ne fit qu'appliquer les dispositions de la *Tora* y référant, alors que les parties en conflits auraient souhaité un adoucissement des dispositions en question²⁵³. Le verset 42 de la sourate V dont il est question ci-dessus instaure dans le droit musulman le principe de la personnalité des lois. Ce principe consiste à ce que les musulmans se réfèrent dans leurs litiges à leur autorité judiciaire, de même pour les autres communautés de se référer à la leur. Ceci aurait été sans doute à l'origine de l'article 25 de la constitution de *Médine* qui définit les juifs comme formant une *Umma* semblable à celle des croyants et les confirme dans leur religion, *dîn*. L'article en question stipule que : « Les juifs aient leur religion, *dîn* et que les croyants aient la leur, cela s'applique aussi bien à leurs clients qu'à eux-mêmes, à l'exception de celui qui aurait mal agi ou qui se serait conduit en traître : il n'attire le mal que sur lui-même et sur sa famille. »²⁵⁴.

En instituant le principe de la personnalité des lois, le Coran sous-entend que les communautés monothéistes possèdent des livres qui contiennent des injonctions divines valables pour juger. Il demeure, cependant, selon la logique coranique²⁵⁵, que les gens du Livre qui sont sincères dans leur foi

²⁵³ Voir le commentaire d'Ibn Kaṭīr à ce sujet, op. cit. II, 59.

²⁵⁴ Watt, *Mahomet à Médine*, op. cit. 270.

²⁵⁵ Dans sa logique, le Coran considère que tout chrétien ou juif, croyant sincère, aurait dû, s'il s'était conformé à l'enseignement authentique de Moïse et de Jésus, venir à l'Islam qui en est l'aboutissement. Ainsi, aurait été atteint un des buts essentiels du Message de *Muḥammad* : l'universalité de la foi. Dans ce contexte, l'on comprendra que l'intérêt bienveillant que le Prophète a manifesté aux chrétiens, et les adresses particulières qu'il leur a faites répondaient aux exigences de sa mission, et ne masquaient vraisemblablement aucun calcul ou tactique de circonstance. Conséquent, *Muḥammad* va inviter chrétiens et juifs à une foi commune : « Dis : « Ô Détenteurs de l'Écriture ! Venez à un terme commun entre vous et nous ! A savoir que, comme vous, nous n'adorons que Dieu et ne lui associons rien. » Cor. III, 64. Cette foi commune, l'Islam l'avait recommandée à ses fidèles : « Dites : « Nous croyons en ce qu'on a fait descendre vers vous, et en ce qu'on a fait descendre vers nous. Votre Divinité et notre Divinité sont une, et nous lui sommes soumis ». Cor. XXIX, 46. « Ô vous qui croyez ! Croyez en Dieu, en Son Apôtre, et à l'Écriture qu'il a fait descendre sur Son Apôtre et à l'Écriture qu'il a fait descendre antérieurement ! Quiconque ne croit pas en Dieu, en Ses Écritures, en Ses Apôtres, et au Dernier Jour est dans un égarement infini » Cor. IV, 136. Juifs et chrétiens se doivent de revenir de leurs erreurs pour se retrouver avec les musulmans, dans une même foi : « Dites : « Nous croyons en Dieu, à ce qu'on a fait descendre vers *Ibrâhîm*, *Ismâ'il*, *Ishâq*, *Ya'qûb* et les Douze tribus, à ce qui a été donné à *Mûssâ* et à *'Issâ*, à ce qui a été donné aux Prophètes venant de leur seigneur. Nous ne distinguons point l'un d'entre eux. Au Seigneur Nous sommes soumis » Cor. III, 84. C'est cet esprit d'universalisme de la

doivent se conformer aux prescriptions du Coran, puisqu'il est, selon cette logique, le parachèvement du message monothéiste. *Ibn Kaṭīr* dans son *Tafsīr* dit que : « Dieu avait instauré à chaque messager une religion propre, ensuite, Il a fait en sorte que la religion récente abroge celle qui l'a précédé, jusqu'à ce que l'Islam vienne abroger toutes les autres religions, afin qu'il reste l'ultime religion pour toute l'humanité. »²⁵⁶. Partant de cette interprétation, les auteurs musulmans considèrent que la seule religion qui devrait être suivie serait l'Islam. Un verset coranique insiste à dire que quiconque désire suivre une autre religion autre que l'Islam, il le lui sera refusé. C'est ainsi qu'il est formulé dans le Coran : « Qui soupire après une religion autre que l'Islam, cela de lui ne sera point accepté, et dans la vie dernière, il sera parmi les perdants »²⁵⁷.

B-. Au niveau de la réglementation.

a- Le principe du talion.

L'une des réformes introduite dans le système judiciaire musulman réside dans l'instauration de la stricte égalité dans le châtement. Ce principe s'oppose, en fait, au caractère illimité qui caractérisait la vengeance privée arabe préislamique. Le Coran dit que : « S'il vous faut punir, que la peine infligée n'excède pas celle subie, ou si plutôt vous patientez, meilleur sera-ce pour qui aura patienté. »²⁵⁸. Selon l'exégèse coranique, les circonstances de la révélation de ce verset remonte à la bataille d'*Uḥud* lorsque le Prophète et ses compagnons décidèrent de venger l'assassinat de *Ḥamza* par un nombre

foi, nous semble-t-il qui a dicté au Prophète l'envoi vers les années 6 et 7/628-629 d'ambassades à différents souverains, princes, chefs de tribus et évêques étrangers pour les inviter à embrasser l'Islam.

²⁵⁶ Op. cit. t. II, 65.

²⁵⁷ Cor. III, 85.

²⁵⁸ Cor. XVI, 126.

illimité d'individus dans le rang de l'ennemi, comme nous avons noté précédemment. Rappelons ici, qu'à l'époque préislamique, on tuait un seigneur d'une tribu pour un roturier d'une autre, deux hommes de l'une pour un seul de l'autre, un homme libre pour un esclave. La tribu attaquée se considérant plus noble que celle à laquelle appartient l'agresseur, les parents de la victime s'estimaient lésés dans une telle mesure qu'une satisfaction exagérée, juste, à leur sens, était nécessaire. En Islam, il a été instauré le principe suivant lequel tout les musulmans sont égaux, précise une tradition du Prophète, tout musulman sera mis à mort en réparation de la mort de celui qu'il aura tué, fût-il un esclave ; et un seul musulman pour un autre, quelque soit son rang et sa qualité. Ce principe de la proportionnalité est connu sous le vocable de *qişâş* ou talion.

Le *qişâş* est le terme qui exprime le principe de la proportionnalité dans le châtement, il est considéré comme l'équivalent du terme talion. *Qişâş* vient du verbe *qaşşa*, couper. Selon la définition donnée par *Ibn Mandûr* dans le *Lisân* : « *Al-qişâş* est le fait de couper dans la mesure où une coupure a été faite. »²⁵⁹. La notion du *qişâş* fut ensuite étendue aux blessures et à l'homicide. La définition d'*Ibn Mandûr* trouve son argumentation dans le verset coranique suivant, qui dit : « Nous leur avons prescrit : âme pour âme, œil pour œil, nez pour nez, oreille pour oreille, dent pour dent ; compensation pour les blessures ; quiconque à titre d'aumône (renoncerait à la compensation) cela vaudrait pour lui expiation... »²⁶⁰. L'origine de l'institution du *qişâş* remonte à la *Tora*. Il est écrit dans le Livre de *l'Exode*, XXI, 12 et dans le *Lévitique*. XXIV, 7 ; *Nombre*, XXXV, 12 : « C'est le meurtrier lui-même, et lui seul, qui doit être mis à mort ». Le *Deutéronome*. XXVI, 16 déclare que : « Les pères

²⁵⁹ Ibn Mandûr, *lisân al-'Arab*, V, qaşşa. Dans *Ṭabârî*, t. III, p. 120.

²⁶⁰ Cor. V, 45.

ne seront pas mis à mort à la place des fils, ni les fils à la place des pères : mais toute personne sera tuée pour la faute qu'elle aura commise ». L'écho de ce passage s'entend dans le verset coranique suivant où il est dit : « Nulle âme n'acquiert rien sans contrepartie, mais nulle n'est chargée du chargement d'une autre... »²⁶¹.

Le principe du talion, tel qu'il est défini par le Coran, implique l'individualisation dans la peine. C'est le coupable qui doit subir le talion. Les versets du Coran qui se rapportent à la stricte égalité dans la vengeance sont nombreux. Nous pouvons citer celui-ci : « Vous qui croyez, le talion vous est prescrit en cas de meurtre : « Libre pour libre, esclave pour esclave, femme pour femme. Si l'on bénéficie toutefois de mansuétude de la part d'un frère (en religion), alors qu'à (revendication bornée aux convenances réponde paiement fait de bonne grâce. C'est là un allègement édicté par votre Seigneur, une miséricorde. Quiconque outrepassé après ces dispositions-là, court à un douloureux châtement.»²⁶². Le *qiṣās* s'exerce donc, à la différence du *ta'r* préislamique, non pas en vertu d'un droit propre et que l'individu lésé tire de lui-même, mais ensuite d'une investiture divine. *Muḥammad Ḥamīdullāh* en marge de sa traduction du Coran, dit : « D'instincts, l'homme outragé se venge, et parfois par un mal pire que le mal qu'il a reçu. L'application du talion, a pour effet d'ôter à l'homme le droit de se venger lui-même comme il l'entend, et substitue à l'instinct de vengeance la nécessité de justice. Le talion représente donc un adoucissement des mœurs. Il est encore tempéré ici, par l'intervention

²⁶¹ Cor. VI, 164.

²⁶² Cor. II, 177. Léon Bercher, Leon Bercher, *Les délits et les peines de droit commun prévu par le Coran*, thèse, Tunis, 1926. p. 3, fait la remarque suivante : « Le texte sacré dit : « Le talion en matière d'homicide, *fil al-qatlā*, mot à mot, pour les tués ». Cet auteur considère la traduction de *Kazimirski* d'inexact. Rien ne permet dans le texte, dit-il, de préciser ainsi le genre d'homicide visé. Rappelons que *Kazimirski* traduit, le terme coranique *qatlā*, par meurtre. *Muḥammad Ḥamīdullāh*, à l'instar de *Bercher*, traduit *qatlā*, par les tués.

du pardon de l'offensé et d'un dédommagement par le coupable. »²⁶³. Le Coran précise que le *qiṣâs* a été instauré en guise d'allègement : « C'est là un allègement édicté par votre Seigneur, une miséricorde. Quiconque outre passe après ces dispositions-là, court à un douloureux châtement.»²⁶⁴. Cette divinité est, déjà, intervenue pour prescrire elle-même le *qiṣâs*. Donc, au dessus des intérêts particuliers, il y a l'idée d'une puissance supérieure qui s'intéresse et contribue, pour ainsi dire, au fonctionnement de l'institution. Cette puissance, qui ne se manifeste encore que dans l'ordre théorique, va intervenir pratiquement. Ainsi, la communauté, non seulement a intérêt à l'exercice du *qiṣâs* par le *wâli*, mais encore elle doit fournir à ce *wâli* dans la poursuite du coupable, aide et assistance ; au besoin, elle devra le remplacer. La société contribue ainsi, au *qiṣâs*, en attendant que le pouvoir social qui en émanera se charge exclusivement de ce *qiṣâs* en le transformant en peine publique. D'autre part, *Muḥammad*, devenu chef d'Etat temporel, chef incontesté, est appelé souvent à intervenir dans les litiges. Il devient un juge auquel recourent volontiers les fidèles. Et notamment dans les questions de vengeance et de composition. Il ne se contentera pas de prononcer des sentences ; il fera procéder à leur exécution.

L'originalité coranique en matière d'homicide réside au niveau de la procédure criminelle. Le juge ne prononcera sa sentence que lorsqu'il aura vérifié au préalable l'intention qui avait précédé à la commission de l'acte criminel. Le Coran attache un soin particulier à l'intention qui motive le

²⁶³ *Muḥammad Ḥamīduallāh*, à la marge de son tafsīr du verset 179 de la sourate II, dans la traduction de cet auteur, il s'agit du verset, 178. *Le Saint Coran*.

²⁶⁴ Kazimirski dit, en note, ceci: " Par le pouvoir, il faut entendre le droit d'exiger du meurtrier une satisfaction, c'est-à-dire, le prix du sang, - que kazimirski traduit par proche- et non seulement le droit d'exiger une satisfaction pécuniaire, mais aussi et principalement le droit de poursuivre la vengeance. En tous cas, le mot pouvoir n'est pas très approprié. Le terme allemand *Vollmacht*, rend, peut être, mieux la notion de *sultān*. Dans le cas particulier du verset, le pouvoir nous paraît même signifier seulement le pouvoir de tuer le coupable, puisque le verset ajoute immédiatement : « Qu'il, le vengeur, n'abuse pas en tuant. ». Emile Tyan. *Responsabilité Délit*. Op. cit. p. 53.

meurtrier avant l'exécution de son acte. Dans ses prédications purement religieuses, cet élément le préoccupe. Il se refusait à ne regarder que la matière même de l'acte. Cet acte doit être commandé par l'intention qui l'a animé, et sa valeur doit se mesurer à la valeur de cette intention. Le Coran regarde expressément l'intention dans laquelle les œuvres sont accomplies comme le critérium de leur valeur religieuse : « La piété ne consiste pas à tourner votre tête du levant au couchant. Mais la piété consiste à croire en Dieu, au Jour dernier, aux anges, à l'Écrit, aux prophètes, à donner de son bien, pour attaché qu'on y soit, aux proches, aux orphelins, aux miséreux, aux enfants du chemin, aux mendiants, et pour (l'affranchissement) de nuques (esclaves), à accomplir la prière, à acquitter la purification, à remplir les pactes une fois conclus, à prendre patience dans la souffrance et l'adversité au moment du malheur : ceux-là sont les véridiques, ce sont eux qui se prémunissent. »²⁶⁵. Le Coran attache la plus grande importance à l'intention pieuse qui accompagne le culte : « Ne parviendront (en effet) à Dieu ni leur viande ni leur sang. Ce qui Lui parvient, c'est que vous vous prémunissiez... »²⁶⁶. Le plus grand prix est attaché à l'*Ihlâs*²⁶⁷, pureté sans tâche, au *Taqwat al-qulûb*, piété des cœurs, *qalb salîm*, cœur intègre²⁶⁸.

Dans le cas de l'homicide, le Coran fait une distinction nette entre le meurtre commis intentionnellement et le meurtre non intentionnel.

- « Il n'appartient pas à un croyant de tuer un croyant sauf c'est involontairement... »²⁶⁹

- « Quiconque tue un croyant intentionnellement, sa rétribution sera la

²⁶⁵ Cor. XI, 172.

²⁶⁶ Cor. XXII, 37.

²⁶⁷ Cor. XL, 14.

²⁶⁸ Cor. XXVI, 89.

²⁶⁹ Cor. IV, 92.

Géhenne, où il sera éternel. Dieu l'a en grande colère, le maudit et lui ménage un châtement terrible... »²⁷⁰.

La conception musulmane de la peine en matière d'homicide pour meurtre ou blessure est claire. Les ayants droit ne peuvent porter le droit de vengeance, *qişâş* ou talion, à une autre personne outre que celle du meurtrier. Ce droit cruel n'est en réalité que l'une des possibilités offerte au préposé du sang dans sa quête de réparation. Il appartient, cependant, à ce dernier d'abandonner ce droit au profit d'une compensation pécuniaire, *diyya*. Rappelons, juste, que le *qişâş* ne peut être exercé que :

- Si l'homicide a été commis avec l'intention de donner la mort, les juristes déduisent que, seules, les personnes en pleine possession de leurs facultés intellectuelles sont passibles du talion, puisque, seules, elles peuvent avoir une intention non viciée et complète.
- Les mineurs et les déments ne peuvent donc se voir appliquer le *qişâş*.
- Une autre conséquence du principe du *qişâş* est que celui qui tue en état de contrainte est exonéré du *qişâş*. La contrainte peut être physique ou simplement morale, telle que celle résultant de menace. Le violenté n'est plus, suivant l'expression des jurisconsultes, q'un instrument entre les mains de l'auteur de la violence²⁷¹.
- En second lieu, l'acte qui doit motiver le *qişâş* ne doit pas avoir été exercé justement. Ainsi, est juste tout acte qui constitue l'exercice d'un droit. Celui, par exemple, qui tue pour exercer son droit au

²⁷⁰ Cor. IV, 93.

²⁷¹ Al-Sarâhsî, *Mabsûr*, XXVI, 86, cité par Emile Tyan, *Responsabilité délict*. Op. cit. 85

talion n'encourt aucune responsabilité. Le Coran, d'ailleurs, l'avait dit en termes formels²⁷².

- Est légitime, et, par conséquent juste, tout meurtre ou toute lésion que l'on cause en état de légitime défense. Ainsi, un homme tue un autre qui se précipitait sur lui, armé d'un poignard.
- Les juristes se montrent assez larges pour admettre le cas de légitime défense. Ils admettent, par exemple, que le propriétaire qui tue le voleur pris en flagrant délit n'est pas passible du *qisâs*. Même solution pour le mari ou le maître qui surprend son épouse ou son esclave en flagrant délit d'adultère.

La pratique de la vengeance privée ne pouvait, en effet, coexister avec la forte cohésion, l'ordre et l'unité que le Prophète voulait imposer aux tribus arabes. Le principe de la proportionnalité visait à rétablir ce déséquilibre social, notamment en matière de réparation. Au regard de l'Islam, le meurtre ne repose pas simplement sur une considération matérielle du corps privé de vie ou blessé, mais on lui donne une dimension aux conséquences plus importantes. Le meurtre d'un humain devient une atteinte à l'humanité entière. Le Coran dit : « C'est pourquoi Nous édictâmes, à l'intention des Fils d'Israël, que tuer une âme non coupable du meurtre d'une autre âme ou de dégât sur la terre, c'est comme d'avoir tué l'humanité entière ; et que faire vivre une âme c'est comme de faire vivre l'humanité entière... »²⁷³.

b – le principe de la diyya.

La pratique du *ta'r* était trop profondément ancrée dans les mœurs arabes pour qu'il fût possible d'en faire table rase dans la loi nouvelle. Une première

²⁷² Cor. V, 32.

²⁷³ Cor. V,32.

réglementation fut-elle d'abord établie, limitant la vengeance à une stricte égalité avec la lésion initiale, mais qui ne pouvait s'appliquer qu'en cas d'homicide intentionnel, suivant en cela, l'accord unanime des juristes musulmans. *Emile Tyan* fait constater qu' : « il ne faut pas s'attendre à voir *Muhammad* marquer une nouvelle étape décisive en passant franchement à un régime général de compositions légales et forcées. Il commence par présenter l'acceptation d'une *diyya*, à la place du *qişâş*, comme une chose agréable à Dieu. Et lorsque sa puissance se sera affermie, lorsqu'il sentira son autorité devenir indiscutée, il fera la distinction entre l'homicide intentionnel et l'homicide non intentionnel, pour imposer dans ce dernier cas une composition obligatoire. *Abû Bakr Al-Râzî*, dans son commentaire du Coran, donne une note à propos de la *diyya* où il explique ceci : « Alors que les Juifs, nous dit-il exigeaient le talion seulement pour l'homicide, et que les chrétiens n'admettaient que le pardon, les Arabes exigeaient tantôt le talion, tantôt la *diyya*, mais ils commettaient des abus dans l'application de ce double principe. Quand un homicide avait eu lieu entre deux tribus dont l'une était plus noble que l'autre, celle-ci jurait de mettre à mort pour un de ses esclaves tué par un membre de l'autre, un homme libre de cette dernière ; pour une femme un homme, et pour un homme libre deux hommes libres de la tribu du meurtrier. Ils allaient même parfois plus loin et l'on rapporte qu'un individu ayant tué un homme appartenant à un clan noble, les parents du meurtrier se réunirent chez le père de la victime et lui demandèrent ce qu'il exigeait.- Je veux, dit le père, l'une des trois choses suivantes : ou que vous ressuscitiez mon fils, ou que vous remplissiez ma maison des étoiles du ciel, ou que vous livriez tous les membres de votre tribu pour que je les mette à mort ; et encore ne m'estimerai-je pas satisfait !- Des abus analogues avaient lieu pour les compositions pécuniaires : pour le noble ils exigeaient parfois le double de la

diyya de l'homme d'humble condition. »²⁷⁴. Le Coran quant à lui, dit *al-Râzî*, institue, aussi bien le droit du talion, l'acceptation de la *diyya* au détriment du talion et enfin le pardon purement et simplement²⁷⁵.

La *diyya* ou composition légale qui impliquait chez les Arabes préislamiques l'idée de la peine ou amende infligée à l'encontre des contrevenants, l'Islam l'avait transformé en procédé expiatoire. Les juristes tiendront compte dans l'appréciation du montant à allouer en cas de perte d'un membre ou d'un organe, à l'utilité de cet organe²⁷⁶. Ce principe de substituer l'idée de réparation à celle de la peine apparaît chez les jurisconsultes lorsqu'ils décident que le montant à verser pour une offense subie se mesure à la réalité du préjudice subi, le nombre de ses auteurs restant indifférent. Ceci n'était pas le cas dans les coutumes primitives où l'idée de peine est prédominante. L'offensé tient à causer la même offense qu'il a subie à toutes les personnes qui lui en ont fait subir une, et lorsqu'il se contente d'une satisfaction pécuniaire, c'est chacune de ces personnes exposées à sa vengeance qui doit se racheter, comme si elle était l'unique agresseur. Or chez les juristes musulmans, il est retenu que : « La *diyya* ne se multiplie pas avec la multiplication des meurtriers. »²⁷⁷. Tandis que dans le cas du *qisâs*, en cas de pluralité d'auteurs d'un même délit, chacun d'eux sera passible de ce *qisâs*. D'autre part, lorsque le principe de non-cumul sera admis pour le *qisâs*, les compositions seront toujours dues pour le nombre de délits commis²⁷⁸.

Si l'Islam avait maintenu l'équivalence dans un cas d'homicide

²⁷⁴ Léon Bercher, op. cit. p. 130

²⁷⁵ Ibid. p. 130.

²⁷⁶ Ibid. p. 130.

²⁷⁷ Sarāḥsī, *al-mabsūt*, op. cit. XXVI, 169.

²⁷⁸ L'étendue de la matière de la *diyya* et des compositions peut constituer à elle seule un travail de recherche. Nous renvoyons le lecteur à consulter le travail d'Emile Tyan à ce sujet. *Responsabilité délictuelle*, les références sont citées plus haut.

intentionnel, la composition reste purement volontaire. La *diyya* n'est pas considérée dans ce cas comme l'équivalence du meurtre puisque le châtement du meurtrier est l'enfer, selon le verset suivant : « Quiconque tue un croyant intentionnellement, sa rétribution sera la Géhenne, où il sera éternel. »²⁷⁹. La *diyya* devient, cependant, forcée en cas d'homicide non intentionnel. En Islam, la *diyya* revêt, avant, tout un caractère religieux, une recommandation divine. Celle-ci est considérée comme une faveur de sa miséricorde envers les croyants. Cette faveur doit être vue comme un adoucissement et non pas comme une contrainte.

Une innovation de la législation coranique en matière d'homicide c'est que l'homicide non intentionnel d'un infidèle allié à l'Islam emporte l'obligation à la *diyya*. L'expiation religieuse, à savoir l'affranchissement d'un esclave, pour l'homicide non intentionnel d'un musulman qui fait partie d'un groupe d'ennemis de l'Islam. Pour ce dernier cas les jurisconsultes musulmans s'appuient sur le traitement qu'avait accordé le Prophète à une affaire de meurtre que nous citerons ici, pour en déduire la règle: « *Al-Hâriṭ Ibn Yazîd al-Gâmidî*, qui faisait partie des *Banû 'Âmîr Ibn Lu'ayy*, fraction des *qurayšites* ennemis du Prophète, s'était secrètement converti à l'Islam. Comme il se disposait à émigrer pour retrouver le Prophète, *'Ayyaş Ibn Abî Rabî'a* le rencontra à *al-Ḥarra* et le tua à coups de sabre. Il vint rendre compte de ce fait au Prophète à qui ces versets furent alors révélés ; le Prophète, après les avoir récités, s'adressant à *'Ayyaş*, lui dit : « Va et affranchis un esclave. »²⁸⁰.

L'obligation de payer le prix du sang ou la *diyya* naît donc de l'homicide non intentionnel, de l'homicide quasi-intentionnel, de l'homicide intentionnel dans certains cas. Elle naît encore de l'homicide dit médiat ou indirect. La non

²⁷⁹ Cor. IV, 93.

²⁸⁰ Ibn Kaṭīr, *Tafsīr*, I. p. 512.

intention peut résulter de l'erreur. Les juristes musulmans en conçoivent deux sortes : celle de l'homme qui, voulant atteindre un polythéiste ou un oiseau, atteint un musulman : c'est l'erreur matérielle ; et celle du musulman qui vise un individu parce qu'il le croit polythéiste à cause de certaines signes extérieurs : le costume, le groupe d'infidèles au milieu duquel il se trouve, par exemple. C'est l'erreur intellectuelle. La non intention, quand elle naît de ces deux sortes d'erreurs, doit être prouvée suivant la procédure civile musulmane, comme nous verrons plus loin. Mais la non intention ne naît pas que de l'erreur, il y a encore non intention, toutes les fois que la présomption inverse n'existe pas. Chez les malikites, il s'agit de tous les cas d'homicide qui n'y pourront être assimilés, devront donc être considérés comme non intentionnels. Ces présomptions s'attachent généralement à la nature des instruments et des moyens de mort employés par le délinquant. Les *hanafites* pour restreindre le nombre de cas où le talion est applicable et éviter les effusions de sang, ont admis, avons-nous dit, une catégorie intermédiaire entre l'intention et la non intention, en cas d'homicide. Cette catégorie est connue sous le nom de la quasi-intention, *šibh al-'amd*.

Le montant prévu dans un cas de meurtre non intentionnel diffère en fonction de la nature juridique de l'homicide, la qualité de la victime et chez certaines Ecoles selon le lieu où il a été commis. La *diyya* peut consister en camelin, en monnaie d'or ou d'argent, et, selon certains docteurs, en autres valeurs, telles que des vêtements, des moutons ou de bœufs. Elle représente une valeur plus élevée et est dite du tarif maximum, *diyya muğallaḍa*, lorsque l'homicide est intentionnel ou quasi-intentionnel ou, selon certains docteurs, lorsqu'il est commis sur le territoire sacré de la Mecque, ou sur des parents au degré prohibé, ou durant les mois sacrés. Elle ne représente qu'une fraction du tarif ordinaire pour homicide du musulman libre, lorsque la victime est esclave,

elle est tarifée sur la base de sa valeur d'estimation.

1- La diyya en or ou en argent.

La *diyya* peut être acquittée selon certains juristes qu'en camélidés, aux dinars et aux dirhams. La raison de cela c'est que la *diyya* étant l'indemnité de la vie, il est logique qu'elle soit évaluée en dirhams ou dinars, comme la généralité des dommages et pertes. L'évaluation de camélidés est une exception qui se justifie par une tradition du Prophète. Deux opinions divergentes existent sur la question : selon celle qui avait cours en Irak, il se ralliait à l'opinion de *Mâlik Ibn Anâs* ; mais d'après celle qu'on enseignait en Egypte, la seule valeur due en matière de *diyya*, c'était des camélidés ; sans doute, le paiement en or ou en argent était admissible, mais les sommes ainsi payées devaient représenter la valeur des camélidés au moment du paiement : c'est-à-dire que la *diyya* en or et en argent n'avait pas de tarification fixe.

- *Al-Šâfi'î* raisonne au sujet de la tarification due dans un cas de meurtre comme suit : Si *'Umar* a décidé que la *diyya* serait de 1000 dinars pour les gens de l'or et de 12000 dirhams pour les gens de l'argent, c'est parce que ces sommes représentaient alors la valeur de cent camelin en or et en argent. Il s'appuie sur une tradition de *'Amr Ibn Šu'ayb* d'après son grand-père, et selon laquelle ce dernier aurait dit : « La *diyya*, au temps du Prophète, était de 8000 dirhams. Il en fut ainsi jusqu'au califat de *'Umar*, qui dit un jour dans une allocution : « Les chameaux ont renchéri ». Et il détermina la *diyya* pour les gens de l'argent à 12000 dirhams, pour les gens de l'or à 1000 dinars, pour les gens de bovins à 200 bovins, pour les gens d'ovins à 200 ovins et pour les gens de costumes à 200 costumes. Autrement dit, selon *Al-Šâfi'î*, si les chameaux manquent, on devra rechercher un équivalent qui variera selon le temps et le lieu. Le plus facile à trouver sera généralement l'or ou l'argent.

2- La diyya en camélidés.

La *diyya* en camélidés est estimée selon la tradition de cent chameaux de cinq âges différents. Il importait, en « effet, de ne pas laisser aux débiteurs le choix du chameaux à payer, la valeur des camélidés étant très variable selon l'âge et le sexe des animaux. Cette division par cinquième a son fondement juridique dans un *ḥadīth* de 'Abd Allāh Ibn Mas'ūd attribuant au Prophète la division en cinq portions. Pourtant, il est constant que la division en quatre portions, en cas de non intention, fut également pratiquée, notamment par 'Alī, et adoptée par d'anciens docteurs, comme *al-Ša'bī*, *al-Nahā'ī* et *al-Ḥassan al-Baṣrī*.

- La réparation en quatre portions :

- 25 <i>ḡaz3â</i> ou chamelles dans leurs cinquièmes années.
--

- 25 <i>ḥiqqa</i> ou chamelles dans leur quatrième année.

- 25 <i>bint labûn</i> ou chamelles dans leur troisième année.
--

- 25 <i>bint maḥâḍ</i> ou chamelles dans leur deuxième année.

- La réparation en cinq portions.

Les tenants de la réparation en cinq portions, les malikites et les *ḥanafites* ne sont pas d'accord sur les âges à assigner à chaque portion.
Les *Malikites* exigent :

- 20 chameles dans leur deuxième année, *banât mahâd*.
- 20 chameaux dans leur troisième année, *banû labûn*.
- 20 chameles dans leur quatrième année, *ḥiqqa*.
- 20 chameles dans leur cinquième année, *ğaz 'a*.

C'est également la solution adoptée par *Šafi'î*. Les *Ḥanafites* n'exigent pas de chameaux mâles dans leur troisième année, *banû mahâd*, ce qui, évidemment, rend la *diyya* plus légère.

L'explication de cette divergence est dans l'existence de deux *ḥadith* adoptant l'une et l'autre répartition. Chaque école a choisi celui qui paraissait le plus authentique, ou plutôt celui qui cadrerait le mieux avec son esprit.

Nous avons vu de ce qui a précédé que les différentes catégories de lésions ou de meurtre sont soumises au paiement de la *diyya*, à l'exception d'une seule, soit les actes intentionnels ou *'amd*. D'autre part, l'exercice de la vengeance peut lui-même s'avérer impossible, par suite de la mort du coupable ou de quelque autre circonstance, par exemple lorsque le meurtrier est le père de la victime. A ce dernier cas la tradition prévoit une *diyya* similaire à la *diyya* de la non-intention.

- la *diyya* de l'homicide intentionnel.

Pour les *mâlikites*, la *diyya* de l'homicide se divise en quatre portions :

- 20 chameles, *bint mahâd*.
- 25 chameles *bint labûn*.

- 25 chammelles *ḥiqqa*.

- 25 chammelles *ğaz‘a*.

C‘était l‘opinion des Compagnons *Ibn Šihâb* et *Rabî‘a*.

Pour les *šafi‘ites*, la *diyya* de l‘homicide intentionnel est en trois portions :

- 30 chammelles *ḥiqqa*.

30 chammelles *ğaz‘a*.

40 *ḥalifa* ou chammelles pleines.

Cette opinion est rapportée par la tradition comme ayant été adoptée par ‘*Umar* et *Zayd Ibn Tâbit*. C‘est, d‘ailleurs, chez les *šafi‘ites*, le seul tarif de la *diyya* aggravée, *muğallaḏa*.

- La *diyya* pour homicide quasi-intentionnel

D‘après une tradition rapportée de ‘*Abd Allâh Ibn Mas‘ûd*, la *diyya*, en cas de quasi-intention, doit être divisée en quatre fractions et non en cinq.

- 25 *bint maḥâd*.

- 25 *bint labûn*.

- 25 *ḥiqq*.

- 25 *ğa‘a*.

Ce sont toujours cent chammelles, mais la répartition en quatre fractions, selon les âges des animaux, aggrave la dette des débiteurs.

D‘autres traditions rapportées de ‘*Alî*, de ‘*Umar* et d‘*Abû Mûssâ* adoptent en

ce cas une division tripartite :

30 Chamelles *hiqqa*,
30, Chamelles *ğaz 'a*,
40 Chamelles *tinya*, dans la sixième année et *bâzil*, dans la huitième ou neuvième année, toutes les quarante étant pleines ;

Ou encore

30 Chamelles *bint labûn*.
30 Chamelles *hiqqa*.
et 40 chamelles *ğaz 'a* pleines.

Ou encore

33 Chamelles *hiqqa*.
33 Chamelles *ğaz 'a*.
43 Chamelles *tinya* ou *bazil*, toutes pleines.

Ou encore

30 Chamelles *hiqqa*.
30 Chamelles *ğaz 'a*.
40 Chamelles *ħalifa* ou chamelles pleines de tout âge.

Il faut noter, cependant, que ni le *qişâş* ni la composition légale ne représentent, en matière de meurtre volontaire, une équivalence de l'âme décédée. Le *qişâş* constitue, dans le cas du meurtre *'amd*, une sanction exceptionnelle dont le but est de nature à apporter l'apaisement au ressentiment du vengeur, mais ne peut être considéré comme un équivalent du meurtre. Une destruction ne peut être équivalente à une autre

destruction. Sanction exceptionnelle, le *qiṣâṣ*, lorsqu'il n'est point applicable, doit céder le pas à la sanction normale, équivalent à la valeur endommagée, soit le paiement de la *diyya*. Cette solution s'applique même au cas où le vengeur pardonne au coupable.

Pour le cas du pardon, *al-'afw*, selon *al-Sâfi'î* dans son *Kitâb al-Umm*²⁸¹ porte sur le *qiṣâṣ* et non pas sur la *diyya*. Tout autre est la position adoptée, à la fois, par les *ḥanafites* et les *mâlikites*. La sanction du meurtre intentionnel ou *'amd* ayant été précisée par le verset 93 de la sourate IV comme étant le talion, rien n'autorise, lorsque cette sanction devient inapplicable, par exemple, par suite de la mort du coupable, à lui en substituer un autre, telle que le paiement de la *diyya*. Toutefois le même verset coranique ayant ouvert le champ à la transaction, le *wâlî al-dam*, pourra exiger du coupable le paiement de la *diyya* en échange de son renoncement au talion. Cette composition, indépendante des prescriptions légales, n'est pas liée à un montant déterminé ; mais pour être valable, la transaction qui lui donne naissance doit intervenir pendant que l'exercice du *qiṣâṣ* est encore possible. Si cette sanction s'avère inapplicable, par exemple à la suite de la mort du coupable ou du pardon inconditionné du vengeur, le délit perd définitivement toute sanction. D'autre part, s'agissant de transaction, celle-ci doit recueillir l'adhésion du coupable : dans le cas, pourtant absurde, où celui-ci préfère se soumettre à l'exercice du talion, le *wâlî* ne peut lui imposer, en échange, le paiement d'une quelconque composition.

Notons que dans le droit musulman, telle qu'il a été formulé à ses débuts, l'action pénale demeure, en principe, une action privée qui appartient à la victime ou à ses héritiers. Deux conséquences importantes découlent de cette idée : la première est que le juge ne peut, quelle que soit la gravité de

²⁸¹ op. cit, p. 78.

l'infraction, appliquer une peine sans la poursuite de l'offensé ; la seconde conséquence est que la partie lésée peut arrêter l'application de la peine en faisant remise de cette peine, par exemple en acceptant la *diyya*. La peine est considérée ici comme un droit de propriété.

Troisième chapitre. L'organisation de la fonction judiciaire musulmane et son évolution à partir des Umayyades.

Nous avons noté, plus haut, que le Prophète fut institué par le Coran en qualité de juge de tous les membres de sa communauté. Les articles de la constitution de *Médine* lui reconnaissent expressément le pouvoir de juger les différends entre les litigants. A cette époque la justice constituait une charge indissociable des autres charges de L'Etat. Lorsque des personnes étaient désignées par le Prophète en tant que juge, ce fut généralement en vertu du principe de délégation représentation. *Watt* dit que : « Les hommes qu'il envoie pour remplir telle ou telle mission ne sont pas les fonctionnaires d'une administration impersonnelle, mais les agents de *Muhammad* : ils font ce que lui-même est habilité à faire, ou encore ce que son influence personnelle lui permet de faire. Sans doute ces délégués du Prophète agissaient-ils plutôt par persuasion que par coercition. »²⁸². Ces délégués, lorsqu'ils étaient désignés à la charge de la judicature, ils occupèrent, généralement cette fonction que concurremment à d'autres charges à caractère religieux, comme l'enseignement des dispositions de la foi ou la perception de l'impôt du quint, *zakât*. Une tradition qui fait autorité en matière judiciaire en Islam, nous confirme dans cette idée. Celle-ci dit : « Lorsque le Prophète avait envoyé *Mu'ad Ibn Ğabal*, au *Yémen*, pour enseigner les dispositions de la foi et pour juger, *liyaqdiyya...* »²⁸³. Cette tradition précise bien que *Mu'ad* a été envoyé au *Yémen* en qualité d'instructeur de la religion et conjointement à ceci, pour juger entre les gens. Dans la version rapportée par *al-Mawardî*, *Mu'ad Ibn Ğabal* était envoyé au *Yémen* en qualité de gouverneur. Cela suppose que la charge de la judicature ne fût pas encore indépendante des autres charges de l'Etat. *'Alî Ibn Abî Tâlib* fut également envoyé par le Prophète au *Yémen*,

²⁸² Watt, *Mahomet à Médine*, op. cit. p. 287-288.

²⁸³ Al-Mawardî, op. cit. p. 109, 110.

aussi bien pour percevoir la *Zakât* que pour juger les différends entre les litigants²⁸⁴. En effet, ce caractère polyvalent de la fonction du juge musulman du premier temps de l’Islam, restera la règle dans toute l’histoire de l’organisation judiciaire musulmane. Dans certains pays musulmans de nos jours, le *qâdî*, le magistrat judiciaire, reste l’organe vers lequel on se réfère, aussi, pour attester le début et la fin du jeûne du mois du *ramadan*. L’activité judiciaire du temps du Prophète continuait à être la règle, après lui. Les califes, et leurs gouverneurs continuaient à assumer cette charge. « *Abû Bakr*, premier successeur de *Muḥammad*, après avoir reçu le serment d’allégeance de ses compagnons, leur fait la déclaration suivante : « Me voici chargé du soin de vous gouverner. Si je fais bien aidez-moi ; si je fais mal, redressez-moi. Dire la vérité au dépositaire du pouvoir est un acte de zèle et de dévouement ; la lui cacher est une trahison. Devant moi, l’homme faible et l’homme puissant sont égaux ; je veux rendre à tous une justice impartiale. Si jamais je m’écarte des lois de Dieu et de son Prophète, je cesserai d’avoir droit à votre obéissance.»²⁸⁵. Le second calife *‘Umar* aurait prononcé des paroles analogues : « Ô vous qui m’écoutez, sachez bien qu’il n’y aura jamais d’homme plus puissant à mes yeux que le plus faible d’entre vous, lorsqu’il aura pour lui la justice, et que jamais homme ne me paraîtra plus faible que le plus puissant parmi vous, s’il élève des prétentions injustes. »²⁸⁶.

Sur le règne de *‘Umar*, les ouvrages de traditions ne tarissent pas d’anecdotes mettant en exergue son rôle considérable dans l’organisation de la justice et de la procédure. *‘Umar*, dit-on, fut le premier à consacrer au *qaḍâ’* des magistrats judiciaires. Il aurait écrit une épître sur la judicature,

²⁸⁴ Ibid. p. 111.

²⁸⁵ Gustave Lebon. Op. cit. p. 115

²⁸⁶ Ibid. p. 122.

risâlat 'Umar fi al-qaḍâ' laquelle stipule ce qui suit : « La fonction de *qâḍî* est un devoir religieux précis et une tradition qu'il faut suivre. Ecoute bien les dépositions qui sont faites devant toi, car il est inutile d'examiner une requête qui n'est pas valide. Tu dois traiter sur le même pied ceux qui comparaissent à ton tribunal et devant ta conscience, de sorte que le puissant ne puisse compter sur ta partialité, ni le faible désespérer de ta justice. Le plaignant doit fournir la preuve, *al-bayyina 'alâ man 'idda'a*, et le défendeur doit prêter serment, *wa al-yamîn 'alâ man ankara*. Le compromis, *ṣulḥ* est permis entre musulmans, mais non l'accord qui rendrait permis ce qui est défendu, ou défendu ce qui est permis. Si tu rends tel jugement hier et qu'aujourd'hui la réflexion t'ai fait changer justement d'avis, ton premier jugement ne doit pas t'empêcher de te rétracter : car la justice passe avant tout, et mieux vaut se rétracter que persévérer dans l'erreur. Réfléchis bien aux questions qui te troublent et auxquelles ne répondent ni le Coran ni la Tradition. Examine des cas analogues et évalue le problème par raisonnement analogique, *qiyyâs*. Si le demandeur n'apporte aucune preuve, donnes-lui un délai. S'il s'exécute en tant voulu, tu peux recevoir sa plainte ; sinon, tu peux le débouter. C'est la meilleure façon de dissiper les doutes. Tous les musulmans peuvent témoigner les uns contre les autres, sauf ceux qui ont subi des peines prévues par la loi religieuse, ceux qui ont été convaincus de faux témoignage et ceux qui sont l'objet de suspicion légitime, en raison de leur clientèle ou de leur parenté, avec des parties. Dieu pardonne quand des serments sont prononcés et remet, à plus tard, le châtiment quand la preuve est fournie. Ne cède pas à l'énervement, à la lassitude et à l'ennui devant les plaideurs. Dieu te récompensera d'avoir rendu la justice au tribunal et te donnera réputation. Adieu. »²⁸⁷. Fin de la lettre de 'Umar.

Cette épître est rapportée dans la *muqaddima* d'*Ibn Haldûn*, au chapitre

²⁸⁷ *Muqaddima*, op. cit. p. 342-343.

relatif aux fonctions religieuses du calife. Il paraît que ‘Umar l’aurait envoyé à son *qâdî*, *Abû Mûssa al-Aš‘arî*. L’examen de l’épître de ‘Umar avait fait l’objet de sévères critiques quant à son authenticité. ‘Umar ne semble pas avoir été l’autorité qui l’aurait écrite. Selon *Rosenthal*, d’après *Gottheil*, *Margoliouth* et *Santillana*, l’épître de ‘Umar serait apocryphe. Dans le même registre *Emile Tyan* justifie le caractère apocryphe de l’épître de ‘Umar par les arguments qui suivent : « Il peut donc paraître très étrange que jusqu’à la fin du II^e siècle de l’hégire, c’est-à-dire plus de cent cinquante ans après la mort du calife ‘Umar, aucun texte ne fasse mention de l’épître que la Tradition ultérieure lui attribue. »²⁸⁸. *Emile Tyan* ajoute que : « Si nous devons examiner maintenant les sources dans lesquelles, à partir du III^e siècle de l’hégire, se trouve rapporté l’épître, nous y relèverons de nouvelles raisons pour en rejeter l’authenticité. *Mubarrad*, qui avec *al-Ġâhiz* est le premier à citer le document, n’indique aucune référence, ne mentionne aucun *isnâd*, c’est-à-dire, le nom des personnes qui auraient transmis ce texte... Quant aux raisons de doute tirées du texte même du document, elles ne sont pas moins convaincantes. D’après les termes de l’épître, ‘Umar indique les trois sources desquelles le juge doit déduire les règles de ses sentences : le Coran, la *Sunna* et le *Qiyâs*. Or, nous savons que le travail de jurisprudence qui a abouti à la constitution de ces trois éléments, et en particulier, du *Qiyâs* ou analogie, comme source de législation et d’interprétation, n’a commencé à s’élaborer que vers la moitié du II^e siècle de l’hégire, avec les grands juristes précurseurs ou fondateurs des principaux rites ou *madhab*... »²⁸⁹. *Ibn Hâzî*, auteur du milieu du V^e siècle de l’hégire ne semble pas non plus admettre l’attribution de l’épître sur la judicature à ‘Umar. Celui-ci conteste, en des termes formels et même violents, cette attribution. « C’est une épître mensongère, attribuée illégalement à

²⁸⁸ *Histoire*, op. cit. p. 79.

²⁸⁹ *Ibid.* p. 80.

‘Umar. », dit-il dans sa *risâla fî ‘uṣûl al-fiqh*²⁹⁰, et il donne les raisons de cette opinion, en rejetant la valeur des *isnâd* sur lesquels se base le document.

Si nous devons nous souscrire, peut être à tort, à la critique concernant le caractère apocryphe de l’épître de ‘Umar, nous restons cependant, convaincu qu’au niveau de la procédure judiciaire, l’essentiel des règles annoncées dans l’épître de ‘Umar, étaient, d’ores et déjà, assimilées dans la justice musulmane des origines. Ce sont ces règles là, comme nous le verrons, qui régiront la procédure judiciaire musulmane des périodes ultérieures. L’évolution de la justice musulmane n’a pas vraiment affectée le contenu de la procédure. C’est au niveau du personnel de la justice que s’opèrera le changement. Ce changement devrait coïncider avec les diverses mutations qu’allait subir la société musulmane, à partir de la fin du VII^e siècle, sous les Umayyades (660-750).

3-1 Cadre historique de la société musulmane des Umayyades aux Mamlûk.

Ce chapitre sera consacré à l’étude du cadre socio-historique qui nous servira à apprécier l’évolution de l’institution du magistrat judiciaire musulman. Il sera question de passer en revue, la situation politique et sociale de la société arabo-musulmane, dès l’avènement des *Ummayyades* jusqu’à la fin du règne *Mamlûk*.

A-La période umayyade.

Les *Umayyades* ou les *Banû Umayya*, sont les descendants d’une famille mecquoise dont le personnage influent fut *Abû Sufyân*, à la fois homme sage des *Qurayšites* et fervent opposant de *Muḥammad*. Le règne des *Umayyades*, (660-750), sera considéré comme une rupture avec les

²⁹⁰ Cité par Emile Tyan dans *Histoire*. Ibid. p. 80.

valeurs de la communauté de Médine et le retour à une forme de tribalisme préislamique, où le lien de parenté était mis en exergue. L'accession de *Mu'awiyya* au califat en 660 marquait le triomphe du clan des *Banû Umayya* sur le parti des pro-*'Alides*. Mais elle marquait aussi le triomphe d'une politique, celle de l'habile gouverneur de Syrie qui avait adopté dans ce pays une attitude de compréhension à l'égard de ses habitants et de confrontation réaliste avec les problèmes posés par la domination de l'Islam sur des régions de vieille civilisation. Cette politique nouvelle, élargie aux dimensions de l'empire que le souverain *umayyade* était désormais appelé à régir, allait donner toute son originalité à la tentative poursuivie par lui-même et ses successeurs. Les oppositions furent néanmoins telles, dans un monde aussi profondément diversifié, et les difficultés s'accrurent si rapidement avec la constante évolution d'une société islamique non encore stabilisée que l'entreprise se solda par un échec final, renversement de la dynastie *umayyade* par la dynastie abbasside en 750. A *Mu'awiyya*, on reprochait le fait d'avoir instauré en Islam les fondements d'un pouvoir monarchique. Avant sa mort *Mu'awiyya* réussit à introduire dans l'Etat musulman, par le biais d'une prestation de serment anticipée à la personne de son fils *Yazîd* (680-683), un principe dynastique, bravant ainsi les principes de la *šûra*, le mode relatif à la désignation des califes par voie de la consultation, jusqu'alors en usage. Mais on leur reprochait également le fait d'avoir désigné, dans les postes sensibles de l'Empire, prioritairement des proches parents et des sympathisants. Ce dernier reproche a été signifié au troisième calife, *'Utmân*, 644-656, lui aussi issu du clan des *Banû Umayya*, et qui avait entraîné son assassinat. Mais en dehors de ses oppositions internes, le règne des *Umayyades* a été considéré comme étant l'aboutissement de tendances qui étaient intrinsèques à la communauté des Musulmans sous le Prophète.

L'avènement des Umayyades au pouvoir n'a pas tardé de donner un souffle nouveau à la notion de l'Etat. Les Umayyades dit *Joseph Schacht* : « représentaient la tendance organisatrice, centralisatrice et de plus en plus bureaucratique d'une administration ordonnée, par opposition à l'individualisme des bédouins et au mode de vie anarchique des Arabes. Les idéaux religieux de l'Islam et le gouvernement des Umayyades s'unirent pour créer un nouveau cadre pour la société musulmane arabe qui s'était indifféremment recrutée dans les tribus arabes et s'était étendue superficiellement sur les vastes territoires conquis. »²⁹¹. Les Umayyades, ajoute *Joseph Schacht* : « étaient loin d'être des fervents musulmans, mais ils n'étaient pas non plus les adversaires de l'Islam qu'ont souvent décrits certains historiens. Au contraire, ce furent les *Umayyades* et leurs gouverneurs qui développèrent un grand nombre des traits particuliers du culte et des rites islamiques dont ils n'avaient trouvé que des éléments rudimentaires »²⁹². Les *Umayyades* étaient intéressés par les questions d'organisation religieuse et de théologie dans la mesure où celles-ci avaient une incidence sur la loyauté du peuple envers eux-mêmes, c'est-à-dire sur la sécurité interne de l'Etat.

B- La période Abbasside 750-936, Naissance et déclin.

Sous les Abbassides, la société musulmane, déjà initiée par les Umayyades, ne faisait que s'élargir, en épousant de nouveaux territoires, de nouveaux modèles de gouvernement et de nouvelles populations d'origines ethniques diverses. Le modèle de la société embryonnaire de l'Etat de Médine devait se représenter aux esprits comme un lointain souvenir. Le gouvernement des Abbassides se compare désormais avec celui des grands empires qui l'ont précédé, byzantin et sassanide. Les Abbassides introduisirent au fur et mesure des cérémonies officielles d'apparat, à

²⁹¹ Ibid. p. 31.

²⁹² Ibid. p. 31.

l'image de ces deux empires.

Succédant aux Umayyades en l'an 750, l'accès au pouvoir des Abbassides ouvrit pour l'empire musulman une période nouvelle, où la puissance de l'Etat reposait avant tout sur l'éminente dignité d'un calife dont l'étroite parenté qui le rattachait au Prophète faisait de lui le candidat légitime pour représenter et défendre l'Islam et ses institutions. Les *Abbassides* se réclamaient d'*al-'Abbâs*, oncle de *Muḥammad*. Dès leur accession au pouvoir, les Abbassides cherchèrent à marquer la rupture avec les anciens maîtres de la Syrie, les *Umayyades*. Ils commencèrent par transférer la capitale de leur pouvoir vers la ville de *Kûfa* d'abord, puis à *Bagdad* et enfin à *Samarra*. Les califes abbassides intervinrent officiellement dans la définition du dogme et la condamnation des hérésies. Ils adoptèrent des noms évoquant la faveur divine dont ils se prétendaient gratifier. C'est ainsi qu'ils se nommèrent *al-Manṣûr*, celui qui reçoit le secours de Dieu ; *al-Mahdî*, celui que Dieu conduit ; *al-Rašid*, le bien dirigé par Dieu. Ils se mirent à s'approcher des hommes de religion et sollicitèrent leurs avis et leurs consultations. Contrairement aux *Umayyades* qui maintinrent les clients, *mawâlî*, à un rang inférieur, les *Abbassides* en firent les collaborateurs privilégiés. C'est ainsi qu'une grande famille, les *Barmakides*, fut nommés aux postes influents de l'empire, notamment comme chambellan ou vizirs. Parallèlement, les *Abbassides* avaient abandonné pratiquement l'ancien système de l'armée à prédominance arabe pour faire appel à des troupes composées de partisans, arabes ou non arabes , et, plus tard, de mercenaires.

Sur le plan du cérémonial par exemple, aussi bien que sur celui de l'organisation administrative, les Abbassides optèrent pour des formes et des pratiques qu'ils héritèrent des anciens empires, byzantins et sassanides. Directement héritée aussi de l'époque des conquêtes, la structure de l'empire musulman conservait de son côté cette hétérogénéité foncière que

les *Umayyades* n'avaient pas réussi à réduire et qui allait résister encore aux tentatives d'unification menées depuis la capitale *Bagdad*. Désormais, les querelles n'allaient plus se maintenir sur le plan tribal, comme fut le cas sous les *Umayyades*. Elles ne secoueraient plus que l'entourage du calife, sans entamer le prestige de la fonction souveraine. Mais l'absence d'une règle de succession précise imposant à l'avance le choix de l'héritier restait une cause de faiblesse pour le pouvoir.

Les prétentions des *Abbassides* à la légitimité, par lesquelles ils voulaient se différencier des *Umayyades*, s'étaient d'ailleurs heurtées à une vigoureuse résistance de la part des *'Alides*, des rivaux qui pouvaient se prévaloir de titres analogues aux leurs. La réaction des *Alides* à l'égard des nouveaux maîtres *abbassides* fut très violente. Ce fut sous le règne d'*al-Mansûr* que le mécontentement des *'Alides* se fait le plus sentir. Les descendants d'*al-Ḥassan*, fils de *'Alî*, qui n'avaient jamais tenté de s'agiter sous les *Umayyades*, se révoltèrent alors en Arabie d'abord, puis en Irak, obligeant le souverain à une répression qui le rangea désormais parmi les ennemis du *šî'isme*. Malgré les tentatives de réconciliation qu'avait entamées *al-Mahdî* vis-à-vis des *Šî'ite*, le règne d'*al-Hâdî* s'est distingué par sa sévérité à l'égard d'eux. Le quatrième calife *al-Hâdî*, dut revenir à une politique de force qui eut pour résultats le massacre de la bataille de *Fahh*, près de *Médine*, où trouvèrent la mort un groupe de prétendants. L'épisode creusa un fossé analogue, entre les *Abbassides* et *Alides*, à celui qu'avait creusé, entre les *Umayyades* et *'Alides*, l'épisode de *Karbalâ*²⁹³. Seules les divisions du *šî'isme*, évoluant et se ramifiant dans un climat de clandestinité, expliquent la consolidation d'un régime qui rencontrait autour

²⁹³ Palmeraie située à environ 100 Km au sud-ouest de Bagdad, à la limite du désert, où le petit-fils du Prophète, *al-Husayn*, trouva la mort en 680. La mémoire du calife *Yazīd*, tenu pour responsable de ce massacre, devait être dès lors honnie de tous les *Šî'ite*, tandis que les remords de bien des Irakiens, se sentant coupables de n'avoir pas défendu le petit-fils du Prophète après lui avoir offert leur soutien, les conduisaient à se heurter à leur tour aux forces officielles dans de nouvelles et plus importantes attaques à main armée.

de lui tant d'appétits divers, mais su profiter des difficultés de ses adversaires.

Un autre épisode qui marqua le règne des *Abbassides* et faillit mettre en déroute leur règne concerne les clients qui avaient jadis pris une part active aux efforts révolutionnaires en Iran et parmi lesquels les *Abbassides* avaient choisi leurs émissaires de confiance. Ces derniers peuplant la capitale de l'empire et se sentant désormais indispensable au fonctionnement de l'Etat, se mirent à constituer un milieu éminemment favorable à la propagation de doctrines plus ou moins étrangères à l'Islam. Certains d'entre eux, qui s'étaient convertis plus par opportunisme que par conviction personnelle, restaient en effet attachés à leurs précédentes croyances, notamment au manichéisme, ou imprégnés de l'orgueil de leur race et de leur culture. Leur refus d'adhérer à l'éthique de l'Islam et de collaborer à l'édification d'une culture arabo-islamique authentique commença d'inquiéter le troisième calife, *al-Mahdi*, qui dirigea contre les suspects, désignés sous l'appellation de *Zindiq*, une énergique répression. Ce fut là une des premières manifestations de l'effort que poursuivirent les *Abbassides* pour maintenir l'intégrité d'un patrimoine religieux dont ils se considéraient comme les dépositaires et sauvegarder la cohésion d'une société qui s'enrichissait d'apports extrêmement divers, mais dont ils voulaient renforcer l'attachement à l'Islam.

Ce processus de sécession désormais entamé au sein de l'empire allait s'accélérer dans les régions marginales de cet empire.

1 - Au Maghreb, les *Abbassides* ne parvinrent pas à réduire l'opposition vivace menée par les *Hariğites*. Seule l'*Ifriqiya*, Tunisie et le constantinois actuels, fut amenée à reconnaître de nouveau l'autorité de Bagdad. Plus à l'ouest, une semi anarchie régnait et ne fut que passagèrement transformée par la constitution, ici ou là, de petits royaumes appuyés sur le soutien local des tribus et libres de toute obédience envers le

souverain abbasside. Il y eut ainsi l'Etat des *Rustamides*, fondé en l'an 761 à *Tahert*, au sud de l'actuelle *Alger*, par *Ibn Rustam*, un ancien gouverneur de *Kairouan*, d'origine persane et de convictions *Hariğites*. Un peu plus tard, en 788, la région de *Volubilis* au Maroc fut choisie par un rebelle alide venu d'Orient pour abriter l'essor d'une nouvelle dynastie, celle des *Idrissides*, et c'est là que sous son successeur *Idrîs II* devait être fondée la ville de *Fès*.

2 - Ce phénomène de sécession des régions marginales de l'empire, particulièrement en Occident, était également perceptible en Orient où la mort en 754 d'*Abû Muslim al-Hurasânî*, le chef de la révolte contre les *Umayyades* à *Hurasân* et le soutien direct des *Abbassides* dans leur entreprise de la conquête du pouvoir contre les *Umayyades*, avait été suivie d'agitations prolongées. La révolte d'*Ibn al-Muqanna'* fut virulente. *Ibn al-Muqanna'* prétendit, pendant une dizaine d'années, être la dernière incarnation de l'essence divine qui s'était déjà manifestée chez des prophètes ou des guides antérieurs et il fit régner la terreur en Transoxiane contre les propriétaires musulmans. Son action fut brisée par les expéditions que mena le calife *al-Mahdî*, mais la longue rébellion qui s'était ainsi manifestée dans l'est iranien, les soulèvements moins importants qui s'étaient produits dans les régions encore mal islamisées du sud de la mer Caspienne démontraient la fragilité de l'emprise abbasside sur ces régions.

3 - Vers la fin du règne de *Hâdî*, mort en 786, petit-fils d'*al-Manşûr*, 754-775, le pouvoir abbasside réussit à maintenir son unité. Les difficultés antérieures à son règne n'empêchèrent pas *al-Hâdî* d'étendre son pouvoir sur de nouveaux territoires. Le mérite de ces nouveaux succès revient sans nul doute à deux souverains dont on ne peut passer sous silence les personnalités différentes, animées toutes deux par le souci de faire face aux problèmes que posait l'organisation de l'empire. Le premier, *al-Manşûr*,

avait été le véritable fondateur de la dynastie dont il défendit l'existence contre de multiples dangers, il parvint à exercer son métier de souverain avec intelligence et constance. Son fils *al-Mahdî*, 775-785, souverain frivole en apparence, ne manqua pas l'occasion d'intervenir avec toute la rigueur qui s'impose pour faire asseoir les fondements de son pouvoir et faire triompher les fondements de l'orthodoxie religieuse musulmane. « L'un et l'autre, dans une ambiance d'instabilité toute proche encore de celle qu'avaient connue les *Umayyades*, avaient ainsi posé les jalons de tout-puissant autocratie qui allait à la période suivante caractériser le pouvoir abbasside, quelles que fussent alors les querelles dynastiques et religieuses, les exigences de l'armée et les tentatives séparatistes. »²⁹⁴.

Après cet entracte de troubles, s'ensuivit la période de *Harûn al-Rašîd*. Le règne de celui-ci s'identifie souvent avec l'âge d'or de la civilisation islamique et dont les fastes se perpétueront dans les traditionnelles amplifications des poètes et des littératures. La cour souveraine résidant en Irak était alors le centre d'une vie éblouissante et prodigue où les dépenses de caractère somptuaire étaient à la mesure des richesses de l'empire et où l'excès de luxe comptait parmi les moyens choisis pour frapper l'imagination des sujets et leur inspirer le respect du pouvoir. Mais le règne de *Harûn al-Rašîd* fut également celui d'un grand essor intellectuel et scientifique. Cet essor qui, apparu au VIII siècle, s'est prolongé jusqu'à la fin du XI siècle et a touché tout les peuples de l'empire. La caractéristique de cette expansion intellectuelle, c'est que la langue arabe est désormais adoptée par tous les écrivains, penseurs, philosophes de l'empire, même par les non musulmans ; c'est là un des résultats de l'expansion militaire puis humaine, de l'assimilation des populations vaincues ; l'Islam y a joué un grand rôle, par l'accroissement du nombre des convertis et par le fait que la langue du Coran est devenue la langue commune à tous les sujets de

²⁹⁴ J et D. Sourdel, op. cit. p. 69.

l'empire : « il n'y a plus qu'une littérature d'expression arabe. »²⁹⁵.

b- Le morcellement de l'empire Abbasside.

La période d'effervescence intellectuelle et scientifique qu'avait connu, ce qui est communément appelé « l'âge d'or » musulman, n'a pas parvint à faire face à la virulence des d'insurrections qui finirent par la création, tant en Afrique du Nord qu'en Orient, d'émirats autonomes fondés sur des ethnies musulmanes non arabes. Mis à part la sécession de l'Espagne, qui remonte aux débuts de l'empire abbasside, dans une première phase ces émirats berbères, iraniens ou turcs ne visent pas à l'indépendance complète et reconnaissent l'autorité spirituelle du calife. Mais au X siècle, on assiste à un fractionnement du monde musulman :

- 1- En Afrique du Nord apparaît la dynastie des *Fatimides* qui, à la fin de ce siècle, s'établit en Egypte et en Syrie.
- 2- En Espagne, les Umayyades ont su constituer, au IX et, plus encore, au X siècle, un Etat brillant et homogène dont l'influence sur l'Europe occidentale a été grande. Ils continuent à affirmer hautement leur indépendance vis-à-vis de Bagdad, même si les relations commerciales sont intenses entre l'Espagne et le Proche-Orient.
- 3- Dans la partie orientale de l'empire, les gouverneurs *Abbassides*, puis les émirs ont fait appel à des mercenaires turcs, chassés de leurs terres de haute Asie par les Chinois et par les *Mongoles* ; ces mercenaires se convertissent peu à peu à l'Islam, jouent un rôle de plus en plus grand dans l'armée et l'administration des émirats ; finalement ils s'emparent du pouvoir et créent à leur tour des dynasties souveraines dont la plus remarquable a été celle des *Ġaznévides*, fondée en Afghanistan, à *Ġazna*, par un ancien esclave turc et dont la personnalité la plus brillante a été

²⁹⁵*Encyclopédea*. art. *Islam*, S.A. Paris, 1976., VIII, 141.

Maḥmūd, 999-1025. Ces *Ġaznévides* ont bientôt contrôlé toutes les provinces orientales de l'empire abbasside et sont passés en Inde où ils ont soumis le Panjab et le Cachemire ; la cour de *Ġazna* fut cependant, au début du XI siècle, un foyer de culture et de raffinement où ont brillé deux des hommes les plus célèbres de la pensée musulmane : *Firdūsî* et *al-Birûnî*.

- 4- A *Hurasân* et en Iran central, foyers autrefois de la révolte sous le califat d'*al-Mahdî*, apparurent des tribus turques d'Asie centrale. Ces derniers se mirent au service de différents souverains et émirs et, le cas échéant, prirent le pouvoir ou imposèrent leur autorité : tel fut le cas des Turcs *selġukides* qui, après avoir défait et rejeté vers l'est les *Ġaznévides* en l'an 1025, devinrent rapidement les maîtres de l'Iran et intervinrent à *Bagdad*, où ils se posèrent en défenseurs du calife abbasside face aux entreprises fatimides *si'ites* ; Ils furent désormais puissants dans l'Orient abbasside. Dans la partie orientale de l'empire, l'élément arabe ne gouverne presque plus. Ce phénomène ne connut qu'une exception, l'Égypte, où les souverains fatimides conservaient un caractère arabe prédominant, encore que, des Arméniens, convertis à l'Islam, jouaient auprès d'eux un rôle non négligeable.
- 5- En Afrique du Nord, après le départ des *Fatimides* pour l'Égypte, le pouvoir fut passé à des dynasties berbères. Peu avant le milieu du XI siècle, l'une de celles-ci, les *Zirides*, rompt avec les *Fatimides* et se place sous l'autorité du calife de Bagdad. La réponse des Fatimides fut violente : ce fut l'invasion hilâlienne. Deux cent mille Bédouins de haute Égypte, les *Banû Hilâl*, furent expédiés au Maghreb en l'an 1051-1052 ; ils triomphèrent sans peine des *Zirides*, envahissent le Maghreb

oriental, puis le Maghreb central. Une fois l'ordre établi, les *Zirides* se déclarèrent indépendant.

C- La dynastie des Umayyades d'Espagne.

A l'extrémité occidentale de l'empire abbasside, l'Espagne avait déjà servi de refuge à un survivant de la famille umayyade, échappé au massacre d'*Abû Futrus* en Palestine et aux divers guets-apens que lui tendit ensuite la police abbasside. Ce petit-fils du calife *Hišâm*, connu dans la suite sous le nom de '*Abd al-Rahmân* « l'immigré », trouva chez les Arabes de cette région quelques soutiens fidèles qui l'accueillirent en 755 et lui permirent de s'assurer bientôt la possession de Cordoue. Puis il a su, peu à peu, grâce à son habile et énergique politique personnelle, affermir l'indépendance de l'émirat umayyade qu'il avait fondé. En même temps, il organisait le territoire islamique de l'*Andalousie*, définitivement détaché, lorsqu'il mourut en 788, d'un Etat abbasside impuissant à le reconquérir.

Entre 756 et 962, sept émirs allaient se succéder en Espagne dont la tâche principale était de repousser le danger de la reconquista, la reconquête chrétienne de l'Espagne musulmane. Le successeur du dernier émir, '*Abd al-Rahmân* mort en l'an 912 fut son petit-fils '*Abd al-Rahmân III* lequel durant son long règne de cinquante années réussit à éteindre les révoltes des Andalous du sud, aristocrates arabes de Séville et lutta énergiquement contre la reconquista. En 928, '*Abd al-Rahmân III* changea son titre d'émir contre celui du calife et ce fut ainsi que Cordoue prit le nom de califat umayyade, dont le dernier calife fut *Hišâm III*, 1029-1031. Mais l'Etat de Cordoue rétrécissait à grande allure ; lorsque mourut *Hišâm III*, il avait diminué de moitié et toute la partie de la péninsule située au nord du *Tage*, y compris *Tolède*, était redevenue chrétienne. Par ailleurs, cet Espagne musulmane avait vu naître, un peu partout, des petits roitelets, *mulûk al-tawâ'if*, lesquels se proclamaient roi de leur petit territoire. Ces roitelets, dans la désunion faisait la faiblesse, furent des proies faciles pour les

entreprises de la reconquista au nord de la péninsule. L'avènement des *Almoravides* dans un premier temps et les *Almohades*, dans un second temps, avait mis fin à ces roitelets. *Yusûf Ibn Tâşfîn*, le chef des *Almoravides*, *Murabitûn*, détrôna les roitelets et annexa ce qui subsistait de l'Espagne musulmane à son empire amorcé au Maghreb. Les *Almoravides* cédèrent ensuite le pouvoir aux *Almohades* qui restèrent en Espagne de 1147 à 1248. A cette époque, les rois d'*Aragon*, de *Castille* et du Portugal avaient reconquis toute la péninsule à l'exception du royaume de *Grenade* soumis aux *Nasrides* qui tomba en 1492 entre les mains de la coalition du roi d'*Aragon* et d'*Isabelle de Castille*.

D- La dynastie des Fatimides.

La longévité des *Fatimides* au pouvoir estimée à trois siècles et le rayonnement culturel de cette dynastie fait d'elle la troisième grande dynastie musulmane après les *Umayyades* et les *Abbassides*. Fondée par un *Ši'ite isma'ilien*, *'Ubaydallâh*²⁹⁶, la dynastie fatimide s'établit d'abord à *Kairouan*, en 909 pour qu'ensuite elle transporte son centre d'action en *Egypte*, en 909. Les *Fatimides* prétendaient descendre de *Fâtîma*, la fille du Prophète et épouse de *'Alî*. Prétentions qui leur ont été contestée par les auteurs. A vrai dire, dit *Dominique Sourdel* : « L'authenticité des prétentions fatimides a toujours été discutée : elle le fut par les contemporains et par les chroniqueurs postérieurs, d'esprit sunnite ; elle l'a été par les savants modernes. Certains accusèrent très tôt *'Ubaydallâh* de n'avoir aucun lien de parenté avec les descendants de *Fâtîma*. On admet aujourd'hui communément qu'il était seulement le représentant visible de l'imâm caché des *Isma'iliens*²⁹⁷, représentant lié à son imâm par une

²⁹⁶ Ibn 'Idârî al-Murakusî, *Al-Bayân al-muğrib fî ahbâr al-Andalus wa al-mağrib*, Brill, Leiden, p. 208.

²⁹⁷ Le propre des duodécimains était d'admettre l'idée d'une disparition temporaire du dernier *imâm* dont le retour attendrait le triomphe de la vérité sur l'erreur et de la justice sur l'injustice. Cette tendance messianique était apparue très tôt, dès l'époque umayyade semble-t-il, dans la secte attachée au nom de *Muḥammad Ibn al-Ḥanafiyya*.

filiation spirituelle et qui, à ce titre, pense-t-on, a pu légitimement se présenter comme le *mahdî* attendu. »²⁹⁸.

Les *Fatimides* s'opposaient aux califes Abbassides qu'ils considéraient comme illégitime au pouvoir. A leurs yeux le pouvoir légitime appartenait aux descendants directs de *'Alî Ibn Abî Tâlib*.

Un fonctionnaire du calife nommé *Abû 'Abdallah al-Ši'î*, qui avait adhéré à l'*Isma'ilisme*, lors de l'accomplissement du pèlerinage en l'an 892, rencontra à la *Mecque* des pèlerins de la tribu berbère *Kutâma*, installé autour de *Sétif*, entre *Alger* et *Constantine*. En bon missionnaire qu'il fut, il tenta de les faire gagner à sa doctrine et proposa de les accompagner dans leur pays. A cette époque, l'*Algérie* et la *Tunisie* étaient sous contrôle des *Aglabides* dont l'émir était nommé par le calife de Bagdad. *Abû 'Abdallah* parvint avec le soutien des tribus gagnées à sa cause de chasser les *Aglabides* de leur capitale en l'an 909 et proclama *'Ubaydallâh* calife, *Amîr al-Mu'minîn*, prince des Croyants. Ayant des visées sur tout l'espace musulman, les *Fatimides* tentèrent à plusieurs reprises, 913, 919, 925, de s'implanter en Egypte.

Les *Fatimides* eurent depuis le début l'intention de renouveler à leur profit la révolution de 750 et d'asseoir à leur tour l'autorité de leurs membres sur les résultats d'une propagande subversive, comme nous l'avons noté. « Il s'agissait en effet dans ce cas, non d'une famille de gouverneurs cherchant à profiter d'une situation troublée pour conquérir leur indépendance administrative et financière, mais d'une dynastie prétendant au pouvoir suprême et se considérait comme seule digne de l'occupation au nom même de sa propre doctrine religieuse. »²⁹⁹.

Les visées des *Fatimides* qui eurent comme objectifs premiers de renverser le siège califal de *Bagdad* se soldèrent d'échecs. A trois reprises

²⁹⁸ Op. cit. p. 91-92.

²⁹⁹ Op ; cit. p. 91.

les armées de *Bagdad* réussirent à repousser victorieusement les avancées des *Fatimides* sur l’Égypte. Ils y parvinrent enfin en 969, quand le général *Ġawhar* élimina les *Ihšidides*, maîtres d’Égypte et fonda le Caire, *al-Qâhira*. En 973, arriva le calife *al-Mu‘izz*, qui avait laissé l’*Ifriqiya* à son fidèle lieutenant, *Buluġġin Ibn Zîrî*. Dès 970, les *Fatimides* se sont emparés de villes saintes et ont entrepris la difficile conquête de la Syrie au cours de laquelle ils s’accrochèrent avec les *Qarmates*³⁰⁰.

Après des débuts brillants, la dynastie des *Fatimides* s’affaiblit en raison du désordre gouvernemental et de la misère inouïe due à l’irrégularité des crues du Nil et des échecs en politique extérieure.

E- La période des Mamlûks.

Cette dynastie d’esclaves affranchis, *Mamlûk* que l’on traduit mot à mot par objet possédé, venait en effet des pourtours de la mer Noire et du Caucase. Ils repoussèrent le principe dynastique au profit de l’élection. Dans ce régime militaire, chacun avait sa chance, même celle d’accéder au sultanat. Le plus connu, *Baybar*, est le type même du *Mamlûk* qui réussit : acheté sur les marchés de Crimée, il accompagna son maître, le sultan *ayyubide*, dans les expéditions contre les croisés, gravit peu à peu les échelons de la carrière militaire emporta la bataille de *Manşûra* sur *Saint Louis* et régna de 1261 à 1277. Il fut à la fois le vainqueur des *Mongols* et des *Croisés*, à qui il reprit la plupart des places qu’ils possédaient encore sur la côte du *Levant*, *Antioche*, *Krach des Chevaliers*. Il eut l’idée subtile, trois ans après la disparition du calife de *Bagdad*, 1258 d’accueillir l’oncle de ce dernier calife et de le reconnaître. Le califat n’était certes plus qu’une fiction, mais il légitimait toutefois le pouvoir des *mamlûk* et servait leur

³⁰⁰ Partisans d’un mouvement politico-religieux d’origines *Isma‘iliens* qui fondèrent, au *Bahrayn* et en Arabie orientale, un Etat indépendant, 894- fin du XI siècle, qui menaça le califat *abbasside* pendant plusieurs décennies au cours du X siècle. On distingue généralement les mouvements *Qarmates* d’Arabie et ceux des bandes qui opèrent en Syrie à la fin du IX siècle. On distingue aussi *Qarmates* et *Fatimides*, bien que les uns et les autres dérivent vraisemblablement de la même secte ; mais le problème des rapports existant entre ces diverses manifestations de l’*isma3ilisme* reste encore mal éclairci.

prestige. Ceux-ci ne lui laissèrent qu'une fonction honorifique, comme l'indique bien l'historien *al-Maqrizî*, mort en 1442 : « Les *mamlûk* Turcs n'ont donné que le nom et le titre de calife à celui qu'ils installèrent, sans lui accorder l'autorité, ni même le droit d'exprimer ses opinions. »³⁰¹. L'Égypte devenait le centre de l'Islam et de la civilisation arabo-islamique après le passage du Moyen-Orient sous la coupe des *Mongoles*.

Le régime *mamlûk* était militaire, mais non pas féodal, plutôt même anti-féodal puisque les *Mamlûk*, n'ayant pas de famille, ne travaillaient que pour eux-mêmes. L'Empire, bien organisé, disposait d'un excellent service de la poste, qui permettait de relier le *Caire* à *Damas* en quatre jours. Les *Mamlûk* conservèrent le système des concessions de terre, *iqtâ'* aux officiers en échange de l'entretien des soldats, système que les *Ayyubides* avaient emprunté aux *Selğukides*. L'officier ne résidait pas sur ses terres, mais au *Caire*, si bien qu'il ne marquait pas la région comme dans le système féodal. Les concessions n'étaient pas héréditaires et faisant l'objet d'un contrôle strict de l'État.

Un des secrets de la durée du régime *mamlûk* réside essentiellement dans la coopération qui se manifesta entre les chefs religieux et militaires pour défendre le sunnisme. Mais la période des *Mamlûk* n'engendra dans le domaine intellectuel qu'une littérature de compilateur. La littérature devient à cette époque une littérature de souvenir selon l'expression d'*André Miquel*. On ne crée plus, mais on fait des inventaires, on résume, on compile. C'est l'époque des grands encyclopédistes³⁰² comme *al-Nuwayrî*, mort en 1332, *al-Maqrizî*, mort en 1442, *al-Qalqaşandî*, mort en 1418, *al-Şuyûtî*, mort en 1505, *Ibn al-Aţîr*, mort en 1234, lequel avait repris l'histoire

³⁰¹ J. Burlot, *La Civilisation Islamique*, Hachette, Paris, 1990, p. 176-177.

³⁰² Ce sera à la lumière des travaux de ces encyclopédistes que nous étudierons l'état de l'organisation de l'appareil judiciaire à l'époque *mamlûk* et *fatimide*. La contribution de ces auteurs, dans le domaine qui nous concerne est grande. C'est dans le *Şubĥ al-A'şâ* d'*al-Qalqaşandî* et dans le *Kâmil* d'*al-Maqrizî*, que nous rencontrerons le plus de détails relatifs à l'organisation de la justice à l'époque *mamlûk* et *fatimide*.

universelle d'*al-Ṭabarî*, mais y ajouta une partie sur l'Occident musulman. *Ibn Ḥallikân*, mort en 1282 avait rédigé un dictionnaire biographique des hommes illustres. *Abû al-Fidâ'*, mort en 1331 et *Yaqût*, mort en 1229, furent des géographes compilateurs. La grande figure de l'époque est celle d'*Ibn Taymiyya*, mort en 1318, professeur de droit et de théologie à *Damas*, grand juriste hanbalite qui demande un retour sans concession à la seule tradition du Prophète.

Les *Mamlûk* furent des grands constructeurs et firent de l'Égypte un grand centre d'art. Plutôt que des mosquées isolées, ils édifièrent des monuments à plusieurs usages : mosquée, mausolée, madrasa, tombeau. Les plus beaux sont « la *madrasa-hôpital-mausolée* », du sultan *Qalawûn*, 1283 et « la *madrasa-mosquée* » du sultan *Ḥasan*, 1356-1362. Celle-ci, qui occupe une superficie de huit mille mètres carrés, présente pour la *madrasa* un plan cruciforme avec quatre *iwân*, un pour chaque rite juridique. Le *Caire* se couvrit donc de monuments, et *Ibn Ḥaldûn*, qui y mourut en 1406, pouvait écrire : « Celui qui n'a pas vu le Caire ne connaît pas la grandeur de l'Islam. »³⁰³

Le XV siècle fut un siècle de difficultés pour les *Mamlûk*. La population fut décimée par la peste noire. La trésorerie fut affaiblie par la perte de la Syrie, ravagée par *Tamerlan*, le chef guerrier des *Mongoles*. L'or de la *Nubie* diminua et surtout les *Portugais* établirent des liaisons directes avec l'*Inde*. Les *Mamlûk* furent battus par les *Ottomans* le 24 janvier 1516, près d'*Alep*. Un an plus tard, la ville du *Caire* était prise et le califat, supprimé, ou plutôt transféré à *Istanbul*. Ainsi se termina l'histoire de cette curieuse dynastie. Les *Mamlûk* continuèrent cependant à servir comme soldats pendant la période ottomane.

Neuf siècles, en effet, se sont écoulés, depuis la première fondation de l'Etat de Médine, jusqu'à la fin des *Mamlûk*. L'entracte de *Şifîn* paraît

³⁰³ Ibid. p. 178-179.

désormais figer les mémoires. Sa flamme ne pouvait manquer l'occasion de se raviver à la moindre étincelle de faiblesse que pouvait provoquer tel ou tel gouvernement. Plus qu'un désir de régner, les *Fatimides* sont venus rappeler aux *Abbasides* leur manquement au devoir de la mémoire. Même la ferveur des grands *Seljukides* ne pouvait empêcher leur domination sur l'Égypte devenait, désormais, le symbole de leur rayonnement et de leur puissance. Si les *Mamlûk* ont parvenu à les déposer, ils n'ont fait que retarder l'éclatement de cette unité de l'Umma, d'ores et déjà annoncé.

Ce sera, donc, à la lumière de ces événements que nous allons apprécier l'histoire de l'organisation judiciaire musulmane et son évolution.

3-2. Le magistrat judiciaire sous les Umayyades.

Nous avons déjà noté qu'au temps de l'Islam paradigmatique, la justice demeurait encore une charge que le Prophète exerçait lui-même et après lui les califes, dits *rašidûn*. Cette charge était également déléguée à des tierces personnes, souvent, des gouverneurs de provinces. *Abû Mûssâ al-Aš'arî* que les ouvrages de traditions nous présentent comme ayant été un des premiers *qâdî* de l'Islam, était, avant tout, le gouverneur de la province de *Basora*. *Abû Yûssuf* rapporte une tradition d'après laquelle *'Umar Ibn al-Ḥaṭṭâb* donna des instructions relatives à l'exercice de la justice à *Abû Ubayda*, qui était le gouverneur de la province de *Damas*³⁰⁴. *Bilâl Ibn Abî Burda*, qui a succédé à son père dans la province de *Basora*, était, en réalité, comme disent les textes, l'émir, gouverneur et *qâdî* de cette province³⁰⁵. Cette confusion des fonctions administratives et des fonctions judiciaires, au premier temps de l'Islam dépendait de la conception que l'on se faisait de ces fonctions. Aucune séparation entre les pouvoirs n'était en principe consentie. Un personnage pouvait être tout à la fois, juge, enseignant des dispositions de l'Islam et percepteur d'impôt, etc. Cette situation devait

³⁰⁴ Ibid. p. 95.

³⁰⁵ Ibid. p. 95.

demeurer la règle sous les Umayyades. D'après l'auteur du *Kitâb al-Harâğ*³⁰⁶, *Maymûn Ibn Mihrâm* était, au temps du calife umayyade, *'Umar Ibn 'Abd al-'Azîz*, le gouverneur et le juge de la province de *Ġazîrâ*³⁰⁷.

En effet, ces gouverneurs, dans les limites qui leur étaient fixé par le calife, avaient pleine autorité sur leurs provinces, administratives, législatives et judiciaires, sans distinction consciente entre les fonctions. Toutefois, il est à noter, comme le rappelle *Joseph Schacht*, que ces gouverneurs pouvaient et en fait, ils faisaient souvent déléguer leur autorité judiciaire à un secrétaire légal, le *qâđî*. Le gouverneur conservait cependant le pouvoir de réserver à sa propre décision tout procès qu'il désirait traiter et, bien entendu, celui également de destituer le *qâđî* à son gré. Ce sont ces gouverneurs et leurs délégués, les juges, que *saint Jean de Damas* désigne comme les législateurs de l'Islam.³⁰⁸ Selon *Emile Tyan* : « Tous les *qâđî* que l'histoire présente comme les titulaires d'offices distincts de judicature ne sont, d'après les textes eux-mêmes, que les agents, les délégués, du gouverneur ou du calife. La terminologie, dit-il, qu'emploient les textes est, à cet égard, très significative. Le *qâđî* est désigné comme le *qâđî* de tel gouverneur ou de tel calife. »³⁰⁹. Cette délégation de compétence, ne doit pas nous faire oublier le fait, qu'en principe, en Islam, le vrai pouvoir n'appartient, qu'en rigueur de terme qu'à Dieu. Malgré son pouvoir omnipotent, il reste, cependant, qu'un simple agent d'exécution de la volonté divine. Que le juge soit désigné par le gouverneur ou directement par le calife, cela ne devait influencer sur le contenu de sa charge qui, demeure, somme toute, l'application des dispositions de la loi religieuse. Ce n'est pas hasard, que l'on recrutait pour ce poste des personnes pieuses. Ces derniers n'étaient, en réalité, que des particuliers, n'appartenant pas nécessairement à

³⁰⁶ Abû Yûsuf, cité par Emile Tyan. *Histoire*, op. cit. p. 95.

³⁰⁷ Emile Tyan, *Ibid.* p. 95.

³⁰⁸ Joseph Schacht, op. cit. p. 32.

³⁰⁹ Op. cit. p. 97.

la nouvelle subdivision de la hiérarchie politique de temps des Umayyades. Il s'agit d'individus qui ont acquis, auprès de la masse, une réputation d'hommes savants et que le pouvoir n'a fait, par conséquent, que consacrer, en les désignant à la fonction de la judicature. Parmi ces personnes, nous pouvons citer *Rağâ'* et *Abû Kilâba*. Ces derniers, selon *Joseph Schacht*, comptaient au nombre des familiers des califes umayyades à partir des dernières décennies du Ier siècle de l'Islam³¹⁰. Le principal souci de ces personnes, dans le climat intellectuel de la fin de la période umayyade, était naturellement de savoir si la loi coutumière était conforme aux règles coraniques, ou, plus généralement, islamiques. Ils devaient élaborer, au moyen du raisonnement individuel, une manière de vivre islamique. Ces hommes pieux étudiaient tous les domaines de l'activité contemporaine, y compris le domaine juridique, non seulement dans les règles administratives, mais aussi dans les pratiques populaires. Ils étudiaient les objections que l'on pouvait faire du point de vue religieux, à des pratiques admises, notamment sous l'angle des rites et de la morale et, en conséquence, les adoptaient, les modifiaient ou les rejetaient. Ils imprégnaient le domaine du droit d'idées religieuses et morales, le soumettaient aux règles islamiques et l'incorporaient dans l'ensemble des devoirs qui incombent à tout Musulman. Ce faisant, ils réussirent, sur une échelle bien plus grande et de façon bien plus détaillée, ce que le Prophète avait essayé de faire pour la communauté musulmane primitive de Médine. Il en résulta la transformation des habitudes administratives et populaires de la dernière période des *Umayyades*. Ce fut vers la fin de cette période que le juge avait acquis son vrai statut de spécialiste. *Joseph Schacht* dit que : « le rôle des *qâdî* se spécialisa de plus en plus et nous pouvons tenir pour assuré, dit-il, qu'à partir de la fin du siècle, vers 715-720 cette fonction fut en règle générale confiée à des spécialistes, ce qui ne veut pas dire es professionnels ayant une

³¹⁰ Op. cit. p. 33.

formation technique, mais des personnes suffisamment intéressées par le sujet pour y voir sérieusement réfléchi... »³¹¹.

3-3- Le magistrat judiciaire sous les Abbassides, (771/868).

Nous sommes à l'époque des nouveaux maîtres de l'Islam, à l'époque du règne abbasside. Cette période marque l'apogée de l'empire musulman ; elle est caractérisée par la constitution d'un pouvoir central puissant. Ce pouvoir centralise tous les services de l'Etat. Les *Abbassides* se réclamèrent les héritiers légitimes du pouvoir, par leur parenté à *al- 'Abbâs*, l'oncle du Prophète et à ce titre, ils décidèrent d'agir en conformité avec les dispositions de la loi religieuse. La théorie idéale élaborée par les juristes juges, de la fin du règne des *Umayyades* allait trouver son expression la plus parfaite sous les *Abbassides*. En application de cette politique, dit *Schacht* : « ils reconnurent le droit religieux, tel qu'il était enseigné par les pieux spécialistes, comme la seule règle valable de l'Islam, et ils s'appliquèrent à la traduire dans les faits. Ils attirèrent systématiquement des spécialistes de droit religieux à leur cour et s'attachèrent à les consulter sur les problèmes qui pouvaient se poser dans les limites de leur compétence. »³¹². Cet attachement à la théorie idéale des juristes musulmans apparaîtra clairement à travers l'organisation de la justice qu'ils mirent en place. Tout le long du règne des *Abbassides* une liaison permanente et durable entre l'office du *qâdî* et la *Šari'a*, semblait avoir été assurée. « Sous les *Abbassides*, la règle fut établie que le *qâdî* devait être un spécialiste de la *Šari'a*. »³¹³. Son statut étant ainsi précisé, le *qâdî*, ne dépendait plus désormais dans sa nomination du gouverneur, comme fut le cas sous les *Umayyades*, « mais il était régulièrement nommé par le pouvoir central, et une fois nommé et jusqu'à ce qu'il fût relevé de son

³¹¹ O. cit. p. 33.

³¹² Ibid. p. 49.

³¹³ Joseph Scacht, op. cit. p. 49.

poste, il devait appliquer uniquement la loi sacrée, sans intervention du gouvernement. »³¹⁴. La désignation des juges par la capitale pour l’Egypte, est déjà attestée, à partir de l’an 155/771. Une succession de *qâdî* y paraît être nommée directement par *Bagdad*, jusqu’à l’avènement des princes *Ṭulunides*. Il paraît que le premier calife qui aurait procédé pour la première fois à la désignation des juges, fut *al-Manṣûr*, 753-774. Selon l’historien *al-Ya’qûbî* : « Le premier calife abbasside *al-Manṣûr* a été le premier calife qui ait procédé lui-même à la nomination de *qâdî* de province. »³¹⁵. Plus particulièrement *Ibn Hallikân* indique dans la notice biographique du juge *al-Ġafiġî*, que : « ce fut *al-Manṣûr* qui le désigna au poste de *qâdî* d’Egypte, en l’an 771 et qu’il fut le premier *qâdî* d’Egypte à être nommé par le calife. »³¹⁶. *Abû al-Maḥâsîn*³¹⁷ rapporte que c’est en l’an 154/770, que *Manṣûr* aurait nommé un certain *Yaḥyâ Ibn Ḥamza*, *qâdî* à *Damas*. Nous constatons qu’*Abû al-Maḥâsîn* remonte la nomination des juges par le pouvoir central une année plutôt que celle avancée par *al-Ya’qûbî* et *Ibn Hallikân*. A *Kûfa*, le même calife *al-Manṣûr* avait nommé *Šarîk al-Naḥâ’i*, sur l’ordre de *Hârûn al-Rašîd*³¹⁸. Le poste de juge de *Basora* selon *al-Mas’ûdî* fut confié à *Yaḥya Ibn al-Aqtam*, qui deviendra par la suite *qâdî al-quḍât*, sous le règne de *Ma’mûn*. En l’an 264/860, ce fut *al-Mutawakkil* qui désigne *Bakkar Ibn Qutayba*, *qâdî* d’Egypte³¹⁹ ; avec ce dernier se clôt la deuxième période. Au début de ses annales sur les juges de *Cordoue*, *al-Ḥuṣânî* nous apprend qu’en : « Andalousie, avant l’entrée des califes, c’étaient les *‘ummâl*, émirs et *wulât*, expressions qui désignent les gouverneurs et les commandants d’armées, qui nommaient les *qâdî* ... Les *qâdî*, ajoute le chroniqueur, jugeaient pour le compte des émirs. »³²⁰.

³¹⁴ Ibid. p. 49.

³¹⁵ Emile Tyan, *Histoire*, p. 121.

³¹⁶ Ibid. p. 119-120.

³¹⁷ Ibid. p. 125.

³¹⁸ Ibid. p. 125.

³¹⁹ Ibid. p. 125.

³²⁰ Ibid. p. 122.

Toutefois, sous les califes umayyades d'Espagne, depuis *'Abd al-Raḥmân I*, jusqu'à l'effritement de l'émirat d'*al-Andalûs*, de 755 jusqu'à 961, les nominations sont faites par le prince lui-même, aussi bien dans la capitale, à *Cordoue*, que dans les autres ressorts importants. Nous pouvons consulter dans les annales d'*al-Huṣṣânî*³²¹ la succession des *qâḍî* de *Cordoue*, tous nommés par le pouvoir central ; mais la nomination aux postes de province par le pouvoir central est aussi certaine. C'est le prince *Ḥakam Ibn Hišâm* qui en 796, délivre un diplôme d'investiture au nommé *'Abd al-Karîm* pour le siège de *Saragosse*, *Huesca* et dépendances ; c'est *Hišâm Ibn 'Abd al-Raḥmân*, 788/796 qui nomme *Ibn Abî-Salama*, *qâḍî* de *Tolède* ; c'est *'Abd al-Raḥmân*, 821/852 qui nomme au poste de la province de *Jaèn*.

La nomination des juges par les califes était la règle sous les *Abbassides*, toutefois, l'exercice de cette prérogative par le calife éprouvait, sans engendrer une rupture avec la pratique, un retour à la tradition des *Umayyades* qui reconnaissait aux gouverneurs des ressorts le pouvoir de nommer les juges. C'est ainsi qu'après une série de *qâḍî* d'*Egypte*, nommé par les cinq califes qui se sont succédé après *al-Manṣûr*, nous voyons, de nouveau, sept *qâḍî* nommés successivement par les gouverneurs de cette province. Cette nouvelle série commença par le *qâḍî*, *Ibrâhim Ibn al-Bakkâ*, en 811 et finit avec *'Îssâ Ibn al-Munkadir*, en 829. En dépit de cette délégation qu'octroyait le calife à son lieutenant, le gouverneur dans les provinces, la nomination des juges ne pouvait être valide sans l'assentiment du calife. Il arrivait parfois que le gouverneur désignait le *qâḍî*, dans l'attente d'une confirmation de Bagdad : *Al-Mufaḍḍal Ibn Fuḍâla*, rapporte *al-Kindî*³²², ayant été nommé par le gouverneur d'*Egypte*, *al-Muhallabî*, en 786, reçut par la suite son diplôme

³²¹ Emile Tyan, op. cit. p. 125.

³²² *Wullât Misr*, cité par Emile Tyan, Histoire, p. 126.

d'investiture du calife *Hârûn al-Rašîd*³²³.

A partir du règne de *Hârûn al-Rašîd*, sans doute, pour prémunir aux éventualités que pouvait engendrer une trop grande liberté dont jouissaient, désormais, les *qâdîs*, les Abbassides décidèrent de doter l'administration de la justice d'un haut fonctionnaire, le *qâdî al-quḍât*, chargé de superviser ladite administration. Le *qâdî al-quḍât*, sorte de juge en chef, aura la haute main sur l'administration générale de la justice, au nom et pour compte de son délégué, le calife. L'importance que revêt cette charge nous oblige tout naturellement de lui consacrer un exposé succinct.

3-4-L'institution du juge en chef, qâdî al-quḍât.

L'article de l'*Encyclopédie de l'Islam* dit que : « Le juge de la capitale, pas encore sous les *Umayyades*, mais dès le début des *Abbassides*, occupait une haute situation et recevait le titre de juge en chef, *qâdî al-quḍât*, qu'*Abû yûsuf* fut le premier à porter à Bagdad, sous *Hârûn al-Rašîd*. »³²⁴. Dans le même ordre d'idées, *Joseph Schacht* dit que : « La tendance centralisatrice des premiers abbassides, qui avait amené la nomination des *qâdî* par le pouvoir central, conduisit aussi à la création de la dignité de *qâdî al-quḍât*. C'était à l'origine un titre honorifique conféré au *qâdî* de la capitale, que le calife consultait normalement sur l'administration de la justice. Le *qâdî Abû Yûsuf* fut le premier à recevoir ce titre, et le calife *Harûn al-Rašîd* ne se contenta pas de lui demander conseil sur la politique financière ou autres questions analogues, ..., mais le consulta également sur la nomination de tous les *qâdî* de l'empire. Le grand *qâdî* devint bientôt un des plus importants conseillers du calife, et la nomination ou la destitution des autres *qâdî*, sous l'autorité du calife, devint la principale fonction de sa charge. »³²⁵. Ce haut magistrat, comme le note *Joseph schacht*³²⁶, avait la

³²³ Emile Tyan, op. cit. p. 126.

³²⁴ E.P. art. Kadî. p. 380.

³²⁵ Op. cit. p. 50.

haute main sur toute l'administration judiciaire de l'empire. Il constitue en somme un des signes les plus caractéristiques de l'organisation judiciaire musulmane et de la centralisation du pouvoir suprême de s'assurer le contrôle sur l'exercice de la juridiction dans toute l'étendue de l'empire.

Le poste de *qâdî al-quḍât* fut créé à l'époque de *Hârûn al-Rašid* et que le premier à être nommé à ce poste fut, le *qâdî Abû Yûsuf Ibn Ya'qûb*. Ce dernier est mort en l'an 182/789. Nous devons donc placer entre les années 786 et 798 de l'ère chrétienne la mise en place de cette charge.

Il a été avancé que la charge du *qâdî al-quḍât* était empruntée aux *Sassanides*, car, dit-on, elle ressemble à l'institution du *mobedan-mobed*, le prêtre chargé essentiellement du culte *zoroastrien*. Or, les textes sont muets au sujet de cette filiation. Une première présomption en la faveur d'un éventuel emprunt de l'institution du juge en chef à l'institution persane peut être recherché dans le *Kitâb al-Tâğ*, d'*Al-Ġâhiz* qui dit : « C'est à eux, les rois perses que nous avons emprunté les principes de gouvernement, l'organisation des affaires privées et publiques, l'administration des sujets. »³²⁷. Cette citation dont se sert *Emile Tyan* pour argumenter son postulat au sujet de l'origine de la charge du *qâdî al-quḍât*, nous conviendrons tous, reste générale et n'apporte aucune preuve circonstanciée. Même lorsque cet auteur évoque une anecdote à propos d'*Ibn Sa'd*³²⁸, il ne fait qu'accentuer le caractère subjectif de son argumentation.

Les preuves avancées par *Emile Tyan* au sujet des origines persanes de la charge du *qâdî al-quḍât*, nous obligent à être circonspect, notamment, lorsque nous savons que dans l'autre extrémité de l'empire *Abbasside*, en Andalousie, naquit, bien avant l'institution du *qâdî al-quḍât*, une institution, connue sous le nom de *qâdî al-ġamâ'a*, ou juge de la communauté.

³²⁶ Ibid. p. 50.

³²⁷ Cité par Emile Tyan, *Histoire*. op. cit. p. 129

³²⁸ *Ibn Sa'd*, voulant vanter la science et les mérites d'un personnage, il nous dit : « Si *Abû-Kilâba* était persan, il aurait été élevé au rang de *mobedan-mobed*. ». Ibid. p. 129.

3-5-Le qâdî al-ğamâ'a de l'Espagne musulmane.

Une institution analogue à celle de *qâdî al-quḍât*, vit le jour en Espagne musulmane, sous le nom de *qâdî al-ğamâ'a*. A l'origine, l'institution du *qâdî al-ğamâ'a* signifie : le juge de la communauté des musulmans ; donc, par opposition probablement aux juges des autres communautés. Aussi bien, on parle d'un '*ustâd al-ğamâ'a*', probablement un homme versé dans la science religieuse institué, à la communauté, aux fins d'enseigner les prescriptions religieuses. Sur les origines de la charge du *qâdî al-ğamâ'a*, *Al-Huṣṣânî*, un analyste judiciaire raconte que : « lorsque '*Abd al-Raḥmân Ibn Mu'âwiyya* entra à Cordoue, il y avait dans cette ville un *qâdî*, du nom de *Yâzîd Ibn Yahya al-Tağlibî*. On l'appelait, ainsi que les *qâdî* qui l'avaient précédé : tel, *qâdî* du *ğund*. Mais lorsque *al-Fihri* se retrancha dans Grenade et que l'émir '*Abd al-Raḥmân Ibn Mu'âwiyya* le contraignit à se rendre, il exigea que cette capitulation se fît devant le *qâdî*. Celui-ci s'étant présenté, l'émir écrivit sur la lettre du *muqâḍât*, de *qâḍâ'* : ceci a été fait en présence de *Yazîd Ibn Yahya, qâdî al-ğamâ'a*. Or, cette appellation du *qâdî al-ğamâ'a* a été une innovation qui n'existait pas précédemment. »³²⁹. Ce texte important de *Huṣṣânî* va nous permettre, en premier lieu, de fixer exactement la date de la création de cette nouvelle institution. On sait tout d'abord que '*Abd al-Raḥmân Ibn Mu'âwiyya*, fuyant la terreur abbasside qui sévissait contre tous les membres de la dynastie des *Umayyades*, s'est réfugié dans le Maghreb et, débarquant en *Andalousie*, ne tardait pas à y grouper de nombreux partisans et à se faire reconnaître comme prince indépendant. La date de l'avènement de '*Abd al-Raḥmân* est généralement fixée en l'année 130/747. Quant à la date de l'expédition de ce prince contre *Fihri* et sa victoire sur lui, à *Grenade*, on peut la localiser entre les années 138/755 et 141/758. En effet, c'est en l'année 141 que, d'après tous les annalistes,

³²⁹ Emile Tyan, op. cit. 133.

Fihri, emmené prisonnier, après sa défaite en l'an 138, put s'enfuir de Cordoue et organiser un soulèvement contre *'Abd al-Raḥmân*.

Il ressort, donc, du rapprochement avec toutes ces dates, et en connexion avec le texte de *al-Huṣṣânî*, que c'est entre 138/755 et 141/758 que se place la création de la nouvelle charge du *qâḍî al-ḡamâ'a*. Autrement dit, cette charge était antérieure à celle du *qâḍî al-quḍât* dans l'Orient musulman. Il ne serait donc censé d'admettre que l'institution du *qâḍî al-ḡamâ'a* ait subi une influence persane avant les *Abbassides* de *Bagdad*. Ce constat nous conduit également à contester le bien fondé de l'hypothèse d'*Emile Tyan* qui soutient l'origine persane de la charge du *qâḍî al-quḍât*, en considérant qu'il s'agit d'une charge de création interne répondant à des besoins de plus en plus grandissant de l'administration de la justice.

Quatrième chapitre- L'état des lieux de l'organisation judiciaire sous les dynasties de 868 à 968.

Cette période marque l'arrivée des *Ṭulunides*, en Egypte. *Aḥmad Ibn Ṭulûn*, le chef des *Ṭulunides* accède au pouvoir dans des circonstances particulière, c'est un *Mamlûk* de *Fargâna*; il avait été envoyé en Egypte pour rétablir un ordre qui y était gravement compromis. Mettant à profit l'incurable faiblesse des *Abbassides*, qu'il avait observée à *Bagdad*, à *Samarra*, où il avait commencé sa carrière, *Aḥmad Ibn Ṭulûn* parvint à se rendre, en Egypte, pratiquement indépendant. En plus de cette province, il se fit attribuer la mission de défendre la Syrie contre l'invasion grecque ; et étendit encore son autorité sur ce pays. Mais la dynastie que ce nouveau maître établit ne lui survécut pas plus d'un quart de siècle, 265/878-293/905 ; et pendant une nouvelle période d'une quarantaine d'années environ, *Bagdad* recouvra son autorité, en administrant ses provinces, et, en particulier, l'Egypte, par des gouverneurs qui étaient ses agents directs

et qui restèrent à ses services. Mais ce n'était là que le sursaut d'un agonisant. Bientôt, la dynastie des *Ihšidides* recommence en Egypte, ensuite en Syrie, et dans des conditions identiques, l'expérience d'*Aḥmad Ibn Ṭulûn*. La nouvelle dynastie se maintient jusqu'en 358/968, date à laquelle commença une ère nouvelle dans les annales de l'Islam, celle des *Fatimides*. Cette période de flottement politique avait eu des incidences directes sur l'organisation de la justice musulmane. On peut apprécier cette période longue de cent ans à travers trois phases de règne successives durant lesquelles la réglementation de la magistrature judiciaire fut soumise au bon vouloir des souverains et de leurs proches entourages. La première phase d'*Aḥmad Ibn Ṭulûn*. Lors de son arrivée au Caire, *Aḥmad Ibn Ṭulûn*, avait trouvé en place le *qâdî Bakkar Ibn Qutayba*, qui avait été nommé en 246/860 par le calife *al-Mutawakkil*³³⁰. Ce magistrat ne tarda pas à déplaire au nouveau maître, qui le destitua et le fit mettre en prison dont il ne fut libéré qu'après la mort d'*Aḥmad Ibn Ṭulûn*. La mort d'*Ibn Ṭulûn* est située en l'an 270 de l'hégire. *Al-Kindî* rapporte également que le scribe, *kâtib* de *Bakkâr*, le dénommé *Qays Ibn Ḥafṣ* et certains de ses amis furent emprisonnés. Ce fut le prince lui-même des *Tulunides* qui procédait à la désignation des juges à divers postes de province³³¹. Les successeurs d'*Ibn Ṭulûn* désignèrent à leur tour des magistrats judiciaires. C'est ainsi que *Ḥumarawayh*, le fils d'*Aḥmad Ibn Ṭulûn*, désigna lui-même le remplaçant de *Bakkar*, en 277/890, en la personne de *qâdî Abû 'Ubaydallâh*, lequel se maintint en fonction jusqu'en 284/897³³². *Ḥarûn*, fils de *Ḥumarawayh*, nomma le *qâdî Abû- Dur'a* en lui donnant pouvoir, spécifient les annalistes, sur tous les territoires soumis à l'autorité des *Tulunides*, soit, la Palestine, le *Jourdain*, *Ḥimṣ*, *Qinišrrîn* et les *'awwâsim*.

³³⁰ Ibid. p. 145.

³³¹ Emile Tyan. p. 145.

³³² Ibid. p. 146.

Abû Dur'a désigna des vicaires pour la province de *Damas*.»³³³.

Lorsque le calife de *Bagdad* avait réussi à emporter la victoire sur les Tulunides en Egypte vers l'an 293/904, il donna mandat à un dénommé *Muḥammad Ibn Sulaymân*, accompagné d'une grande foule, de destituer le *qâḍî* nommé par les *Ṭulunides*, *Abû-Dur'a*, et nomme à sa place *'Ubaydallâh*. Ce fut à partir de cette période que s'est développée la puissance de la famille des *Abû al-Šawârib*, qui fournit à la dynastie abbasside une succession de huit grands juges. Les textes font mention de la désignation des juges par le calife lui-même à cette période. La désignation par le *qâḍî* en chef n'y est même pas évoquée. Les textes disent simplement que tel magistrat a été nommé par tel calife³³⁴.

Sous la dynastie des *Iḥšidides* à partir de l'an en 322/933, la nomination du juge dépendait de l'approbation du calife de *Bagdad*. L'émir *Muḥammad Ibn Tuḡḡ*, chef de la nouvelle dynastie, prit l'initiative, dès la deuxième année de son avènement, de nommer le *qâḍî* du Caire, en la personne de *Abû Dur'a*. Mais cette nomination pour qu'elle soit valide, il fallait qu'elle obtienne l'approbation de *Bagdad*. Chose, disent les auteurs, qui fut accordée par la suite. A partir de l'an 324, les auteurs font mention d'acte de nomination de deux *qâḍî* du Caire qui s'étaient succédé en seule année en 324, par le *qâḍî al-quḍât* de *Bagdad*, et les autres *qâḍî*, au cours de cette période, sont nommés par ce même personnage. Les *Iḥšidides* n'intervinrent pas, donc, d'une façon formelle dans la nomination et la révocation des magistrats de leur vice-royauté, ils n'en faisaient pas moins sentir leur autorité en la matière par des interventions continues et décisives.

Sous les *Fatimides* d'Egypte, une nouvelle phase dans l'histoire judiciaire allait s'ouvrir. L'autorité de *Bagdad* est définitivement

³³³ Ibid. p. 146.

³³⁴ Ibid. p. 146.

compromise ; le centre du monde musulman avait changé. Les nouveaux maîtres *Fatimides* instituèrent leur capital au Caire. Ils s'entourèrent de tout l'apparat et adoptèrent tous les organismes qui sont la marque de la primauté ; et alors qu'à *Bagdad*, les califes abbassides continuèrent à avoir leur *qâdî al-quḍât*, ayant, en théorie, suivant son diplôme d'investiture, juridiction et autorité sur tout le monde musulman. Ainsi, le calife *Mustaršid*, 512/1118-529/1134, nommant le *qâdî al-quḍât*, *Abû al-Qâsim*, lui donne pouvoir sur toute l'étendue du monde musulman, exactement dans les mêmes termes que ceux qui étaient employés durant l'apogée de la puissance abbasside. Les *Fatimides* instituèrent et s'approprièrent l'exercice de l'administration judiciaire. La nouvelle capitale des *Fatimides* leur permit d'établir leur hégémonie politique sur une grande partie du monde musulman. L'hégémonie judiciaire en sera une des manifestations. Quelques années après son installation, la dynastie fatimide, consacrant le fait par le droit, avait institué à son propre usage un poste de *qâdî al-quḍât*, signe de centralisation judiciaire. Il y aura alors, et pendant longtemps, deux grands juges : celui du *Caire* et celui de *Bagdad*, sans compter le *qâdî al-ğamâ'a* d'Espagne, sans compter aussi les *qâdî al-quḍât* des diverses provinces encore nominalement soumises aux abbassides mais qui, profitant de la décadence de cette dynastie, se sont assuré l'autonomie.

L'indépendance judiciaire des *Fatimides* fut consacrée par l'institution du *qâdî al-quḍât* au Caire, lequel avait juridiction sur l'ensemble des territoires soumis à leur autorité. Par ailleurs, la règle d'après laquelle le *qâdî al-quḍât* exerce lui-même l'administration judiciaire dans tout le royaume n'est plus absolue. Le rôle du vizir prit de l'importance au dépend du *qâdî al-quḍât* sous les *Fatimides*. Il s'agit d'une sorte de premier ministre. Ce fut le ministre, *wazîr*, qui prit l'initiative de nommer : « le *qâdî* de la province de *Qûş* et de *Sa'îd* ; c'est le sultan qui nomme, dans

certains cas, le *qâdî* du district de *Gaza* ou le *qâdî* d'*Alexandrie*. »³³⁵. Lorsque la personnalité du calife s'est effacée au profit du vizir, tous les *qâdî al-quḍât*, et les juges, *quḍât*, dépendaient, non pas du calife mais de son vizir. Dans le même ordre d'idées, l'effacement de la personnalité du calife en face de celle du sultan entraînera aussi un déplacement de pouvoir, de telle sorte que le *qâdî* ne sera plus considéré comme le *nâ'ib* du calife, mais bien comme le *nâ'ib* du sultan.

4-1. L'investiture du juge.

4-2- Le diplôme d'investiture.

La nomination d'un magistrat, comme tout autre fonctionnaire public, s'opère par une manifestation de volonté unilatérale, de l'autorité compétente. Lorsque, vers la fin de la période umayyade, la bureaucratie de l'empire musulman adopta la langue arabe, la correspondance officielle continua à obéir à des règles précises précédemment en usage. La nomination, aux divers postes de l'Etat se faisait par des diplômes d'investiture, dont le nom et les formes matérielles subissent des variations au cours des siècles. En ce qui concerne plus particulièrement les nominations judiciaires, le diplôme d'investiture portait, sous les *Umayyades* le nom de *'ahd*, abréviation de l'expression, *kitâb al-'ahd*. Ce terme provient de la phrase par laquelle commençait le diplôme, *hâda mâ 'ahada bihi*. L'histoire rapporte très peu d'exemples d'actes de ce genre. On trouve un spécimen dans *al-Ḥašânî* : le *'ahd* délivré dans les premières années du II siècle de l'hégire, par le gouverneur d'Espagne au *qâdî Maḥdî Ibn Muslim*³³⁶. Sous les *Abbassides*, la terminologie ne sera pas modifiée : le diplôme d'investiture des magistrats continuera à porter le nom de *'ahd*. Un autre terme aussi couramment employé est celui de *Kitâb*, qui n'est que le premier terme de l'expression sus indiquée. On rencontre

³³⁵ Ibid. p. 151.

³³⁶ Op ; cit. p. 19.

particulièrement ce terme au II siècle. Cette même pratique se poursuivra au IV siècle de l'hégire.

Kitâb al-'ahd ne désignait pas seulement le diplôme d'investiture émané du pouvoir central, les diplômes d'investiture délivrée par le *qâdî* d'une circonscription à ses vicaires portaient aussi ce nom. Ce même terme continuait à servir d'usage, même lorsque le joug du califat de *Bagdad* fut ébranlé au profit des dynasties indépendantes. Les *Ṭulunides*, 254/868/292/904, employaient ce terme. *Aḥmad Ibn Ṭulûn*, lui même, lorsqu'il nomma les juges de sa dynastie c'était par le biais du *'ahd* originel qui l'avait fait.

Avec les *Fatimides* le terme *'ahd*, n'a pas complètement disparu, en revanche, un autre terme fit son apparition : *taqlîd*. D'après *Al-Kindî*, lors de la nomination de *'Abd Al-'Azîz Ibn Ḥayyûn*, *qâdî*, au Caire, en 394/1003, c'est son *taqlîd* qui est lu à la mosquée³³⁷. Le terme *siġġîl* semble être le terme officiel qu'utilisaient les *Fatimides* lors de l'investiture des magistrats. Ce terme servira encore à désigner les documents contenant le texte authentique d'un jugement ou d'un acte juridique, et, par extension, le registre des décisions judiciaires et même tout registre officiel. Dans la pratique notariale, que nous étudierons dans notre travail, le verbe *saġġala*, sera employé dans le sens d'établir un acte en la forme authentique³³⁸.

Lorsque la nomination prend effet, elle doit être rendu publique dans le ressort auquel il est désigné. Le but de cette publicité est de tenir les citoyens informés de cette investiture, de façon à ce que les justiciables du magistrat prêtent obéissance à son autorité. *Al-Mawardî* spécifie que la publicité de l'investiture en question ne constitue pas une condition de validité de l'acte, mais elle constitue une démarche en la forme auprès des

³³⁷ *Wulâ*, 379. Emile Tyan, op. cit. p. 181.

³³⁸ *Ibid.* p. 181.

citoyens en vue de reconnaître l'autorité du magistrat ainsi désigné³³⁹. Nous pouvons lire chez certains auteurs que la publicité est destinée à constituer une preuve, irrécusable et opposable à tous, de la nomination ; de telle sorte que la publicité ne serait pas nécessaire si cette nomination est établie par d'autres preuves aussi fortes, telles que le témoignage. Le terme arabe qui servira à qualifier le diplôme publié est : *manšûr*, ainsi dit-on, *siğğîl manšûr*, littéralement diplôme publié. La pratique ultérieure retiendra que le qualificatif pour désigner le diplôme d'investiture, c'est-à-dire le terme *manšûr* substantivé, et ce durant le IX et X siècle. Les auteurs des traités du droit de la première moitié de IX emploient sans équivoque le terme *manšûr*, pour désigner le diplôme d'investiture. Dans le *ğâmi' al-fușûlayn*, Ibn Qâdi Samawana dit que : « l'étendue du ressort du *qâdî* doit être indiquée dans son *manšûr*. »³⁴⁰.

4-3- La cérémonie d'investiture des magistrats.

La cérémonie d'investiture des magistrats accusa des différences d'un règne à l'autre. L'importance que revêta la personnalité du juge notamment celle de *qâdî al-quḍât*, dans la société musulmane voulut qu'on lui accorde des honneurs particuliers. Dès lors que le magistrat est nommé au poste de la magistrature, la pratique a décidé qu'on lui réserve une cérémonie d'investiture. « C'était bien, en effet, dans les habitudes de la dynastie abbasside d'entourer les actes de la vie officielle de beaucoup de solennité et d'apparat »³⁴¹. Les *Fatimides* à leur tour ont hérité des *Abbassides* l'essentiel en matière du rituel consacré à l'investiture, nous pouvons même dire qu'à leur époque, la cérémonie devenait plus solennel en même temps plus compliquée ; la dynastie *mamlûk*, elle aussi a su mettre en valeur l'héritage *Fatimide* consécutif à la cérémonie d'investiture. La

³³⁹ Op. cit. p. 114.

³⁴⁰ Ibn al-Qâdi Samâwana, I, 14.

³⁴¹ Emile Tyan, op. cit. p. 184.

décadence de l'institution judiciaire, au cours de la période mamlûk allait entraîner la suppression de certaines parties du cérémonial.

- Période abbaside :

Durant toute la période où le calife s'arrogeait le droit de désigner les hauts magistrats de l'empire, une cérémonie d'installation leur fut réservée. Il est entendu que la cérémonie ne se déployait dans toute son ampleur que pour les nominations des *qâdî al-quḍât* et des magistrats des grands ressorts provinciaux nommés par le pouvoir central. La cérémonie protocolaire d'investiture continuait à faire son chemin, même lorsque la responsabilité de nomination fut déléguée aux gouverneurs de province. *Emile Tyan* dit à ce sujet : « Lorsque les gouverneurs de province s'arrogeront le droit de nommer de leur propre autorité des juges pour leur chef-lieu, la même cérémonie y sera célébré »³⁴². Les magistrats des divers districts de province, quant à eux, leurs nominations n'ont donné lieu qu'à une cérémonie simplifiée. Le magistrat désigné pour la haute charge de la magistrature à savoir *qâdî al-quḍât* ou pour un poste de province, nommé directement par le calife, recevait tout d'abord ce qu'on appelle la *hil'a*, qui consistait en des présents de diverses sortes. Ce don qui est la *hil'a* constitue la marque suprême de l'autorité supérieure. C'était une coutume suivie par les *Abbassides*, de faire des dons à tous les hauts fonctionnaires, lors de leur nomination, comme marque de satisfaction et de magnificence. Une formalité préliminaire à la cérémonie d'investiture qui était spéciale aux magistrats de province consistant en ce que le magistrat devait, dès que lui était signifié sa nomination et une fois arrivé au siège de son ressort, se rendre auprès du gouverneur de la province et lui offrir ses hommages. La cérémonie d'investiture des hauts magistrats ne semble pas avoir subi de modifications notables, sous le règne des *Ṭulunides* et des *Ihšidides*.

³⁴² Ibid. p. 185.

- Période fatimide.

La cérémonie d'investiture des *qâdî* nommés directement par le calife ou le roi, devenait encore plus solennel et ses formalités plus nombreuses et compliquées. Nous pouvons, d'ores et déjà, distinguer entre deux phases dans la cérémonie d'investiture fatimide.

- La première phase.

Elle se déroule au palais même du souverain. Elle comprend deux formalités : une lecture du diplôme d'investiture et la remise de la *hil'a*. Une fois la lecture du diplôme d'investiture, *siġġil* terminée, on remettait au magistrat la *hil'a* royale, celle-ci comprenait des présents et des cadeaux que l'autorité offre à ses hauts fonctionnaires. Les présents n'étaient pas rigoureusement les mêmes pour chaque magistrat ; mais ils comprenaient nécessairement des vêtements de parade, une épée et une ou plus d'une mule. Une première partie de ces présents était remise au *qâdî* à l'audience même du calife ou du ministre, et une autre partie à sa sortie du palais³⁴³. Le magistrat désigné reçoit lors de la cérémonie d'investiture, en plus de ses cadeaux un turban et *taylaṣân*, voile doré.

- La deuxième phase du cérémonial.

Elle se passe dans la mosquée de la ville. A la sortie du palais, un cortège entourait le récipiendaire, qui se dirigeait vers la mosquée. A la différence de la cérémonie du palais où l'assistance à l'audience califienne est restreinte aux grands dignitaires de l'Etat, la cérémonie qui aura lieu à la mosquée est ouverte au public, c'est à la mosquée qu'une deuxième lecture du *siġġil* d'investiture allait être faite. Chez les *Mamlûk*, la cérémonie d'investiture, telle que nous l'avions vu fonctionner chez les *Abbassides* et les autres dynasties, continuer à se pratiquer de la même

³⁴³ Ibid. p. 189.

façon. *Ibn Haldûn* nous apprend que lorsqu'il fut nommé au poste de *qâdî al-quḍât* malikite, en l'an 786/1384, par le sultan mamlûk *qalawûn*, ce dernier lui offrit la *hîl'a*.

4-4- Terminologie relative à l'investiture du qâdî.

Après le préambule d'usage, le passage essentiel de l'acte consiste en cette proposition : « je t'ai pris pour lieutenant : *istanabtuka 'annî fî al-qadâ'*. Une autre expression employée aussi couramment, toujours dans le même sens, est la suivante : *istahlāftuka*. Ainsi le *qâdî* d'Égypte en l'an 140/757, s'est substitué, *istahlāfa*, *Yazīd Ibn Bilâl*. L'historien *Tayfûr*, pour relater l'accession de *Yahya Ibn Aqtam*, au poste de *qâdî al quḍât*, dit, expression absolument équivalente dans l'esprit de l'auteur, que le calife *al-Ma'mûn* le prit comme vizir : *istawzarahu*, et il ajoute qu'il acquit sur le calife une influence prépondérante³⁴⁴. Cela ne signifie pas qu'*Ibn Aqtam* fut nommé ministre, charge qu'il aurait cumulée avec celle de grand juge, mais qu'il a été, en fait, le principal assistant, collaborateur et conseiller intime du souverain. *Al-Mawardî* dit que : « Les termes qui servent à l'investiture du *qâdî*, sont de deux catégories, *ḍarbân*, explicite, *ṣarîḥ* et implicite, *kinâya*. Les termes explicites sont aux nombres de quatre : *qaladtuka, wallaytuka, istahlāftuka, istanabtuka* »³⁴⁵. Toute personne ayant reçue ces termes devienne *qâdî*.

Les termes implicites sont aux nombres de sept : *qad i'tamadtu 'alayka, wa 'awwatlu 'alayka, wa radadtu ilayka, wa ġa'altu ilayka, wa fawwadtu ilayka, wa wakkaltu ilayka, wa 'asnadtu ilayka*. Compte tenu de l'imprécision qu'accusent ces termes, *al-Mawardî* dit qu'il faut qu'un terme précis vient s'y ajouter pour que l'acte d'investiture soit effectif, l'exemple en cela : *fa-anzur fî ma wakkaltuhu ilayka wa ḥkum fî ma'tamadtu fîhi*

³⁴⁴ Ibid, p. 189.

³⁴⁵ op. cit. p. 113.

'alayka. A partir de là, dit *al-Mawardî*, l'acte devient valable et pour qu'il soit entièrement valable faut-il que la personne sollicitée y exprime son consentement. Le candidat à cette charge peut donner son consentement verbalement illico si l'offre lui fut signifiée verbalement, cependant, s'elle lui fut par écrit, ou par correspondance il lui est loisible de prendre le temps d'y répondre.

Cinquième chapitre. Le tribunal du qâdî musulman et ses caractéristiques.

Le rappel historique que nous venons de consacrer à la charge du *qâdî*, le magistrat judiciaire musulman, nous a permis de relever les remarques suivantes : les autorités compétentes en matière de désignation des juges n'étaient presque jamais la même, au cours de l'évolution de la société musulmane, celles-ci n'a eu de cesse de changer au gré des circonstances. La fonction judiciaire, sans souffrir d'une quelconque entorse, n'a fait, quant à elle que se consolider. Pour mieux saisir la nature et le mécanisme interne du fonctionnement de cette institution, il nous a paru utile de nous y attarder dans les pages qui suivront.

5-1. Le principe de l'unicité du juge.

Le principe de l'unité du juge a depuis toujours dominé dans la procédure judiciaire musulmane. Le *qâdî* musulman est un juge unique, il applique un jugement unique, la *šarî'a*. Il statue sans appel. Ses compétences s'étendent sur l'ensemble des contestations, de quelque ordre qu'elles soient ; civiles ou criminelles. Il dénoue le drame familial : répudiation ou succession, aussi bien que le procès en matière mobilière ou immobilière, réelle ou personnelle, civile ou commerciale. Au lieu de recourir directement au tribunal du *qâdî*, il est également autorisé de désigner un arbitre, *ḥakam* en vue de dénouer un différend. Seule une

personne qualifiée pour être *qâdî* peut être *ḥakam* ; ce dernier est forcé d'appliquer le droit musulman, et son jugement peut être invalide par le *qâdî* régulier s'il ne correspond pas à la doctrine de l'école juridique dont il se réclame³⁴⁶. La sentence du *ḥakam* n'est contraignante que pour les parties qui l'on désigné ; il ne peut pas prendre de décision à l'encontre de la '*aqîla*³⁴⁷ pour le prix du sang, dans le cas d'un homicide avec *ḥaṭa*'. La compétence du juge musulman couvre uniquement les justiciables musulmans, mais cette restriction des compétences du *qâdî* musulman aux seuls justiciables musulmans ne doit pas être entendu comme une incompétence absolue, selon *al-Šafi'î* qui dit : « Cette incompétence de principe du juge musulman quant aux non musulmans n'exclut pas sa compétence dans le cas exceptionnel d'accord en ce sens, de tels plaideurs. »³⁴⁸. C'est ce qui explique que *al-Šafi'î* donne des règles pour le cas où le *qâdî* connaîtrait de procès entre non musulmans ; c'est la seule interprétation qui permet de concilier entre la règle de principe énoncée par *al-Šafi'î* et ses développements sur la procédure qu'il indique quant aux procès des non musulmans. Lorsque le *qâdî* musulman est amené à juger les conflits entre *dimmi*, il fera prêter le serment déféré au juif ou au chrétien, dans la synagogue ou à l'église, endroits qu'ils respectent le plus, afin d'ajouter à la solennité de l'acte ; la femme chrétienne ou juive mariée à un musulman conservera son statut personnel, et sa succession sera dévolue conformément à sa loi religieuse. Mais dans le mariage entre un musulman et une femme chrétienne ou juive, la loi musulmane gouverne les conditions

³⁴⁶ Al-Mawardî, op. cit. p. 111.

³⁴⁷ Dans l'Arabie préislamique, lorsque la tribu contribuait au paiement des compositions pour l'homicide commis par l'un du sien, elle se dénommait '*aqîla*. « Le mot '*aqîla* dérive de '*aql*, qui correspond au mot *diyya*, composition. On ne sait pas, au juste, pourquoi la *diyya* a été appelée ainsi ; car, il n'y a pas de synonymie entre ces mots. Les uns disent que le verbe '*aqala*, voulant dire retenir, empêcher, la *diyya* a été appelée '*aql* parce qu'elle empêche le sang d'être versé, du moins, impunément. D'autres, qui semblent mieux dans le vrai, expliquent l'analogie par la coutume d'après laquelle les débiteurs de la *diyya* allaient, la nuit, avec les chameaux, près de la tente des parents de la victime et attachaient, *ya 'qilûna*, ces chameaux dont l'ayants-droit prenaient possession le matin. Il est probable que c'est cette explication, réelle, qui a donné lieu à la première, symbolique ». Emile Tyan, *Responsabilité Délict*. Op. cit. p. 113.

³⁴⁸ *Kitâb al-'Umm*, Dâr al-Fikr, Beyrouth, 1410 / 1990, t. VII, pp. 44, 45.

de validité, les effets et les modes de dissolution ; le mariage est valable s'il est conforme à la *Šari'a*, encore que la religion de l'épouse le lui interdise ; la femme demeurée chrétienne ou juive aura les mêmes droits et sera soumise aux mêmes obligations que la musulmane. Les non musulmans, de ce fait, sont autorisés à faire juger leurs contestations en certaines matières. Le Coran dit : « Si, les juifs ont recours à ton jugement, juge entre eux ou abstiens-toi... Si tu te charges de les juger, juge les avec équité. »³⁴⁹. Quant aux affaires qui ont trait au statut personnel, successions, propriété et droits réels, le juge musulman n'en possède pas compétence c'est leurs juges religieux qui en ont la charge, suivant en cela la prescription coranique : « Les gens de l'Évangile jugeront suivant l'Évangile... »³⁵⁰. Selon l'interprétation qui a prévalu du verset, V. 46, ici cité, le *qâdî* musulman est tenu de statuer si les parties sont d'accord pour lui soumettre leur différend³⁵¹.

Très tôt en Islam, s'est posé le problème du rite qui devait prévaloir lorsque les parties en procès sont de rites différents. La réponse des jurisconsultes est la suivante.

- Entre parties de rites différents, le choix du rite appartient au défendeur si, au lieu de son domicile, il existe un *qâdî* de chacun des rites respectifs. Le défendeur n'est donc pas obligé de suivre son propre rite, s'il peut invoquer une règle plus favorable du rite du demandeur.

- Le *qâdî* nommé pour juger les litiges conformément à un rite déterminé doit s'en tenir à cette discipline. Le choix du défendeur disparaît donc, lorsque, dans le lieu de son domicile, il n'existe de *qâdî* que d'une seule Ecole.

- Si donc la limitation de la mission de juger conformément aux

³⁴⁹ Cor. V, 42. Voir l'explication qui donne *al-Šâf'î* à ce verset, dans le *Kitâb al-Umm*, op. cit. p. 44, 45.

³⁵⁰ Cor. V. 46.

³⁵¹ *Kitâb al-Umm*, op. cit. pp. 44, 45.

prescriptions d'un rite déterminé n'a pas été insérée dans l'acte d'investiture d'un magistrat, rien ne l'empêche de faire application au litige, du rite choisi par le défendeur.

- Le litige tranché par le juge suivant un rite déterminé ne peut être repris devant un magistrat d'un autre rite, à l'effet de le faire juger suivants d'autres règles.

5-2- Conditions d'aptitude à la magistrature judiciaire.

L'accès au poste de la magistrature est exigible d'un certains nombre de conditions que la tradition répartisse en deux catégories, relatives au fond et à la forme.

A -Conditions légales de fond.

Al-Mawardî enseigne, dans les *Aḥkâm al-sulṭâniyya*³⁵², que les conditions d'aptitude aux fonctions judiciaires sont au nombre de sept.

- Le sexe masculin et la puberté.

Le juge doit être un homme de sexe masculin et pubère, la femme n'est pas apte aux fonctions judiciaires, bien que d'autres lui autorisent d'occuper cette fonction, exemple l'*imâm Abû Ḥanîfa* qui considère que la femme est de droit d'occuper la fonction judiciaire dans toutes les matières où elle serait amené à se constituer comme témoin. La femme selon le rite *hanafite*, peut valablement être juge en toutes matières, sauf lorsqu'il s'agit de l'application de la Loi du talion, *qiṣâs*, ou des peines prévues par le Coran³⁵³. Les auteurs rattachent cette règle au principe général suivant lequel les conditions d'aptitude à la magistrature sont les mêmes que les conditions d'aptitudes au témoignage. Selon *al-Ṭabarî*, « le sexe masculin ne serait pas requis comme condition d'aptitude aux fonctions judiciaires ;

³⁵² Op. cit. p. 107-108.

³⁵³ Ibid. p. 107.

et les femmes y sont aptes, dans les mêmes conditions que l'homme. »³⁵⁴. Sous le califat d'*al-Muqtadir*, 295/907- 320/932, souverain abbasside, on rapporte que sa mère, qui avait une influence notable sur les affaires de l'empire, avait désigné une femme de son entourage, *Tumayl*, pour statuer en matière des *mazâlim*, procédure de recours devant le pouvoir suprême. Ladite *Tumayl* tenait à cet effet des audiences régulières, entourée de *qâdî* et de notable³⁵⁵.

- **La puberté.** Conjointement au sexe masculin, le magistrat doit être pubère, *bâliġ*. C'est pourquoi, toujours en raison de l'analogie qu'établissent les juristes entre le témoignage et la juridiction, l'impubère est déclarée inapte aux fonctions judiciaires. L'impubère n'est pas apte aux fonctions judiciaires parce que, disent les auteurs, avec plus de raison qu'« il est irresponsable qu'étant incapable de faire pour lui-même un acte juridique, a fortiori, il ne pourrait en faire, qui puisse concerner un tiers. »³⁵⁶.

Si les dispositions de la loi sont, ainsi, formulées dans l'absolue, c'était à un âge avancé que l'on accédait à un poste de judicature ; la preuve en résulte des rares cas où l'on voit des hommes, nommés, tout jeunes, magistrats. La jeunesse n'est pas en effet, un obstacle de principe à l'accession aux fonctions judiciaires. « 'Umar aurait nommé un jeune homme *qâdî* de Damas, en se contentant de s'assurer de sa science juridique. »³⁵⁷. Un fait plus important encore, c'est l'accession au poste de *qâdî al-quḍât* du successeur de *Ḥassân Ibn Abî al-Šawârib*, *Yûsuf Ibn 'Umar*, alors qu'il n'avait que vingt ans³⁵⁸.

L'âge de puberté est fixé, dans le *madhab ḥanafite*, à quinze ans révolus. Mais, entre cet âge et l'âge de douze ans révolus, l'individu peut

³⁵⁴ Ibid. P. 107.

³⁵⁵ Fâ'iZa Bal-'Asrî, *tatawur wilâyat al-mazâlim*, REMALD, Rabat, 2002, n° 34, p. 25.

³⁵⁶ Emile Tyan, op. cit. p. 164.

³⁵⁷ Ibid. p. 164.

³⁵⁸ Ibid. p. 164.

être reconnu capable, si du fait de sa constitution physique particulière, il présente déjà des signes physiologiques de la puberté³⁵⁹. La majorité est déterminée par des indications physiques, par la déclaration de l'adolescent en question, ou, à défaut, par l'âge de quinze années lunaires³⁶⁰. Le *mukallaf*, individu totalement responsable, a la capacité de contracter et de disposer, *tašarruf*; il doit remplir ses devoirs religieux, et il est pleinement soumis à la loi criminelle, étant capable de propos délibéré, *'amd*. L'aliéné, *mağnûn* et l'enfant, *tifl* sont totalement incapables, mais peuvent être astreints à certaines obligations financières; l'idiot, *ma'tûh* et le mineur, *šabiy*, *šağîr* ont, en outre, la capacité de conclure des transactions complètement à leur avantage et d'accepter donations et dons charitables; les mineurs, intelligents, doués de discernement, *šabiy ya'qil*, *mumayyiz*, peuvent en outre se convertir à l'Islam, recevoir une procuration, etc. En ce qui concerne le *safih*, le majeur irresponsable, par exemple un prodigue, on discute le point de savoir s'il est soumis à une interdiction, *hağr*³⁶¹ ou responsable en principe, mais placé sous la protection des autorités jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de vingt-cinq années lunaires³⁶².

- L'intelligence : Constitue la deuxième raison d'aptitude aux fonctions judiciaires. Cette notion sous entend, selon *al-Mawardî*: « non pas l'entendement qui rend l'individu responsable de ses actes, du fait de son aptitude à comprendre les choses nécessaires et courantes de la vie; le candidat doit en plus, jouir d'un discernement judicieux, n'être pas sujet à

³⁵⁹ Art. 987 de la Mağalla.

³⁶⁰ Joseph Sacht, op. cit. p. 108.

³⁶¹ « La capacité de disposer d'un bien peut être étendue ou restreinte, respectivement par *idn* ou par *hağr*. L' *idn*, permission, peut être accordée à un mineur par son père, ou un autre tuteur légal, sauf s'il s'agit de transactions qui seraient à son complet désavantage, par exemple: divorce, affranchissement, reconnaissance de dette.... Le terme de *hağr*, restriction, interdiction, s'applique à la fois au statut et à l'acte par lequel on l'impose; le mineur et l'esclave, de façon habituelle, l'enfant et l'aliéné, nécessairement, ont le statut de *hağr*. En tant qu'acte, le *hağr* est nécessaire pour révoquer des tours repréhensibles au public, contre le médecin ignorant qui fait courir des dangers à ses malades, contre l'entrepreneur de transport en faillite, ce cas est retenu parce que la transaction en cause, *igâra*, est fondée sur un paiement d'avance. » Joseph Schacht. Op. cit. p. 108.

³⁶² Ibid. p. 108.

la distraction, être capable de dénouer des situations compliquées. »³⁶³.

- **La liberté.** Le candidat à la magistrature doit être de statut social, libre, par opposition au statut d'esclave. L'incapacité de l'individu qui ne jouit pas du statut de liberté aux fonctions judiciaires est une des conséquences naturelles de l'état d'esclavage. Comme le dit bien logiquement *al-Mawardî* : « l'esclave n'ayant pas autorité sur sa propre personne, ne peut en acquérir sur autrui. »³⁶⁴. De plus, « l'état d'esclavage étant un empêchement au témoignage constitue, a fortiori, un empêchement à l'accession à une fonction publique et à l'exercice de l'autorité. »³⁶⁵.

Cette incapacité s'étend également aux individus, qui ne jouissent pas du statut complet de liberté. *Al-Mawardî* désigne par là, « l'esclave bénéficiaire d'un affranchissement à cause de mort, l'esclave qui a stipulé son affranchissement sous condition de paiement d'une somme déterminée d'argent, et l'esclave bénéficiaire d'un affranchissement partiel. »³⁶⁶.

Par ailleurs, si l'esclave obtient son affranchissement, son droit à occuper les postes de la magistrature judiciaire est total. *Al-Mawardî* ajoute que même s'il était soumis à des droits de patronat, *wa'in kâna 'alayhi walâ'*. »³⁶⁷.

- **L'appartenance religieuse.** Etant liée à principes religieux, le *qâdâ'* musulman exige que le candidat à la magistrature soit de confession musulmane. Cette condition se justifie, en premier lieu, parce que le témoignage en justice du non musulman, dans le droit musulman tel qu'il s'est définitivement constitué, n'est pas admissible. Elle résulte également d'un texte coranique suivant lequel : « Dieu ne donnera aucune autorité

³⁶³ Op. cit. p. 108.

³⁶⁴ Op. Cit. pp. 107-108.

³⁶⁵ Ibid. p. 108.

³⁶⁶ Ibid. p. 108.

³⁶⁷ Ibid. p. 108.

aux infidèles sur les musulmans. »³⁶⁸. Cette incapacité dont est frappé le non musulman ne concerne que la juridiction qui s'exerce sur les musulmans. *Abû Hânîfa*, ajoute, toutefois : « Le non musulman peut être nommé par l'autorité islamique même, pour juger les différends entre les membres de sa communauté. »³⁶⁹. Mais la doctrine classique, en général, ne reconnaît pas à un tel magistrat une condition juridique identique³⁷⁰ à celle d'un *qâdî* proprement dit, en ce sens que, d'autre part, le pouvoir musulman n'est pas obligé de donner l'appui de la force publique pour l'exécution de ses sentences. Cependant, les auteurs de la basse époque n'expriment plus ces réserves tout au moins sur le deuxième point lorsqu'ils reconnaissent que le non musulman peut être nommé par l'autorité islamique *qâdî* parmi ses coreligionnaires.

-L'équité, al-'adâla, est la cinquième condition requise, dit *al-Mawardî*, pour l'accession à toutes sortes de fonctions publiques comme aussi pour l'admissibilité du témoignage. D'après *al-Mawardî*, la '*adâla* équivaldrait à une véritable perfection morale et religieuse³⁷¹. La notion de '*adâla* implique donc la notion de la qualité de bonne moralité, bon caractère, qui vient à s'opposer au terme de *fusûq*, immoralité, caractère de celui qui commis des péchés graves. Le contraire de quelqu'un qui est '*adl* est le *fâsiq* ; entre les deux se trouve le *mastûr*, celui à propos duquel on ne connaît rien de défavorable. La qualité de '*adl* est une exigence religieuse et non juridique ; le *qâdî* ne doit pas recevoir le témoignage d'un *fâsiq*, mais si il le fait, le jugement qu'il rend en s'appuyant sur ce témoignage est valide. Si un *qâdî* était '*adl* et était devenu *fâsiq* par la suite, sa

³⁶⁸ Cor. IV, 141.

³⁶⁹ Mawardî, op. cit. p. 108.

³⁷⁰ « *Abû-ḥanîfa*, ne considère pas que le statut du candidat choisi pour juger les différends entre les membres de sa communauté comme étant celui du *qâdî* proprement dit. Il s'agit d'une désignation de prééminence, *ri'âsa*, ou de chefferie, *za'âma*. ». *Al-Mawardî*, op. cit. p. 108.

³⁷¹ Op. cit. p. 108.

nomination n'est pas invalide³⁷².

- les facultés sensorielles, Les sens de l'ouïe et de la vue. C'est par ces deux sens que le *qâdî* pourra « distinguer entre le demandeur et le défendeur, le plaideur qui avoue et celui qui nie, la vérité et l'erreur. »³⁷³. Les auteurs *hanafites* ajoute à cela que le candidat ne doit pas être muet. En revanche, dans l'école *šafi'ite* seule, l'usage de la vue est indiqué expressément parmi les conditions d'aptitude. En dehors de la cécité, de la surdité et du mutisme, aucune infirmité n'entraîne incapacité à être nommé *qâdî*. Un paralytique pourrait valablement accéder à la magistrature³⁷⁴.

-La science juridique. La dernière condition d'aptitude, selon la classification fournie par *al-Mawardî* est la science juridique. Tout candidat ayant vocation à briguer un poste de la magistrature doit connaître la Loi, le *šar'*. Il doit connaître le permis et le défendu et toutes les règles. Les éléments de cette connaissance, comporte, principalement, la science des racines, ou fondements du droit, *al-uşûl* qui sont : le Coran et toutes les prescriptions qu'il contient, qu'elles soient d'ordre général ou particulier, avec leur commentaire, ainsi que la distinction entre les versets abrogés, *nâsih* et les versets, abrogés, *mansûh*; deuxièmement la *Sunna* du Prophète, résultant de ses paroles et de ses actes, ainsi que les procédés de transmission de cette *Sunna* et son caractère authentique ; troisièmement, l'interprétation du Coran et de la *Sunna*, suivant la Tradition, et la connaissance des règles sur lesquelles en cette matière l'accord unanime, *iğmâ'* s'est établi, que le *qâdî* doit suivre, ainsi que les règles suscitant des controverses pour lesquelles le *qâdî* conserve sa liberté d'appréciation ; quatrièmement, le *qiyâs*, qui permet de statuer sur les difficultés dont on ne trouve pas la solution dans le Coran, la *Sunna* ou l'*iğmâ'*, par raisonnement

³⁷² Joseph Schacht, op. Cit. p. 108.

³⁷³ Al-Mawardî, op. Cit. p. 108.

³⁷⁴ Emile Tyan, op. cit. p. 167.

trouvant appui sur un texte de sources premières.

Aussi bien, la condition de science juridique signifie à proprement parler, non seulement la connaissance des textes mêmes de la loi tels qu'ils sont établis dans les sources premières, mais aussi la capacité de déduire, par la méthode du raisonnement, les solutions appropriées. C'est ce qu'on appelle la capacité de l'*iğtihād* ; le *qâdî* doit être en principe un *muğtahid*. *Al-Mawardî* insiste particulièrement sur cette sixième condition. A plus d'une reprise, il affirme que la nomination d'un *qâdî* non *muğtahid* est nulle de plein droit, que seraient nuls, dans les mêmes conditions, les jugements que rendrait ce *qâdî* ; et que l'accord sur ces points est unanime entre les juristes. A l'appui de sa doctrine, *al-Mawardî*, comme d'autres auteurs, ne manque pas d'invoquer des traditions, d'après lesquelles le Prophète lui-même, avant de nommer ses *qâdî*, les examinait sur leurs connaissances juridiques.

Lorsque le candidat est en possession de la connaissance juridique, dit *al-Mawardî*, il devient digne de *muğtahid*, et acquiert l'aptitude à juger et à même fournir des consultations judiciaires, *fatwa*. »³⁷⁵. Il semble bien, dit *Emile Tyan* que : « Pendant l'apogée de l'institution judiciaire, le *qâdî al-quḍât* procédait parfois à un examen professionnel du candidat, portant aussi bien sur ses connaissances juridiques que sur d'autres qualités accessoires, particulièrement appréciées³⁷⁶. »³⁷⁷.

B -Conditions de fait.

Jusqu'ici, nous avons évoqué que les conditions légales, d'aptitudes aux fonctions judiciaires, cependant, il existe d'autres considérations qui

³⁷⁵ Emile Tyan, op. Cit. p. 169.

³⁷⁶ *Ibn Aqtam*, nommait *qâdî al-quḍât*, posait au candidat certaines questions de droit. Le même *Ibn Aqtam* donnait à son maître, le calife *al-Ma'mûn*, pour éprouver les qualités de discrétion et de sérieux d'un candidat, le conseil suivant : "Fais savoir au *qâdî* que tu veux nommer, ton intention à ce sujet et ordonne-lui d'en garder le secret ; vérifie ensuite ce qu'il fera, en le faisant surveiller par des espions. ».

Emile Tyan, op. cit. p. 169.

³⁷⁷ Ibid. p. 169.

entraient en ligne de compte et jouaient un rôle important dans le recrutement de la magistrature. Nous avons choisi la plus importante d'entre elles, à savoir, l'appartenance au *madhab*.

- **Les madhab.** En Islam sunnite sont constituées, d'assez bonne heure, quatre Ecoles théologico-juridiques, *al-madâhib al-arba'a*. *ḥanafite*, *ṣafī'ite*, *malikite* et *ḥanbalite*. La doctrine a toujours soutenu que le *qâḍī* est libre d'adopter dans ses décisions l'opinion enseignée par l'un quelconque des quatre Ecoles, ou *madhab* ; que même reconnu comme partisan d'un *madhab* déterminé lors de son entrée en charge, il peut, soit, sur un point déterminé, suivre un *madhab* ; que l'autorité supérieure ne peut pas imposer à un *qâḍī*, lors de sa nomination ou par la suite, l'obligation de juger suivant tel ou tel *madhab* ; que, le cas échéant, cette obligation serait nulle, sans que cette nullité affectât la nomination elle même.

Les différences doctrinales entre les écoles juridiques, fussent, en réalité, loin d'être nombreuses, ni essentielles, ces *madhab* ne tardèrent pas à revêtir un caractère nettement politique, qui fut générateur de controverses très vives. Il n'est pas étonnant de voir que les autorités supérieures dans les différentes parties du monde musulman, suivant qu'elles adoptaient tel ou tel *madhab*, ne recrutaient leurs fonctionnaires, et, plus spécialement, les magistrats, chargés de l'application du *sar'*, interprété suivant les enseignements divergents des *madâhib*, que parmi les adeptes du *madhab* auquel elles appartenaient elles-mêmes. Ce facteur politique a joué un rôle de premier plan dans l'expansion du *madhab* et leur prépondérance dans les diverses parties du monde musulman. Telle dynastie fidèle au *madhab* hanafite, ne choisissait ses juges, ses maîtres d'écoles, pour peu qu'elle ne rencontrât pas de résistance trop forte de la population, que parmi les adeptes du même *madhab*, et arrivait ainsi à le

propager dans toute l'étendue du territoire soumis à son autorité. Les *qâdî* eux-mêmes, ou les grands dignitaires qui avaient pouvoir de nomination aux postes judiciaires, ne manquaient pas d'agir dans le même sens.

En général, sous les *Abbassides*, ce fut d'abord l'école *ḥanafite* puis *Šafi'ite*, sous les *Ottomans*, très résolument, la *ḥanafite*, tandis que, sous les *Umayyades* d'Espagne, l'école *malikite* jouissait d'un monopole jalousement gardé. L'affiliation du juge à une école juridique avait plus d'importance pour les justiciables que pour le souverain. De nombreux juges, surtout à l'époque primitive, admettaient l'appartenance du peuple à une école différente de la leur, mais bien des difficultés se manifestèrent, en particulier lorsque la population du pays était divisée entre plusieurs écoles ; pour y remédier, on eut souvent recours, pour la première fois au Caire en, 525/1131, à la nomination de plusieurs *qâdî* dont l'un avait officiellement la préséance sur ses collègues, mais parmi lesquels les parties pouvaient choisir librement.

C'est dans la désignation du titulaire au poste de grand juge que la condition de *madhab* jouait un rôle de premier plan. Le *qâdî al-quḍât* était censé représenter la doctrine religieuse et juridique de la dynastie régnante, puisqu'il était le vicaire, le *nâ'ib* principal, du calife ou du sultan. Nécessairement, il devait professer le même *madhab* que son maître. Après l'avènement des *Mamlûk*, la question du *madhab* jouera un rôle déterminant dans la création de quatre postes de grands juges : il y en aura un de chaque *madhab*. Dorénavant, dans toutes les provinces, comme dans la métropole, où cette pluralité de *qâdî al-quḍât* existera, la condition naturelle de nomination d'un candidat à l'un d'eux fut son appartenance au *madhab* correspondant au poste sollicité.

- L'origine territoriale, et ethnique du candidat.

Certains auteurs font part, dans leurs ouvrages, de cette condition de

fait. Au sein du monde musulman, dit *Emile Tyan*, « encore uni par la foi religieuse, les aspirations nationales des différentes races n'avaient pas abdiqué complètement. L'Egyptien du Caire ne sentait naturellement pas chez lui auprès de l'Irakien de Bagdad, et le Syrien de Damas ne communiait pas dans les mêmes sentiments avec l'habitant de l'Afrique occidentale. A l'intérieur de chacune des communautés, unies sous le signe de l'Islam, l'amour propre national affirmait ses exigences dans l'attribution des postes administratifs et judiciaires. Le particularisme des grandes villes, tout au moins des capitales, jouait, aussi, un rôle considérable. »³⁷⁸. Le même auteur ajoute que : « en conséquence, le pouvoir central ne manquait pas de prendre en considération ce sentiment dans le choix des magistrats locaux qui relevaient directement de lui. Sous les Abbassides, dit-il, il n'était pas admis que le *qâdî al-quḍât*, siégeant à Bagdad, fût étranger à cette ville. »³⁷⁹. *Al-Kindi* rapporte qu'après la mort de *Abû-Ḥazîma*, *qâdî* d'Egypte, le calife *Al-Manṣûr* avait nommé un magistrat qui n'était pas Egyptien. Grand émoi parmi les habitants du Caire, qui décident d'envoyer une délégation à Bagdad pour protester contre ce qu'ils considèrent comme un passe-droit et une humiliation. Les délégués ayant été reçus au palais impérial, leur porte-parole dit au calife : « Pourquoi cherches-tu à nous faire du tort, ô prince des Croyants ! Tu veux ainsi nous humilier au regard de tout le monde ; proclamer, en mettant à notre tête un homme qui nous est étranger, qu'il ne se trouve dans notre pays aucun homme capable d'exercer la magistrature ». Le calife répondit : « Soit ! Indiquez-moi vous mêmes un candidat ». Et les délégués citaient deux noms et le calife, le souverain nomma l'un des deux candidats proposés. »³⁸⁰.

Bien entendu, ces conditions de fait ne rentrent pas en ligne directe

³⁷⁸ Op. cit. p. 171.

³⁷⁹ Emile Tyan, *ibid.* p. 171..

³⁸⁰ *Wulât*, p. 370.

dans les conditions légales d'aptitudes aux fonctions judiciaires, elles sont le résultat de l'évolution de la société musulmane et de ses nouvelles exigences. Les auteurs classiques n'ont fait aucune mention expresse. Chez *al-Mawardî*, lui-même aucune allusion n'est faite au sujet des conditions de fait.

5-3. Composition du tribunal du qâdî.

1-le conseil du qâdî, mašûra.

Le conseil du magistrat judiciaire musulman est constitué à partir d'un nombre plus au moins restreint de juristes, assistant de leurs avis le juge. Il est un organe de simple consultation, sur des points de droit ; la décision du jugement appartient au juge, il n'a aucune compétence délibérative. La consultation de ce conseil n'est pas obligatoire ; mais c'est une pratique qui remonte aux premiers siècles de l'hégire et qui s'est maintenue d'une manière générale dans tout l'Islam. A la *mašûra*, le conseil du juge, se relie la pratique de la consultation, *fatwa*.

2-Les muftî.

Le *muftî* est ce celui qui fournit les *fatwas* ou réponses juridiques, appelées encore *ağwiba* ou *nawâzil*, c'est-à-dire, espèces. Nommé par l'autorité, le *mufti* donnera des audiences dans certaines mosquées, comme le *qâdî* y rend la justice et l'*imâm* y fait la prière ; il recevra dans certains pays un traitement. Mais là même où le *muftî* est fonctionnarisé, il y aura encore le *muftî* libre, à côté du *muftî* officiel. Les personnes qui sont aptes à fournir les *fatwas* sont celles qui possèdent la maîtrise des sources principales du droit musulman. *Ibn Haldûn* met en garde les autorités contre les *muftî* qui ne possèdent pas les qualifications requises pour la fonction. Cet auteur dit : « En ce qui concerne le *muftî*, le calife doit choisir, parmi les docteurs de la loi et les professeurs, ceux qui sont les plus

qualifiés. Il doit les aider dans leur tâche et barrer la route aux incapables. Car c'est une fonction d'intérêt public pour la communauté musulmane. Le calife doit prendre garde d'empêcher des personnes non qualifiées de devenir *mufî* et d'égarer le peuple. »³⁸¹.

Les conditions d'aptitudes seront pour les deux catégories, l'honorabilité et la connaissance de la Loi. Au début, on exigera la qualité de *muğtahid*. Par la suite on devra se contenter d'une science suffisante. Il est tout naturel que l' *iftâ'* ou pratique de la consultation juridique achemine le *mufî* vers la judicature, dont la *mašûra* est, en quelque sorte l'antichambre.

3-Les 'adûl, témoins du qâdî.

Les témoins du juge, sont le deuxième élément de l'organisation de son prétoire, *mahkama*. Ce sont des hommes, justes, présentant les qualités de probité et moralité réunies dans le terme de 'adâla. En droit musulman la preuve par excellence est le témoignage ; l'écrit, en soi, est sans valeur parce qu'il peut faire l'objet d'un faux, c'est pour cela que l'on exige des 'adûl la droiture et une bonne moralité. C'est au qâdî, selon les juristes musulmans, de vérifier ces qualités chez les 'adul. Ibn Haldûn soumit cette mission au qâdî parce que dit-il : « les choses peuvent manquer de clarté, et le qâdî est le seul à savoir qui est digne de confiance et qui ne l'est pas. C'est pourquoi il autorise à témoigner uniquement ceux dont la probité, 'adâla est certaine, pour que les intérêts et les transactions des particuliers soient en de bonnes mains. »³⁸². Dans les débuts, lorsque les témoins produits à l'audience paraissaient de moralité douteuse, le qâdî procédait à une enquête, dite *tazqiyya*, qui aboutissait à un agrément, *ridâ*, رضى, ou une reproche, *tağrîh*, نجرىح. Le qâdî après s'être assuré de la moralité d'un

³⁸¹ *Al-Muqaddima*, op. cit. p. 341.

³⁸² Op. cit. p. 349.

individu, le reconnaît, d'ores et déjà, comme un témoin véridique dont il n'admettra pas, en principe, la récusation devant son tribunal ; constatant sa valeur morale il en fait un témoin, d'avance agréé³⁸³. La preuve peut ainsi être préconstituée : il suffira de demander à ce témoin de prendre acte de tel fait, de telle transaction. L'écriture, sous la forme d'une consignation des dépositions, assurera ensuite la conservation de la preuve. L'originalité du système des *'adûl* suivant les expressions de *Louis Milliot* : « réside dans le fait que la preuve du contenu du document ne résulte pas de l'écrit lui-même, mais des témoignages qui y sont consignés. Il faudra donc que l'écriture soit certifiée par d'autres témoins ; c'est-à-dire que, lorsque le témoin *'adl* aura consigné par écrit les déclarations dont on l'aura requis de prendre acte, d'autres témoins viendront affirmer que l'écriture est bien de lui. »³⁸⁴. Même lorsque l'écriture sera largement employée dans les transactions juridiques, même lorsque les greffes réguliers, avec tout ce qu'ils comportent de pièces et d'archives, seront constitués auprès des tribunaux, la preuve du contenu des documents privés et publiques résultera, comme le constate *Emile Tyan*³⁸⁵, non point de l'écrit en soi, mais des témoignages qui y figureront. C'est pourquoi, tous les actes sous seings privés ou authentiques seront toujours certifiés par deux témoins, au moins. Les expéditions des jugements porteront en tête une formule courante : « Ceci est ce qui a été certifié par le témoignage des témoins, ou bien, s'adressant aux témoins, le juge dit : « Je vous prends à témoins de mon jugement. ». La propre écriture, le cachet, la signature d'un juge sur un acte, dit *Ibn Farhûn*³⁸⁶, ne lui confèrent aucune valeur probante s'ils ne sont pas certifiés par des témoins. *Emile Tyan* dit que : « l'usage de l'écriture ne s'est développé que sous le couvert du témoignage. »³⁸⁷.

³⁸³ Louis Milliot. Op. cit. p. 702.

³⁸⁴ Ibid. p. 702.

³⁸⁵ Op. cit. p. 237.

³⁸⁶ Op. cit. II, 37 et s.

³⁸⁷ Op. cit. p. 237.

L'écrit en soi n'avait aucune valeur ; que le titre écrit ne peut pas constituer une preuve. Si quelqu'un dit : j'ai bien rédigé de ma main un acte qui porte que je déclare me reconnaître débiteur d'une somme de mille dirham envers telle personne », cet écrit n'en resterait pas moins dépourvu de toute valeur³⁸⁸. *Emile Tyan* qui commente ce passage dit : « A plus forte raison, si le demandeur produit un titre reconnu, par une vérification d'écritures, comme rédigé de la main du défendeur, celui-ci ne pourrait être condamné sur la foi du titre. »³⁸⁹.

La fonction du témoin légal qui est primitivement la relation orale d'un fait que l'on a vu ou entendu, a fini par perdre sa nature propre pour devenir une simple certification écrite du contenu d'un écrit. Cette transformation de la fonction avait donné naissance à une nouvelle charge proprement dite de notaire, ou témoin instrumentaire, appelé également *'adûl*.

L'évolution, donc, du système probatoire musulman, du témoignage exclusivement oral vers la reconnaissance de la preuve écrite, avait comme conséquence directe la création de la profession de notaire. Au cours de son évolution la profession en question finit par prendre la forme d'une institution autonome, assortie de règles propres. Rappelons juste que dans la pratique notariale que ce fut la fonction qui a engendré l'organe. *Ibn Haldûn* cite le notariat parmi les fonctions religieuses du califat, l'auteur dit : « La fonction de témoin légal, *'âdil* est de caractère religieux. Elle dépend du *qâdî* et relève de son tribunal. Le témoin légal témoigne, avec l'agrément du *qâdî*, à charge ou à décharge. Il sert de témoin si besoin est, témoigne aux procès et tient les registres inventaires des droits. Telle est la fonction de témoin instrumentaire »³⁹⁰. Dans certains ouvrages de droit,

³⁸⁸ Al-Fatâwî al-Hindiyya, cité par Emile Tyan, *Le Notariat et Le Régime de La preuve par écrit dans La pratique du droit musulman*, 2^e éd, sans date, ni lieu d'édition, p. 5.

³⁸⁹ Ibid, p. 5.

³⁹⁰ Op. cit. p. 349.

des chapitres distincts et étendus traitent de la pratique notariale que l'on considère, désormais, comme une *sinâ'a* ou profession qualifiée. Des textes législatifs la réglementent comme telle. Une terminologie servira à désigner tout spécialement la pratique notariale. Le terme *šâhid*, *šuhûd* continuait à être employé pour désigner les notaires. *'Adâla* et *'âdil* sont très fréquents dans les ouvrages de certains auteurs de *madhab*. Une autre expression désignant la pratique notariale est celle de *šurûṭ*, qui donnera le nom de la science juridique consacrée à la pratique notariale. Dans le même paradigme du *šurûṭ* on trouve *šarâṭ* ou *kâtib al-šurûṭ*, pour désigner l'agent qui occupe la profession du notariat. Un autre terme, qui paraît avoir cours spécialement en Orient, est celui de *šakkak*, qui rédige les *šakk*, actes ou documents juridiques. *Joseph schacht* reconnaît dans les origines du terme moderne de chèque³⁹¹ le terme *šakk* arabe. Dans l'Occident musulman, les termes de *kitâbat al-waṭâ'iq*, *tawṭiq*, pour désigner le notariat, *muwattiq*, *wattâq*, *waṭâ'iqî*, *sâhib al-waṭâ'iq*, pour désigner les notaires, sont les plus fréquents.

5-4-Conditions d'aptitudes à la profession des 'adûl.

La profession des *'adûl* ou notaire ne restera donc pas une profession entièrement libre. L'intervention des pouvoirs publics se produira sous deux formes : une forme légale, ayant pour objet la détermination des conditions d'aptitude, l'établissement des règles d'exercice de la profession etc. ; et une forme administrative, ayant pour objet d'assurer, en fait, l'application, dans les cas particuliers, des conditions légales. *Ibn Haldûn* dit que : « Les conditions requises pour remplir cette charge de juste témoin, *'âdil* sont la probité, *'adâla* et l'intégrité, à l'abri de tout reproche. D'autre part, le témoin instrumentaire doit pouvoir rédiger les actes et le contrat en bonne et due forme, en observant strictement les

³⁹¹ Op. cit. p. 70.

règles de la loi religieuse. Il lui faut donc connaissances suffisantes en jurisprudence, *fiqh*. En raison de ces conditions, et de l'expérience pratique requise, la charge de témoin instrumentaire a été réservée aux gens intègres. La probité en vint à être considérée comme la caractéristique de ces témoins, alors qu'en réalité elle n'est que l'une des qualités requises pour leur nomination »³⁹². Le devoir du *qâdî* est donc, de s'assurer de la probité des candidats à la fonction de notariat, par le procédé de la *tazkiyya*. Il s'agit d'une enquête que le *qâdî* doit mener à dessein de recueillir suffisamment de renseignements sur la personnalité de l'éventuel candidat. *Ibn Haldûn* dit que le *qâdî* : « ne doit souffrir aucune négligence sur ce point, car c'est son devoir de sauvegarder l'intérêt du public. Il est responsable de tout et garantit, l'indépendance de la justice. Une fois que ces témoins se sont montrés qualifiés, ils sont très utiles au *qâdî*. Ce sont eux qui doivent déterminer le degré de moralité de gens dont le juge ignore la probité, en raison de l'étendue des grandes villes et du mélange de la population »³⁹³. De l'accord de tous les auteurs musulmans, il ressort que le notaire doit avoir une bonne calligraphie. Puisque c'est lui qui rédige les actes juridiques, destinés souvent à être lus par un nombre considérable de personnes, il faut bien que cette rédaction se présente sous une forme sinon agréable tout au moins facilement lisible. *Ibn 'Abdûn* à ce sujet dit que : « Nul ne doit exercer la profession de notaire que s'il est connu pour avoir une bonne calligraphie »³⁹⁴. La deuxième condition est la connaissance de la langue arabe. La langue arabe est, en effet, dans de nombreux pays musulmans, la langue officielle, celle des tribunaux, en même temps qu'elle est la langue usuelle. Ce n'est que si le notaire possède bien cette langue qu'il peut rédiger correctement les actes

³⁹² Op. cit. p. 349.

³⁹³ Ibid. p. 349.

³⁹⁴ *Talâtat rasâ'il Andalusîyya fî adab al-Hisba wa al-muhtasib*. Imprimerie de l'Institut Français d'Achéologie Orientale, Le Caire, 1955, p. 13.

juridiques, exprimer fidèlement la volonté des parties, donner à leurs engagements leur portée exacte. La simple connaissance du style arabe n'est pas suffisante. Il doit s'y ajouter, l'art de ce qu'on appelle la *wirâqa*, le style notarial : l'ensemble des expressions, constructions grammaticales, tours de phrases, l'ordre de présentation des diverses parties du contrat etc., en usage dans la pratique notariale. Pour certains auteurs, l'absence de l'art de *wirâqa*, entache l'acte d'un vice professionnel³⁹⁵.

Le notaire doit, en quatrième lieu, connaître la loi religieuse, il doit être un *faqîh*. Condition bien naturelle, encore, puisque le notaire est devenu le professionnel auquel s'adressent les particuliers non seulement pour donner à leurs conventions la garantie des conditions légales de forme et de fond qu'il n'est pas à la portée de tout le monde de connaître. Sur la question de savoir quelle serait la responsabilité du notaire qui délivrerait aux parties un acte ne répondant pas aux conditions légales et nulles par conséquent ? *Al-Nuwayrî* répond que le notaire devrait simplement dédommager ses clients du prix du papier ou du parchemin employé ainsi en vain³⁹⁶.

La culture juridique que l'on exige du notaire, est d'autant plus nécessaire que beaucoup de questions de droit, qui sont à la base des transactions juridiques les plus courantes, sont objet de controverses doctrinales : le notaire doit être suffisamment versé dans la connaissance de la discipline juridique et suffisamment habile pour éviter, par l'emploi de tournures et formules appropriées, que la validité des actes ne subissent pratiquement le contrecoup de telles controverses. Il est, aussi, important pour le notaire de connaître ce qu'on appelle les *hiyyal al-šar'iyya*, c'est largement répandues dans la pratique courante, cette ensemble de procédés empirique qui, par des artifices apparemment légaux, servent à tourner les

³⁹⁵ Nuwayrî, op. cit. IX, 6 ; voir également Emile Tyan, *Le Notariat*, op. cit. p. 32.

³⁹⁶ Ibid. IX, 4 -5.

interdictions légales ou à rendre admissibles des solutions non consacrées théoriquement. Le notaire doit être en mesure de donner satisfaction à ceux de ces clients qui, voulant atteindre tel résultat ne connaissent pas le détournement légal propre à l'assuré. Une des conditions citées par des auteurs comme *al-Nuwayrî*³⁹⁷ et *Ibn Farḥûn*³⁹⁸, est un corollaire de la condition précédente : le notaire doit connaître, l'arithmétique et les règles de régime successoral. Il sera ainsi capable d'établir régulièrement les actes de liquidation de sociétés et de succession, de répartition exacte des parts. D'après certains autres auteurs, le notaire doit, aussi, bien connaître les usages et les coutumes de la localité où il exerce sa profession³⁹⁹.

5-5- Les auxiliaires de justice.

Le tribunal musulman comporte plusieurs catégories de fonctionnaires chargés de l'accomplissement des actes de procédure. Certains fonctionnaires existaient antérieurement à d'autres, mais en principe, dès le troisième siècle, on se trouve en présence d'un système complet d'organisation du corps des auxiliaires de justice. Lors de son évolution ultérieure, le corps des auxiliaires de justice comportait des agents chargés, aussi bien, pour recueillir les actes d'audiences que pour assurer la sécurité et la citation des parties. D'autres fonctionnaires étaient affectés à des tâches exceptionnelles. Ces fonctionnaires sont nommés en fonction des charges qui leur ont été confiées.

En dehors du *kâtib* qui faisaient office du greffe, lequel avait la tâche de recueillir toutes les déclarations des parties en procès, on rencontre le *muzakkî* dont la charge était de vérifier la moralité des témoins, l'interprète, le *buwwab*, le *sâhib al-mağlis*, huissiers, *qassam*, *'amîn al-ḥukm*, *ḥâzin diwân al-ḥukm*.

³⁹⁷ Emile Tyan, *Le Notariat*, op. cit. p. 33.

³⁹⁸ Ibid. p. 33.

³⁹⁹ Ibn Farḥûn, *tabṣīrat al-ḥukkam*, Le Caire, 1301 de l'hégire, p. 191.

a- Le greffier, *Kâtib*.

Les greffiers sont, avec les *šuhûd*, des fonctionnaires qui constituent l'entourage immédiat du *qâdî*, ils sont ses hommes de confiance, au courant des secrets du service, et sur lesquels il doit pouvoir toujours compter. La fonction de *kâtib*, littéralement scribe, consiste à recueillir par écrit les déclarations des parties au procès, la prétention du demandeur et la réponse du défenseur, les répliques et dupliques, les dépositions des témoins, etc. Suivant *al-Sarahsî*⁴⁰⁰ suivi en cela par d'autres auteurs, la fonction du *kâtib* consiste à consigner sur son procès-verbal tous les actes de la procédure. Il fait la lecture à l'audience, de toutes les pièces produites par l'une et l'autre partie. Le greffier est appelé également à rédiger lui-même tous les actes juridiques auxquels les intéressés veulent donner force authentique. C'est le greffier qui est préposé à la tenue des registres et des archives du tribunal. C'est lui qui veille à la mise en ordre de toutes les pièces et des *qimtâr* dans lesquels ces pièces sont conservées. L'activité du *kâtib*, ne consiste pas uniquement, comme son nom l'indique, à rédiger les actes, mais il joue un rôle très important de collaborateur juridique du juge. Il assiste à la délibération qui a lieu entre le magistrat et les membres de son consilium, *mašûra*, de suppléer, aussi bien de manière occasionnelle que de manière permanente, le *qâdî* dans l'exercice même de la juridiction ; c'est dans cette optique qu'il faudrait comprendre les formulations des juristes qui exigent que ces collaborateurs aient une connaissance parfaite de la loi religieuse. *Sarahsî* dit que : « Le greffier a une vocation de droit à la fonction de vicaire. »⁴⁰¹. Nombreux sont les greffiers qui exercent cumulativement leurs fonctions mêmes et les fonctions judiciaires proprement dites. Cette pratique de la délégation s'applique a fortiori aux attributions judiciaires accessoires, telles que la

⁴⁰⁰ Op. cit. XVI, 90. Šâfi'î, V, 243.

⁴⁰¹ Op. cit. XVI, 94.

gestion des biens de mainmorte ou *waqf*, des biens des incapables, les opérations de partage, etc. Il n'est donc pas étonnant de constater que la magistrature se recrutait, dans une large mesure, dans le personnel des greffes. Ainsi, cette profession constituait encore comme un stage pour les fonctions judiciaires⁴⁰².

A l'audience, la place du *kâtib* est aux côtés du magistrat, afin, disent les auteurs, d'une part, que le magistrat soit en mesure de contrôler sans cesse le travail de son greffier et qu'il soit impossible aux plaideurs de communiquer avec lui et de le corrompre ; et que, d'autre part, il soit facile au magistrat de consulter toutes pièces du dossier dont il aurait besoin au cours de l'audience.

b- Le muzakkî.

C'est un agent désigné par le juge dans le but désigné de faire des enquêtes sur les témoins. Il existe deux sortes de fonctionnaires, tous les deux désignés par le *qâdî* pour la même mission mais pour des personnes différentes. Tandis que l'un de ces deux fonctionnaires est chargé d'enquêter sur la moralité des témoins fixes, les *šuhûd*, auxiliaires immédiat du *qâdî*, l'autre est chargé d'enquêter sur la moralité des témoins ordinaires cités par les parties en procès. Le *muzakki* est appelé également, le *sâhib al-masâ'il* ou préposé à l'enquête.

c- L'interprète.

En langue arabe le mot interprète se dit *mutarğim*. C'est une obligation pour le magistrat d'avoir à son service un interprète. Il ne s'agit pas d'un interprète appelé à l'occasion d'un procès déterminé, mais d'un fonctionnaire permanent, auxiliaire de justice, chargé de traduire au juge les déclarations des plaideurs qui ignorent la langue arabe. Certains auteurs

⁴⁰² Emile Tyan, op. cit. p. 256.

assimilant la traduction à un témoignage, exigent que le *qâdî* ait deux *mutarğim* à la fois. Mais cette opinion est restée isolée, et la pratique consacrée par l'opinion dominante se contente d'un interprète unique⁴⁰³.

d- Le bawwâb.

Le *bawwâb*, littéralement le portier, agent subalterne, se tenant à la porte du prétoire. Le rôle de cet agent consiste à maintenir l'ordre parmi les plaideurs et le public et d'empêcher l'encombrement. Il n'autorise les plaideurs à se présenter devant le juge que chacun suivant son rang, établi d'après le moment auquel il est arrivé au prétoire ; et il assigne à chaque plaideur la place à laquelle il doit se tenir devant le juge. C'est pourquoi le *bawwâb* doit se rendre de bonne heure au siège du tribunal, pour observer l'ordre d'arrivée des plaideurs. Il lui est prescrit d'observer une stricte égalité parmi les justiciables, éviter de donner le pas aux riches et aux puissants sur les pauvres et les faibles, de n'accepter aucun pot-de-vin pour faire passer un plaideur avant l'autre. Il arrive que le *bawwâb* soit doublé d'un autre fonctionnaire appelé *hâğib*, plus particulièrement attaché à la personne du *qâdî*. Le *hâğib*, a pour fonction de ne permettre qu'aux intéressés d'accéder auprès du magistrat et d'accompagner ce dernier comme garde du corps, dans ses déplacements⁴⁰⁴.

e- le şâhib al-mağlis.

Le *şâhib al-mağlis* fait partie de ces agents, à côté du *bawwab*, chargé de veiller sur le bon déroulement du procès, préposés au service intérieur de l'audience et aux significations. Le *şâhib al-mağlis* qui est connu aussi par le terme de *ğilwâz* est chargé de la police de l'audience. Il se tient auprès du *qâdî* et tient à la main un fouet, *sawt*, dont il peut faire usage contre toute personne qui n'observerait pas une attitude correcte ou

⁴⁰³ Ibn Farhûn, op. cit. I, 25; Şafi'î, op. cit. VI, 208.

⁴⁰⁴ Emile Tyan, op. cit. p. 259.

troublerait l'audience. Il veille, lui aussi, à ce que les plaideurs ne se présentent devant le juge, pour exposer leur cause, qu'à leur tour, suivant le rang déjà établi.

f- 'awn, huissiers.

'*Awn*, pluriel *a'wân*, sont des auxiliaires du juge chargés de signifier aux parties les injonctions du juge et de les faire comparaître devant lui, au besoin, par la force. Ces '*awn* sont proprement dits des huissiers. Ils portent également le nom de *rasûl*, littéralement, messenger. Ils assistent aussi à l'audience. Il est recommandé au *qâdi* de restreindre autant que possible le nombre de ses collaborateurs, *a'wân*. D'après *Ibn 'Abdûn*, même pour un grand ressort, comme Séville, où le rôle de juge est très chargé, le *qâdi* ne devrait pas avoir plus de dix *a'wân*. Ils doivent être choisis parmi les personnes de bonnes mœurs et être plutôt d'âge mûr⁴⁰⁵.

g- qassâm.

Un fonctionnaire spécial peut être préposé aux opérations de partage, c'est le *qâsim* ou *qassâm*. Il est mandaté par le juge pour le suppléer dans les situations où il y a sujet à répartir un bien, etc., entre les ayants droit. Le *qassâm* dispose à cet effet des connaissances suffisantes touchant au droit successoral et en toutes matières où il y a partage. C'est dans ce sens que nous comprenons la citation de *al-Nuwayrî* qui dit que: " Le *qassâm* exerce une partie de la juridiction du juge."⁴⁰⁶. Le juge ne fait qu'homologuer la décision du *qassâm*; car cet auxiliaire justice rend une véritable décision de partage.

h- Amîn al-ḥukm.

Si, autrefois, le juge confiait certaines tâches aux témoins légales, ses collaborateurs immédiats, comme la garde des biens des incapables,

⁴⁰⁵ Voir, Emile Tyan, op. cit. p. 259.

⁴⁰⁶ Op ; cit. VI, 26.

orphelins, absents, etc.... la pratique s'est instaurée dans le sens qu'un fonctionnaire appelé *amîn al-ḥukm* fut institué spécialement à cet effet. Mais cette fonction n'a pas survécu très longtemps ; elle céda la place à un tuteur désigné par le juge. L'*amîn al-ḥukm* était désigné essentiellement pour la gestion des biens des mineurs orphelins. Placé sous le contrôle direct du juge, l'*amîn al-ḥukm* n'avait qu'un pouvoir d'administration. Il ne pouvait entreprendre les actes de dispositions que suivant une procédure se déroulant devant le juge et après autorisation expresse de celui-ci⁴⁰⁷.

I - Hâzin diwân al-ḥukm.

Il s'agit d'un fonctionnaire chargé de la garde des archives du tribunal. Jusqu'au début du V siècle de l'hégire, en Egypte, ces archives étaient déposées au domicile même du magistrat ou de son greffier. On signale que le qâdi d'Egypte *Ibn al- 'Awwâm*, durant les années 405/1014-418/1027, transféra ces archives à la mosquée, qui servait de prétoire, où il les déposa dans un local distinct. Cependant, dès le milieu du IV siècle de l'hégire, on relève des traces certaines de l'existence de *hâzin diwân al-ḥukm*.

Il est enfin recommandé au juge de désigner une personne de confiance, chargée de le renseigner sur ce que pense et dit le public au sujet de sa conduite, de ses jugements et des *ṣuhûd* qui l'assistent dans l'exercice de ses fonctions.

Sixième chapitre. La procédure judiciaire en droit musulman.

En droit musulman, il est retenu qu'aucune action judiciaire ne peut avoir lieu, en l'absence d'un plaignant, *al-Mudda'î*. Pour qu'il y ait procès, il faudrait que la partie accusatrice porte plainte contre la partie mise en accusation. Dans la nomenclature juridique musulmane, le terme *mudda'î*

⁴⁰⁷ Al- Nuwayrî, op. cit. IX, 49, 58.

est celui qui a la faculté d'abandonner l'action quand il veut⁴⁰⁸. La partie adverse est connue sous le nom du *mudda'a 'alayhi*, ou défendeur. Celui-ci ne serait pas nécessairement celui contre qui l'action est intentée. *Ibn 'Aṣīm*⁴⁰⁹ dit, en effet, que le demandeur est celui en faveur duquel l'état normal des faits ne relève aucune présomption ; et *Halil* entend par demandeur la personne qui prétend que l'état apparent et ordinaire des choses n'est pas conforme à la réalité ; par défendeur celui qui soutient le contraire. Toujours d'après *Ibn 'Aṣīm*, le défendeur est celui qui ne peut, à sa volonté, empêcher l'action de se poursuivre⁴¹⁰. Enfin selon *al-Šaybānī*⁴¹¹, le défendeur est celui qui résiste ou nie. Dans certains cas, il devient difficile de déterminer si le demandeur est capable d'être poursuivi. L'agent qui a reçu mandat d'acheter un immeuble est capable d'être poursuivi en vertu d'une réclamation en préemption, aussi longtemps, qu'il n'a pas livré le bien à son mandat ; le possesseur d'un objet n'est pas capable d'être poursuivi pour sa remise s'il déclare qu'il le tient en dépôt pour une tierce partie absente, mais il est capable de l'être s'il déclare qu'il l'a acheté d'une tierce personne absente, ou si le demandeur soutient que le défendeur le détient en usurpation.

Il est donc d'une importance primordiale de déterminer la place de chacune des parties impliquées dans un procès. En raison des règles astreignantes du droit islamique à propos du témoignage qui rendent impossible la production de la preuve dans bien des procès, le problème de savoir qui est le plaignant et qui est le défendeur revient souvent à déterminer quelle déclaration fera foi, en faveur de qui jouera la présomption. Il n'est pas toujours possible de fournir une réponse formelle à ce propos ; très souvent, chaque partie porte plainte, contre l'autre, et

⁴⁰⁸ Louis Milliot, op. cit. p. 721.

⁴⁰⁹ Ibid. 721.

⁴¹⁰ Ibid. 721.

⁴¹¹ Ibid. p.721.

dans ce cas, toutes deux doivent prêter serment, cette procédure est appelée *tahâluḥ*.

Notons que le droit musulman ne connaît pas l'institution du ministère public. Aussi longtemps, comme il a été noté précédemment, qu'aucune des parties n'a recours au *qâḍî*, celui-ci ne se mêle de rien. Les parties en litiges doivent être présentes dans la même séance. L'instance ne pourra être liée que si le défendeur accepte à comparaître devant le juge, qu'on l'y traîne obtorto collo ou qu'on l'y contraigne par des voies d'exécution indirectes, de telle sorte qu'il ne peut pas y avoir de condamnation par défaut. La procédure de défaut, est prévue par le droit musulman dans le cas où le défendeur après maintes sommations refuse de comparaître. Lorsque le juge est saisi d'une plainte, il doit d'abord examiner s'elle est recevable, valide, *saḥiḥ*, et notamment si le défendeur peut être poursuivi, s'il est *ḥaṣm*, terme qui s'applique également aux parties en cause, en général ; si tel est le cas, le procès a bien lieu en public. Pour introduire une action en justice, le droit musulman suggère à ce que le plaignant se saisisse du défendeur pour le traîner devant le juge. Si le plaignant déclare qu'il a des témoins, le *qâḍî* peut demander un garant pour la personne du défendeur pendant trois jours, ou encore le plaignant peut exercer personnellement une surveillance sur la personne du défendeur en le suivant partout, sauf s'il rentre dans sa maison, et ceci pendant la même durée, cette surveillance personnelle est appelée *mazlama*. Si le défendeur fait défaut, son garant est emprisonné, lequel, de son côté, peut faire emprisonner le défendeur afin qu'on soit assuré de sa comparution. Mais le défendeur ne peut être forcé à plaider ; il peut refuser, *nukûl*, de répondre à l'interrogatoire ou de prêter serment, sauf dans les cas de *li'ân* ou de *qasâma*, où un procès ou un serment peuvent lui être imposés par emprisonnement. A fortiori n'est-on pas en droit de lui arracher des aveux

par la torture⁴¹². Lorsque le défendeur accepte de comparaître le juge pouvait débiter la séance du jugement. L'instance se déroule, en principe, devant les parties elles mêmes ; les représentants, *wukalâ*⁴¹³ ne sont admis que pour les incapables, les femmes, et en cas d'empêchement sérieux, tel que l'éloignement. Les affaires sont appelées dans l'ordre où les plaideurs se sont présentés ; celles qui revêtent un caractère d'urgence sont examinées par priorité. Le demandeur est invité à formuler ses prétentions ; sa demande doit énoncer un motif raisonnable d'agir ; il obtient immédiatement gain de cause si le défendeur en reconnaît le bien fondé. Si celui-ci le conteste, le procès est poursuivi contradictoirement entre les adversaires, *huṣūm*, et le demandeur doit fournir ses preuves, *bayyina, šawâhid, dalîl, 'ilal*, et le défendeur sa défense. Le *fiqh* prévoit que dans le cas de contestations entre partie, le demandeur doit fournir la preuve de ses prétentions et à défaut le défendeur doit prêter serment, suivant, l'adage, البينة لمن ادعى واليمين على من انكر. Des délais peuvent être accordés à cet effet, passés lesquels le jugement sera prononcé, après constatation de la forclusion, *ta'zîr*, afin d'empêcher que l'affaire ne soit ultérieurement reprise sur de nouveaux arguments. Lorsque le demandeur ne peut pas fournir de preuves, ou si le témoin est absent, le *qâdî* demande au défendeur, comme nous avons signalé précédemment, à condition que le demandeur l'exige, de prêter serment, uniquement à propos des faits et non de leur caractère juste ou injuste ; si le défendeur prête serment, le

⁴¹²Telle est l'avis, également de la doctrine juridique représentée par *Al-Mawardî* dans les *Ahkâm al-sultaniyya*, op. cit. p. 117. Al-Šafi'î réserve un exposé à cet adage dans le *kitâb al-Umm*, op. cit. IV, 3 et suivantes.

⁴¹³ La personne chargée des intérêts judiciaires d'une autre personne. Selon la doctrine, le *wakîl*, terme désignant donc le plaideur, ne souffre d'aucune restriction en matière de défense. Dans la pratique du mandat judiciaire, le *wakîl* peut intervenir dans toutes sortes de litiges. Les difficultés qu'aurait un particulier, ignorant généralement la loi, à défendre lui-même en justice ses intérêts, l'incitent à confier ce soin à un spécialiste-praticien. La représentation en justice devient une profession à laquelle se consacrent des personnes qualifiées par leurs connaissances juridiques, plus particulièrement, leur habileté dans la pratique judiciaire. Sans que l'exercice de la profession soit subordonné à des conditions spéciales quelconques d'admission, sans que les membres de cette profession constituent, en quelque façon ce soit, un ordre ou une association, ils n'en forment pas moins un groupe distinct d'hommes de loi : ce sont les *wukalâ*'.

procès est clos ; s'il refuse de prêter serment, ce refus est connu sous le terme juridique de *nukûl*, le jugement est rendu en faveur du plaignant ; on conseille d'offrir au défendeur à trois reprises de prêter serment. Certains auteurs admettent que le jugement en faveur du demandeur ne doit être rendu que lorsque le défendeur prête serment de lui-même sans qu'on l'y suggère. Seul le défendeur doit prêter serment et non les témoins.

La pluralité des personnes intéressées à l'instance : demandeurs et défendeurs, est une cause de complications dans la procédure. Par exemple, en cas de vente des biens d'autrui, *bay' fudûlî*, le propriétaire revendiquera contre l'acquéreur en possession, lequel agira ensuite en restitution du prix payé contre le vendeur ; mais le locataire ou l'usufruitier poursuivra l'usurpateur, directement sans faire intervenir le propriétaire. En ce qui concerne les successions, la règle générale est que l'héritier est demandeur ou défendeur dans tout procès qui aurait pu être intenté par ou contre le de *cujus*. S'il y a plusieurs héritiers, celui d'entre eux qui est en possession d'un bien successoral revendiqué par un étranger peut seul être actionné en justice et son aveu ne lie pas ses cohéritiers ; mais l'un d'eux peut demander le paiement d'une dette existant au profit de la succession et faire prononcer un jugement en faveur de tous, sauf à prendre seulement la part qui lui revient. Le créancier d'une somme d'argent sur la succession peut actionner un seul des héritiers, saisi ou non des effets de la succession et prendre jugements contre tous. Ceux qui n'ont pas été partie à l'instance pourront demander, le cas échéant, l'annulation de la procédure, par exemple, en cas d'irrégularité grave, mais non que l'instance soit reprise pour leur part ; dans une certaine mesure les cohéritiers se représentent donc mutuellement en justice. Il en va autrement de la simple copropriété d'un bien déterminé : chacun des indivisaires ne peut être condamné que dans les limites de sa part. Enfin, tout membre d'un groupement dépassant un certain chiffre et dont le nombre est, dès lors, considéré comme illimité,

par exemple plus de cent personnes, peut agir en justice pour soutenir les droits de la communauté dans une route, un fleuve, un pacage. Au dessous de ce chiffre tous les intéressés devraient se présenter devant le magistrat.

Nous avons déjà noté que le défendeur peut lui arriver de se borner à contester la demande et à nier le bien-fondé. Si la preuve fournie par le demandeur est admissible et suffisante au soutien de l'instance, il obtiendra un jugement favorable ; au cas contraire il peut aussi invoquer une exception, dite *daf'* ; par exemple, à une demande de somme d'argent, répondre qu'il a payé ou qu'il lui a été accordé remise ou transaction. S'il fait la preuve de son allégation le demandeur perd son procès. Dans tous les cas, le prévenu ne peut être considéré coupable, aussi longtemps qu'aucune preuve contre lui ne soit fournie ni un aveu ne soit fait en bonne et due forme. Ceci nous conduit à parler de la présomption en droit musulman.

6-1-La présomption.

Le droit musulman réserve à la notion de présomption une part importante dans sa réflexion sur les actions judiciaires. Il n'est pas souvent, aisé d'accorder la présomption à l'une ou à l'autre partie, notamment en l'absence d'une preuve irréfutable. Le principe général du droit musulman est que la présomption joue en faveur de la partie qui nie par opposition à la partie qui affirme ou qui réclame. Dans un litige se rapportant à l'usufruit dans un contrat d'*iğâra*, il s'agit du loueur, mais dans un contrat de location, c'est le locataire. Il y a de nombreux cas simples de ce genre, mais plus nombreux encore, sont les exemples compliqués qui, pris dans leur ensemble, constituent des cas très emmêlés avec des divergences d'opinions très nombreuses entre les autorités de l'école juridique en question. Les exemples suivant visent à illustrer quelques considérations à ce propos. D'abord on tient compte de la probabilité objective. Dans le cas

de la propriété d'ustensiles domestiques, la présomption joue en faveur de la femme en ce qui concerne les objets destinés à être utilisés par les femmes, et inversement. Dans un procès concernant le *mahr*, la dote du mariage, la présomption joue en faveur du mari si le montant déclaré par lui est égal ou supérieur au juste *mahr*, et en faveur de la femme si le montant déclaré par elle est égal ou inférieur au juste *mahr* ; s'il ne s'agit ni d'un cas ni de l'autre, on propose aux deux parties de prêter serment, et si toutes le prêtent, le jugement est prononcé au niveau du juste *mahr*. Les exemples de ce genre de procès foisonnent dans la littérature juridique musulmane. Le principe qui consiste à tenir compte des conditions actuelles comme décisives est particulièrement formel. Si l'eau d'un moulin loué cesse de couler et si le locataire affirme que ce fut le cas depuis le début du bail, alors que le loueur prétend que cela vient seulement de se produire, on retient la déclaration soit du loueur, soit du locataire, selon que l'eau coule ou non au moment du procès. En contrepartie existe le principe de l'antidater aussi peu que possible un évènement.

6-2. L'organe chargé de l'exécution des sentences.

Le droit musulman relatif à l'exécution de la sentence du *qâdi* distingue entre les actions relevant, d'une part, du domaine du pénal, *ğinâyât* et d'autre part, les actions relevant du domaine du civil. Pour les actions relevant du *ğinâyât* et étant donné qu'il n'y a pas d'exécution ex officio, l'Etat met seulement ses fonctionnaires à la disposition des parties intéressées ; mais l'exécution des jugements du *ğadd* incombe au devoir de l'imâm. Tandis que pour les actions relatives au civil, les droits des biens et des obligations, c'est le juge qui se charge à leurs exécutions. Le *qâdi* est responsable de l'application du *ta'zîr*, et il contrôle les prisons. Il procède à l'emprisonnement du débiteur, dans le cas d'une créance,

jusqu'à ce qu'il paye ; si ce dernier affirme être misérable, il n'est incarcéré que pour des dettes créées par des transactions qui impliquent le paiement d'un équivalent, comme la vente, le prêt, le gage et également le *mahr*, qui est immédiatement exigible, mais pour les autres dettes, seulement si son créancier prouve qu'il a des ressources suffisantes. Il est maintenu en prison jusqu'à ce que le *qâdi* soit convaincu qu'il paierait s'il en avait les moyens. Est également emprisonné l'usurpateur qui prétend que l'objet usurpé a disparu, jusqu'au moment où le *qâdi* est convaincu qu'il rendrait l'objet s'il existait encore. Cet emprisonnement est défini comme une période de deux à trois mois, mais il est maintenu si le créancier prouve que le débiteur a des moyens suffisants ; si le débiteur tombe malade, il est libéré. La saisie judiciaire est inconnue en droit musulman. Si le débiteur est libéré de prison parce qu'il est incapable de payer, il est déclaré banqueroutier, *muflis* ; on discute le point de savoir si cela annule sa dette, ou si le ou les créanciers peuvent encore recourir à une action personnelle en surveillant sa personne et en lui enlevant le surplus de ses gains.

6-3-La preuve légale, al-bayyina.

Le système probatoire, dans le droit musulman, repose sur le principe que la sentence du juge doit être fondée sur la certitude, *yaqîn*, non sur la conjecture, *dan* ; de ce fait, le juge ne doit pas formuler sa décision sur son intime conviction, sauf en matière de récusation de témoin. La Loi indique les modes de preuve qui doivent être admis dans telle catégorie d'affaires et la valeur à leur attribuer ; c'est un régime de preuve légale. Suivant en cela la prescription coranique qui exhorte les musulmans à s'assurer de la véracité des faits rapportés, en les soumettant à une vérification probatoire⁴¹⁴. Le principe de la preuve, veut que lorsqu'un juge, par

⁴¹⁴ Cor. IV, 94 ; XXXIX, 6.

exemple, est saisi d'une demande la doit agréer si elle est appuyée du nombre de témoignages requis, il est tenu de leur appliquer, au préalable, les règles édictées afin de les guider dans l'appréciation de l'honorabilité des témoins et de la sincérité de leurs dépositions au cas où les parties produisent des attestations contraires, d'autres règles établissent les causes de préférence entre les dépositions contradictoires. Toutefois, les juristes, étaient d'accord, à l'origine, pour déclarer qu'aucun magistrat n'est obligé de juger sur le fondement d'une preuve valable en la forme, mais contraire à sa connaissance personnelle de l'affaire et qu'il doit s'abstenir de prononcer une sentence quand les éléments de décision sont insuffisants. Sur la question de savoir si le juge peut juger une affaire sur sa simple connaissance des faits. *Al-Buhâri* répond que : « Le juge n'est pas autorisé de juger une affaire selon sa connaissance des faits, sans le témoignage d'un tiers. »⁴¹⁵.

Les preuves de loin les plus importants sont les dépositions des témoins, *šahâda* ; à tel point que le terme *bayyina* est parfois employé comme synonyme de témoins. La reconnaissance, *i'tirâf*, n'est pas, à strictement parler, une preuve, si elle est faite au cours du procès ; en théorie, elle est plus faible que la déposition des témoins et, pour porter tous ses effets en tant que moyen le plus décisif et incontestable de créer des obligations, elle doit être appuyée par des témoins. Cet avis et celle des juristes du *hijâz*⁴¹⁶. Certains juristes de l'Iraq admettent que le juge est de droit de rendre son jugement respectivement à tous ce qu'il peut entendre ou voir durant l'audience.

La déposition du témoin est admise en toute matière, quelle que soit l'importance du litige. Le Coran recommande l'emploi de l'écrit dans l'établissement des conventions. Il est stipulé dans le verset 282 de la

⁴¹⁵ . *Sahîh*, 383, 21. لا ينبغي للحاكم ان يمضي قضاء بعلمه دون علم غيره .

⁴¹⁶ وقال اهل الحجاز لا يقضي بعلمه شهد بذلك في ولايته او قبلها ولو اقر خصم عنده لاخر بحق في مجلس القضاء فانه لا يقضي عليه في قول بعضهم حتى يدعوا بشاهدين فيحضرهما اقراره .

Sourate II ce qui suit : « O Croyants, lorsque vous contractez une dette payable à une époque fixée, mettez-le par écrit... Ce procédé est plus juste devant Dieu, mieux accommodé aux témoignage et plus propre à ôter toute espèce de doute ». Nous devons faire remarquer que nonobstant l'intérêt qu'alloue le Coran au témoignage écrit, la pratique judiciaire ne l'a intégré qu'à une période postérieure que nous pouvons situer vers le II siècle de l'hégire. La raison de ce retard, est expliquée souvent par un *ḥadīṭ* où le Prophète aurait dit que : « Nous sommes une communauté qui ne sait pas écrire ni compter. »⁴¹⁷. Ce *ḥadīṭ*, nous paraît peu crédible, sachant que l'écrit du premier temps de l'Islam médinois n'était pas absent, d'ailleurs, lors de chaque transaction que *Muḥammad* passait avec des individus ou des groupes à l'intérieur ou à l'extérieur de la communauté, les biographes ne manquaient pas d'ajouter que ceci était couché par écrit. Certains auteurs pour glorifier la teneur de l'écrit, avancent que le premier écrit utilisé dans l'histoire remonte au temps de la création d'*Adam*⁴¹⁸. L'écrit a été considéré non pas comme un témoignage probant dans les deux premiers siècle de l'Islam, mais seulement comme la valeur d'une précaution mnémotechnique ; il est destiné à rafraîchir le souvenir du témoin. La supériorité de la preuve testimoniale sur la preuve écrite est donc la règle. Cela n'empêche pas, nous le verrons, qu'avec l'organisation de la preuve préconstituée le témoignage a évolué dans le sens d'un rapprochement de l'écrit, tout en conservant ses attaches traditionnelles. Le droit tout entier a pris, dès lors, une physionomie qu'il est bien difficile d'apercevoir dans l'exposé de la matière par les *furū'*, mais qui ressort avec évidence de l'étude pratique des différents moyens probatoires : témoignage, écrit, aveu et serment et de leur hiérarchie. Les documents écrits se révélèrent tellement indispensables en pratique qu'en dépit du

⁴¹⁷ *Tafsīr d'Ibn Katīr*, op. cit. p. 320.

⁴¹⁸ *Tafsīr d'Ibn Katīr*, ibid. p. 320.

dédain persistant où les tenait la théorie, ils restèrent en usage, devinrent l'accompagnement normal de toute transaction importante et provoquèrent l'apparition d'une branche très développée du droit pratique, avec une volumineuse littérature spécialisée, dont les débuts remontent au II^e siècle de l'hégire.

6-4-La preuve écrite.

Tout d'abord, d'orale qu'elle fut, la procédure devient entièrement écrite. Les *'adûl* en sont les greffiers. De tout acte, requête, réponse, de toute production à l'instance, de toute ordonnance ou décision du juge ils dressent un procès verbal que le *qâdî* authentique par l'apposition de la formule : « les deux *'adûl*, ont déposé... ». Avant le fonctionnariat des *'adûl*, l'échange des consentements avait lieu devant des témoins bénévoles qui, en cas de contestation, venaient déposer en justice. Le développement des échanges et leur complication obligent à préconstituer la preuve. A cet effet les parties se présentent devant deux *'adûl*, lesquels *'adûl* dresseront le procès verbal de leurs déclarations respectives et de leur accord. L'acte ainsi consigné, revêtu par le *qâdî* de la formule du *hiṭâb*, ne pourra désormais être contesté quant à l'exactitude de sa rédaction, puisqu'elle est l'oeuvre des *'adûl*, c'est-à-dire de témoins honorables dont le magistrat, en les agréant et en leur confiant cette fonction officielle, a, par avance, fait savoir qu'il ajouterait foi à leurs dépositions⁴¹⁹. L'acte sera également tenu pour authentique par les *qâdî* de la même circonscription et des autres ressorts, après vérifications *ta'rîf* de la signature apposée sous la formule du *hiṭâb*, s'ils l'ignorent.

La branche de la science juridique qui traite des documents écrits est appelée science des *ṣurûṭ*, pluriel de *ṣarṭ* ou stipulations. Nous avons eu l'occasion de citer que le droit musulman, à une époque très ancienne, se

⁴¹⁹ Voir plus haut, les auxiliaires du juge.

sépara à la fois d'une règle explicite du Coran et de la pratique courante en contestant la validité des preuves écrites et en limitant la preuve juridique à la déposition orale des témoins. Cependant, les documents écrits se révèlent tellement indispensables en pratique qu'en dépit du dédain persistant où les tenait la théorie, ils restèrent toujours en usage, devinrent l'accompagnement normal de toute transaction importante. L'apparition de ce nouveau mode probatoire allait provoquer la mise en place d'une branche de la science juridique très développée du droit pratique, dont on a évoqué le nom. Une volumineuse littérature spécialisée, connut le jour, dont les débuts remontent au II^e siècle de l'hégire, VIII^e siècle de l'ère chrétienne. On continua à raisonner en théorie comme s'il n'y avait pas de documents, mais uniquement des dépositions verbales faites par les témoins qui pouvaient éventuellement trouver une aide dans leurs propres archives ; mais en pratique, on continua à agir comme si les documents étaient presque essentiels et comme si le témoignage était une simple formalité destinée à les rendre pleinement valides. Finalement, même la théorie stricte daigna reconnaître l'existence de documents écrits et les admit comme preuves valables, lorsqu'ils avaient été confirmés par des témoins qualifiés. Les *malikites* admettent l'écrit dans la plus large mesure. Les *Hanafites* et les *hanbalites* avec quelques réticences. Tandis que les *Šafi'ites* continuaient à les considérer comme de simples accessoires. En revanche l'utilisation réelle des documents écrits était aussi répandue chez les membres de toutes les écoles. Dans la période moderne, au cours de laquelle l'application du droit musulman et l'organisation de ses tribunaux ont été de plus en plus modifiées par les gouvernements musulmans indépendants, les documents écrits ont généralement été admis comme preuve valable, et parfois la compétence des *qâdî* a été limitée aux procès dans lesquels sont produites des preuves documentaires.

L'évolution préparée par le verset 282, de la sourate, II, accuse trois

différences fondamentales par rapport à la situation primitive :

- Première différence : un monopole du témoignage existe au profit des seuls *'adûl*, témoins rédacteurs officiels investis par l'autorité. La pratique du témoignage *lafîf* trouvera sa justification, malgré de très vives résistances, dans l'absence des *'adûl*, en certaines régions, d'une manière générale à la campagne, la profession s'exerçant principalement dans les villes.
- Deuxième différence : Le témoignage, déposé par écrit, devient un acte écrit, faisant foi du fait des déclarations des parties et de l'exactitude de leur teneur, sous réserve que l'authenticité est l'oeuvre commune de *qâdî* et des *'adûl*. Dans sa forme normale, l'acte exige la présence de deux notaires, *'adûl* ou *'adl* et deux témoins.
- Troisième différence : Sous le régime de la preuve préconstituée, *bayyinat al-tawâtuq*, l'acte des *'adul* repose à la fois sur le témoignage direct et sur le témoignage rapporté. S'agissant par exemple d'une vente, les parties attestent devant les deux rédacteurs qu'elles ont convenu de telle ou telle stipulation dont elles ont exécuté telle partie. Les *'adûl* sont témoins directs du fait de la déposition, plus généralement de tout fait qui se passe en leur présence ; pour le reste ils rapportent seulement ce que les parties reconnaissent elles-mêmes avoir fait hors de leur présence. Il en est de même quand les *'adûl* recueillent, successivement, des témoignages *lafîf*, sorte d'enquête dont les dépositions sont ensuite groupées par douze et authentiquées, sous la double signature, par l'apposition du *hîtab* du *qâdî*, qui en fait

le récolement, *istifsâr* dans les six mois. Par des formules plus compliquées on poursuit toujours le même résultat : la sincérité du témoignage.

Envisagée sous un autre angle, toute déclaration faite devant les '*adûl*' par l'un des contractants ou adversaires est un aveu. Dans la conception musulmane la notion de l'aveu, attestation portée contre soi-même, rejoint celle du témoignage.

6-5- La notion de l'aveu, 'iqrâr.

Le domaine d'application de l'aveu est très vaste en droit musulman. Elle constitue en la forme, la meilleure de toutes les preuves et la plus recherchée, parce qu'irrécusable. L'aveu est accepté par le *qâdî* musulman lorsqu'il émane du défendeur, sans exiger d'autres preuves au demandeur. Il faut qu'il soit inconditionné, sérieux et spontané. La sagacité des parties s'exerce à découvrir l'aveu dans les dires de l'adversaire. Le champ des recherches est étendu, puisqu'il est pris acte par les '*adûl*' de toute déclaration faite au cours de l'instance, et que toute pièce versée aux débats l'auteur de la production est censé avoir fait siennes les énonciations. Enfin l'écrit sous seing privé, reconnu par le scribe ou vérifié comme émanant de lui, est assimilé à un aveu et revêt une force probante considérable, au moins égale à celle d'un acte des '*adûl*'.

Dans son classement de la preuve, la science juridique s'emploie à considérer dans la preuve la prépondérance, *murağğah*, d'une preuve sur une autre. L'aveu se trouve à la tête des autres types de preuves, quant à son importance. Il se confond, d'ailleurs, dans une certaine mesure, avec le témoignage. Le témoignage multiple, *tawâtur*, constitue la primauté sur tout autre témoignage. Le témoignage direct, *šahadat al-batt* constitue la préexcellence sur le témoignage de notoriété ou appuyé sur la notoriété et sur le témoignage rapporté, *mankûl*. Le témoignage par turbe, *lafîf* reste au

demeurant, d'importance moindre, principe, que la qualité des témoins prévaut sur la quantité. Il en existe beaucoup d'autres témoignages dont le détail ne saurait être exposé ici.

6-6. Aptitude au témoignage.

Sont aptes à témoigner, toute personne jouissant d'une maturité de l'intelligence et facultés de perception intactes. Ainsi s'explique l'incapacité de témoigner de l'enfant, celle de l'aliéné, de l'aveugle, pour les choses qui doivent être prouvées par un témoignage visuel, du sourd lorsque la preuve suppose une audition. Le *fiqh* admet le témoignage d'une femme, par exemple, lorsque le témoignage féminin est seul possible, naissance, avortement. La condition ou l'état du témoin ne doit pas rendre suspecte la sincérité des déclarations. Ne sont admis à témoigner les individus ayant une réputation notoire de mensonge ou de mauvaises mœurs, les buveurs et les joueurs, les condamnés aux peines, dites *hudûd*⁴²⁰, réprimées par le Livre ; d'une manière générale tous ceux dont les mauvaises actions sont plus nombreuses que les bonnes, désignés par le qualificatifs de *fâsiq*, dévoyé, par opposition au juste qui suit la voie droite, *'adl*. Signalons toutefois la tendance *hanafite* à considérer tout musulman comme apte au témoignage et à admettre difficilement l'incapacité. La condition du témoin ne doit pas être inspirée de sentiments favorables ou hostiles. On écarte pour cette raison le témoignage du père en faveur du fils et inversement ; de l'esclave en faveur du patron ; du musulman contre le non musulman et inversement ; des parties au soutien de leur instance ; d'une personne ayant des motifs de rancœur contre une autre. Comme dernière précaution contre l'erreur et le faux et pour ne pas attribuer plus de valeur à la parole d'un homme qu'à celle d'un autre homme, on a posé la règle que le témoignage d'un seul est, en principe, insuffisant à faire la

⁴²⁰ Voir la définition de ce terme dans la deuxième partie.

preuve. S'agissant des droits de l'homme, *ḥaqq adamī*⁴²¹, aucune demande n'est accueillie si elle n'est pas appuyée par deux témoins du sexe masculin ou un homme et deux femmes. Dès lors un des plus importants du juge, lorsque l'une des parties a fourni un témoignage qui n'a pas été argué de faux ou d'erreur par son adversaire, est d'enquêter sur la conduite du témoin, gage de son honorabilité, *'adāla*. C'est la procédure de la *tazkiyya*. Elle est poursuivie officiellement ou officieusement par le juge lui-même, avec l'aide de personnes connaissant le témoin, sa vie, son caractère et ses habitudes. Si le témoin est étranger, le juge du lieu de sa résidence fera l'enquête. De son côté, la partie adverse peut critiquer la déposition en invoquant les raisons de sentiment : intérêt, haine, qui ont pu l'inspirer. C'est le reproche, *ḡarḥ*, *ṭa'n*, les causes de récusation étant pour la plupart légales et quelques-unes, seulement, laissées à la décision du juge. La publicité de l'enquête, en usage dans les premiers temps de l'Islam, a été abandonnée en raison de l'émotion et des disputes qu'elle soulevait. Il est enfin recommandé aux juges de tenir registre des hommes d'honnêteté connue et d'en réviser la liste de temps à autre. Les deux témoignages doivent être direct, en principe, *ṣahādat al-batt*. Il faut que les témoins aient vu les choses s'accomplir, entendu les propos tenus ; d'une manière générale, aient perçu par les sens l'ensemble des circonstances dont le concours rend vraisemblable l'événement dont ils certifient l'existence ; c'est l'appui, *mustanad* de la connaissance, *'ilm* que le témoin prétend avoir. L'absence ou l'insuffisance de cet appui entache la déposition du vice d'in vraisemblance, *istib'ād*, cause de reproche et de récusation. La perception des faits directs par des témoins oculaires, est une exigence qui parfois s'avère impossible dans un certain cas, où la preuve directe est très difficile et irréalisable. On se contente alors de

⁴²¹ Al-Mawardī fait une distinction nette entre le droit des hommes, *ḥaqq adamī* et ceux de Dieu, *ḥaqq illāhī*. Voir notre explication à ce sujet, dans la deuxième partie.

l'attention d'un fait voisin, notoire et dont l'existence rend vraisemblable le fait allégué. Dans le cas par exemple d'une possession qualifiée, *ḥawz*, une personne peut acquérir la réputation d'un propriétaire, *nisba*, au bout de dix à douze mois d'exploitation, avec un comportement du propriétaire et en l'absence de toute contestation pendant ce temps. Le fait possessoire ainsi caractérisé permet à celui qui en a connaissance d'affirmer que le possesseur est propriétaire ; la possession qualifiée est donc une preuve du droit de propriété. Le droit musulman lui reconnaît cet effet probatoire parce qu'elle la considère comme une manifestation probable de la propriété, emportant une très forte présomption de la réalité du droit prétendu. La durée de la possession de dix à douze mois, est considérée comme un indice normal. On utilisait le mécanisme lorsqu'il s'agit d'établir d'autres faits, tels que la paternité, la naissance, le mariage, la mort, la nomination d'un *qâdî*. Dans le cas où la perception devient impossible d'appuyer le témoignage, le témoin affirme que l'avis qu'il a eu du fait notoire a déterminé en lui la conviction, *ġâlib al-ẓan*, de la réalité d'un autre fait ; et, se fondant sur le fait notoire, il affirme l'existence de cet autre fait : « je n'ai pas vu ou entendu cela ; mais je le sais » ; cette déclaration est probante. Cette conviction, qui ne peut être que sincère, puisqu'il est un homme connu comme honnête, entraîne légalement la conviction du juge. Le développement final de cette idée que la notoriété d'un fait peut faciliter la preuve d'un autre fait, sera la preuve directe par la seule notoriété. C'est la commune renommée, *fašâ'*, *samâ' al-fâšî* qui suffira, par exemple, à établir une accusation de brigandage ou l'insolvabilité d'un débiteur. Le témoignage rapporté, *mankûl* est une autre exception à la règle directe des faits attestés. Le témoin reproduit les déclarations qu'il a entendu formuler par une personne au cours d'une déposition ; c'est le témoignage d'un témoignage, *šahâda 'alâ šahâda*. Il admit comme mode de preuve que lorsque le témoin de première main est

décédé, malade ou éloigné et à la condition qu'il ait autorisé ou requis la relation de ses déclarations ; il est alors légitimé par le principe d'équité, pour raison de nécessité. Mais comme allons le voir, le témoignage rapporté n'est pas chose exceptionnelle ; il est devenu au contraire de pratique courante dans l'évolution de la procédure et de l'administration de la preuve, pour toutes les déclarations faites à l'audience et dont il a été pris acte par les *'adûl*. Le principe d'une dualité nécessaire de témoins honorables n'exclut pas l'admission de la preuve par témoins multiples avec, comme contrepartie, des moindres exigences dans la qualité des personnes appelées à déposer. C'est le cas du témoignage en série, *tawâtur*, illimité en nombre, *istifâda*, et du témoignage par turbe, *lafîf* dont le chiffre minimum est fixé à douze. Le cas du témoignage, *tawâtur*, en est l'information donnée par un groupe de témoins en nombre tel qu'il leur ait été impossible de se concerter pour mentir. Pratiquement il est une procédure d'enquête dont le rôle principale fut probablement de permettre aux II et III siècle de l'hégire, époque où la preuve de la loi était la grande préoccupation des légistes, d'établir l'authenticité des *hadîth*. Il est donc, un mode de preuve, parfaitement légal et sûr, supérieur à tout autre et ne supportant pas la contradiction, mais d'emploi difficile. Le *lafîf*, ou témoignage par turbe, est, en effet, une enquête limitée, une réforme du *tawâtur*, imaginée par la pratique pour suppléer le défaut de témoignage du *'adûl*, en cas d'impossibilité avérée de le rapporter. Seule la nécessité a pu faire admettre comme présentant une garantie de sincérité suffisante la déposition de l'homme de bonne vie et moeurs, *dû murû'a*.

Nous avons raisonné jusqu'ici sur le témoignage d'homme *'adl*, dont la notoriété et l'honorabilité seront, le cas échéant, vérifiées par la procédure d'enquête de la *tazkiyya*. Le témoin *'adl* deviendra par la suite un fonctionnaire officiel. Ce changement va avoir des répercussions considérables sur le régime de la preuve tout entier. D'une relation orale

d'un fait vu ou entendu, le témoignage deviendra un procès-verbal, avec avération écrite du contenu de l'écrit. Cette aptitude à consigner les témoignages par écrit fait des *'adûl* les greffiers attitrés du juge. Ils occuperont comme fonction de tenir le greffe ; ils prennent acte de jugement rendu par le magistrat. Leur rôle revêtira une importance capitale, de telle sorte qu'ils acquerront des attributions extrajudiciaires, comme le notariat, gestion des biens des mineurs et des absents. Ils tiendront la comptabilité des *ḥabûs* et s'occuperont des mosquées, sous la surveillance du *qâḍî*. Les postes de *'adûl* se sont accrus à telle enseigne qu'au V siècle de l'hégire on en trouve 600 postes dans la seule cité du Caire.

DEUXIEME PARTIE

Deuxième partie. Naissance de nouvelles juridictions.

Chapitre premier. Généralités.

Dans cette deuxième partie, il sera question d'étudier les nouvelles juridictions qui ont apparu dans le champ judiciaire musulman, à partir du règne abbasside. Tandis que les auteurs musulmans y reconnaissent une résurgence de juridictions qui ont déjà existées du temps du Prophète, d'autres auteurs, cependant, interprètent l'apparition de ces nouvelles juridictions comme le signe de l'effondrement du tribunal du *qâdî* ordinaire. *Joseph Schacht* va jusqu'à prétendre que : « les tribunaux de *qâdî* étaient largement remplacés par les cours des plaintes⁴²². »⁴²³. Il est trop tôt de vérifier le bien fondé de ces opinions. Rappelons juste que ces juridictions sont nait en vertu d'une règle consacré par les juristes musulmans, laquelle admet en substance l'extension possible des pouvoirs du juge. Nous avons déjà eu l'occasion de noter que vers la fin du règne des *Umayyades*, la fonction du *qâdî* avait déjà acquis de nouvelles attributions de telle sorte que le juge est devenu la référence en toutes matières judiciaires, aussi bien d'ordre matrimonial que patrimonial, des affaires immobilières que mobilières. Ces attributions, sous les *Abbassides* allaient toucher de nouveaux domaines, comme la gestion des fondations pieuses, *waqf*, la suppléance, en qualité de tuteur, de toute personne ne possédant pas un tuteur, etc. Les règles que le juge ordinaire appliquait, jusqu'alors, reposaient sur le droit musulman. Cependant, toujours, sous les *Abbassides*, devant l'évolution de la société musulmane, et pour d'autres raisons, les juristes musulmans ont fini par reconnaître au juge de nouvelles attributions plus exorbitantes. Ce sera à travers des juridictions, autres que la juridiction du *qâdî* ordinaire, que nous apprécierons cette extension des attributions du magistrat judiciaire musulman. On retiendra,

⁴²² Pour désigner le tribunal des *mazâlim*.

⁴²³ Op. cit, p. 50.

dans cette étude, les plus importantes de ces juridictions, à savoir, les *maẓâlim*, torts, griefs, ensuite à certains point de vue, le *qâdâ' al-'askar*, le tribunal militaire ; la *šurṭa*, c'est-à-dire la police ; le fonctionnaire qui est à sa tête, *sâhib al-šurṭa* est une sorte de préfet de police ; on l'appelle aussi *sâhib al-madîna*, c'est-à-dire préfet de la ville ou bourgmestre ; la *hisba*, censure des mœurs ; le fonctionnaire préposé à cette charge s'appelle le *muḥtasib*. On aura également l'occasion d'évoquer sommairement, d'autres juridictions dont le rôle est davantage administrative que judiciaire, comme la *niqâbat 'alâ dawî al-ansâb*, etc. Toutes ces juridictions sont mal connues. Les unes ont disparu complètement et il est difficile de les reconstituer ; les autres ont subsisté, mais avec des caractères très différent de la juridiction originelle. Il y a néanmoins, intérêt à les étudier en les replaçant dans leur cadre historique.

Il sera retenu pour l'étude de ces juridictions les ouvrages suivants : l'ouvrage d'*al-aḥkam al-sulṭaniyya*⁴²⁴, traduit généralement par les *Statuts Gouvernementaux* d'*al-Mawardî*⁴²⁵. L'ouvrage de cet auteur représente la théorie idéale de ce qu'ils doivent être dans les faits ces juridictions. Toutefois, pour saisir, le fonctionnement de ces juridictions dans le temps, c'est-à-dire, telles quelles ont existé effectivement, en Andalousie, par exemple, nous nous référerons à la *Muqaddima* d'*Ibn Ḥaldûn*. Pour l'Égypte, sous les *Fatimides* et les *Mamlûk*, nous retiendrons, des auteurs

⁴²⁴ Nous utilisons dans ce travail la version arabe suivante : Al-Mawardî, *Al-aḥkam al-sulṭaniyya wa al-wilâyyât al-dîniyya*, corrigé et annoté par 'Isâm Fâris al-ḥarastânî et Muḥammad Ibrâhîm al-Zaġlî, 1ère éd. Al-maktab al-Islâmî, Beyrouth, 1416, 1996. Pour les versions traduites, nous mentionnerons, le cas échéant, les auteurs.

⁴²⁵ *Al-Mawardî* réserve à la juridiction du *maẓâlim* une étude complète. L'auteur traite de l'institution des *nazar fî al maẓâlim*, la nature de cette juridiction, son rapport avec le tribunal du *qâdî* et de sa procédure, etc. L'intérêt du traité d'*al-Mawardî* réside dans le fait qu'il soit le premier à s'être consacré avec autant de méthode et de rigueur aux institutions musulmanes du droit public. Tous les auteurs postérieurs à *al-Mawardî*, n'ont fait que réitérer, grosso modo, les idées de cet auteur. Il semblerait qu'*Ibn Taymiyya* aurait également écrit un traité à cet effet, dont les traces n'ont jamais pu être trouvées. *Al-Nuwayrî*, historien et généalogiste de la période postérieure mort 1332 de l'ère chrétienne, pourtant soucieux des détails, dans sa *Nihâyat al-arab fî funûn al-adab*, ne fait que reprendre textuellement les phrases d'*al-Mawardî* sans y apporter de changements notoires. Il existe un autre ouvrage qui porte le même titre que celui d'*al-Mawardî* et dont le contenu est presque identique. Il a été écrit par *Abû Ya'la al-Farrâ'*.

tels qu'*al-Qalqašandi*, *Al-Maqrizî*⁴²⁶, et d'autres.

1-1. La juridiction des *nazar fî al-mazâlim*.

L'institution du *nazar fî al-mazâlim*, est un organisme institué par le pouvoir central pour venir en aide au tribunal du *qâdî*, dans des situations déterminées et bien précises. C'est au sujet de cette juridiction que s'exprime *Ibn Haldûn* lorsqu'il dit que : « Le pouvoir exécutif vient à l'appui du judiciaire. »⁴²⁷. Ce soutien de l'exécutif qui était au début, simplement occasionnelle, finira par se transformer en une aide institutionnalisée. Nous avons déjà noté que la juridiction du *qâdî* musulman avait connu un vaste étendu quant à ses attributions, à tel point que toutes les tentatives occasionnelles d'intervention de la part de gouverneurs, à dessein de diminuer de cette étendue, se soldèrent par des échecs. Toutefois, nonobstant l'étendu de ce pouvoir, il pouvait arriver parfois que le juge musulman ne parvienne pas à appliquer sa décision à l'encontre de certaines personnes puissantes. C'est dans ces conditions qu'intervint l'institution du *nazar fî al mazâlim*. Pour abrégé, nous emploierons assez fréquemment le terme *mazâlim* au lieu du *nazar fî al mazâlim*. Ce dernier terme utilisé sous sa forme pluriel signifie injustice, mauvaise action, etc. *Mazâlim* est le pluriel de *mazlima*. Dans un sens plus large, *mazlima* signifie selon la définition d'*Ibn Manzûr* : « tenir une chose dans un lieu qui n'est pas le sien »⁴²⁸. L'opposé de *mazlima* est le terme '*adl*, justice. Indépendamment du sens que nous venons de donner au terme de *mazâlim*, ce dernier n'a pas, étymologiquement, un sens spécifique, servant à désigner une notion bien précise, encore moins l'institution connue sous ce nom. *Mazâlim*, pluriel de *mazlama*, avon-nous dit, dérive du terme *zulm* qui sert à désigner la violation d'un droit, d'un intérêt légitime et, plus généralement, le fait de subir ou de faire subir

al-mawâ'id wa al-i'tibâr bi dikr al-hutat wa al-ââtâr, dâr sâder, Beyrouth, sans date.

⁴²⁷ Op. cit. p. 344.

⁴²⁸ Op. cit. p.

un préjudice de quelque ordre qu'il soit, d'une façon imméritée. Par extension, *mazâlim*, vient à désigner le bien même acquis injustement. Les sommes d'exactions commises par des fonctionnaires prévaricateurs sont ainsi appelées des *mazâlim*. De ce terme découle le verbe *tazallama*, se plaindre d'une violation de droit ou d'intérêt, d'un préjudice immérité. C'est pour cette même raison que nous considérons que la traduction du terme *mazâlim* par le terme exclusif de, torts, serait insuffisante, ne fut-ce que dans son acception la plus large. Le terme de *mazâlim*, dit *Emile Tyan* : « implique aussi, dans la généralité des cas, un sens de supériorité, de force incoercible, de la part de l'auteur du préjudice à l'égard de celui qui le subit, qui enlève à celui-ci le moyen d'obtenir satisfaction par les moyens légaux ordinaires. L'impuissance du juge peut se manifester, soit après le jugement, le magistrat n'arrivant pas à en assurer l'exécution, soit même avant tout jugement, le magistrat n'osant pas convoquer un plaideur à comparaître devant son tribunal ou, l'ayant convoqué, n'arrivant pas à le forcer à comparaître »⁴²⁹.

Le sens juridique qui est retenu pour définir la juridiction des *mazâlim* est celui-là qui considère que les *mazâlim* sont les faits que le juge se trouve impuissant à réprimer et que peut réprimer un personnage plus puissant. Tel est le sens retenu par *al-Maqrîzî*⁴³⁰. D'après la doctrine, le fait des *mazâlim* n'est pas spécifiquement différent du fait d'injustice relevant de la juridiction ordinaire. C'est seulement le fait d'injustice que le juge ordinaire n'arrive pas à réprimer et à sanctionner en raison de la puissance supérieure de son auteur. C'est dans ces circonstances que devait intervenir la juridiction des *mazâlim*, car, celle-ci, dit *Ibn Haldûn*⁴³¹ : « exigeait un pouvoir supérieur et devait inspirer une crainte salutaire pour châtier celui des deux plaideurs qui faisait tort à l'autre, et réfréner les

⁴²⁹ *Histoire*, op. cit. p. 463.

⁴³⁰ Op. cit, III, 336.

⁴³¹ Op. cit. p. 344.

atteintes au droit d'autrui ». En somme, le juge de cette juridiction, ajoute *Ibn Haldûn* : « fait exécuter ce que les *qâdî* et autres juges ne peuvent faire exécuter »⁴³². La fonction des *mazâlim* selon *al-Qalqaşandî* consiste à : « rendre la justice à la victime d'un tort contre celui qui est l'auteur, délivrer celui qui a raison de celui qui a tort, secourir le faible contre le puissant, assurer l'observation des règles de justice dans le royaume »⁴³³. *Al-Mawardî* définit les *mazâlim* comme ceci : « Les *mazâlim* consiste à assurer la justice en mettant à son service une force supérieure. »⁴³⁴. C'est pourquoi, ajoute cet auteur, « le titulaire des fonctions de *mazâlim* doit être un personnage dont l'autorité est indiscutable, dont la puissance peut prévaloir contre toute puissance contraire... ; il doit posséder une influence.»⁴³⁵. Le titulaire qui devait siéger, donc, aux *mazâlim* doit posséder, de ce fait, une autorité personnelle et une influence incontournable face à toutes situations et face à tous individus. La chronique rapporte que dans la seconde moitié du II siècle de l'hégire, le poste de *qâdî* de la ville de Bassora étant devenu vacant, un nommé '*Abd al-Rahmân Ibn Mahdî*, fut proposé comme présentant toutes les qualités requises d'un magistrat ; mais sa candidature fut en définitive écartée, parce que, dit le texte : « Il n'avait pas un clan, '*aşîra*, capable de le soutenir et de le défendre envers un puissant personnage contre lequel il viendrait à prononcer une condamnation. »⁴³⁶.

1-2- Origines des *mazâlim*.

Les auteurs musulmans remontent les origines de l'institution des *mazâlim* à la période préislamique. Telle est l'opinion enseignée par *Abû al-Ḥasan al-Mawardî*, suivi en cela par les auteurs postérieurs. D'après une

⁴³² Ibid, p. 344.

⁴³³ Op. cit, VI, 205.

⁴³⁴ Op. cit, p. 125.

⁴³⁵ Ibid, p. 125.

⁴³⁶ *Ibn Al-Ḥatîb*, I, 242, cité par Emile Tyan, op. cit, p. 437.

tradition que rapporte *al-Mawardî* dans ses *Statuts gouvernementaux*, relative à l'origine de l'institution des *mazâlim*. On rapporte que pendant les premières années du VI siècle de l'ère chrétienne, dans la tribu de *Qurayş*, le nombre des chefs de clans et de parties se multiplièrent ; la prétention à la domination se propagea et l'on vit les gens entrer en des conflits perpétuels qu'aucune autorité suffisamment forte ne parvenait à régler. Plus particulièrement, deux cas d'injustice caractérisée s'étaient produits à la *Mecque*, qui avaient soulevé l'indignation générale. Il s'agissait d'acheteurs de marchandises qui, de mauvaise foi, avaient refusé d'en payer le prix aux vendeurs. Deux chefs de *Qurayş*, *Abû Sufyân* et *'Abd al-Muṭṭalib*, durent intervenir pour faire restituer aux vendeurs leurs biens. Mais, alors, profitant de l'occasion, les représentants qualifiés des divers clans de *Qurayş* s'assemblèrent et contactèrent une alliance, *ḥilf*, par laquelle ils s'engagèrent à faire restituer tous biens usurpés, à réparer toutes injustices qui viendraient à être commises dans la ville de la *Mecque*. Cette alliance fut appelée, *ḥilf al-fuḍûl*. A cette assemblée avait pris part le Prophète de l'Islam lui-même ; il avait alors vingt ans. Mais, étant Prophète, *Muḥammad* donna son approbation à cette alliance et la confirma en déclarant que l'Islam ne pouvait que renforcer un tel accord. C'est ainsi que ce procédé devint, du fait de la participation de *Muḥammad*, un précepte religieux⁴³⁷. Au surplus, *Muḥammad*, selon les auteurs musulmans, avait statué lui-même dans un cas spécial de *mazâlim*⁴³⁸. Un chercheur contemporain s'étonne de voir que la plupart des auteurs musulmans cantonnent l'origine de l'institution des *mazâlim* à l'époque préislamique, alors que d'après lui, les *mazâlim* existaient bien plus anciennement. Cet auteur dit que la raison en cela est que ces auteurs : « sont incapable de remonter plus loin l'origine de cette institution en raison de l'absence des

⁴³⁷ *Al-Mawardî*, op. cit, p. 129.

⁴³⁸ *Ibid.* p. 126

ouvrages qui se réfèrent. »⁴³⁹. Mais l'époque préislamique peut être considérée, selon cet auteur, « comme une étape intermédiaires, *mahatta wusta*, et non pas le point de départ de cette institution comme pensent la plupart des juristes. »⁴⁴⁰. *Emile Tyan* refuse d'admettre les origines préislamiques des *mazâlim*, lorsqu'il dit : « Comment pourrait-on admettre l'existence d'une telle institution en Arabie préislamique où cette organisation faisait entièrement défaut ; où, plus particulièrement, le pouvoir judiciaire ordinaire était inexistant ? Où trouve-t-on dans le *ḥilf al-fudûl* les traces d'une autorité supérieure exerçant son contrôle sur une autorité judiciaire, les traces d'un organisme distinct ayant pour attribution de juger une catégorie déterminée de procès ? On ne peut soutenir sérieusement qu'une simple entente entre clans d'une même tribu, celle de *Qurayš*, impliquait tous ces éléments essentiels des *mazâlim* ou même seulement le germe de ces éléments ? La notion même de *ḥilf*, avec ce qu'elle laisse apparaître quant à l'organisation sociale et étatique de l'Arabie, se trouve en opposition formelle avec la notion des *mazâlim* »⁴⁴¹. *Emile Tyan* ajoute : « Au surplus, les cas même de violation de droit qui auraient provoqué la conclusion du *ḥilf al-fudûl* n'apparaissent que comme des actes d'injustices ordinaires, sans aucune des caractéristiques distinctives des violations justiciables de cette forme particulière de juridiction que sont les *mazâlim*. »⁴⁴². Concernant, les auteurs qui remontent les origines de l'institution des *mazâlim* au temps du Prophète, ces derniers font valoir une série de contentieux où le Prophète était amené à faire office de *nâzir fî al-mazâlim*. Un cas d'injustice qui revient souvent dans les ouvrages des chroniqueurs soutenant l'exercice des *mazâlim* par *Muḥammad* est celui relatif au procès en matière d'irrigation impliquant

⁴³⁹ Murâd al-Ḥarrûbî, *Itlâla 'alâ mu'assasat diwân al-mazâlim bayna al-mâdî wa al-hadîr*, REMALD, thèmes, n° 34, 2002, p. 48.

⁴⁴⁰ Ibid. p. 48.

⁴⁴¹ Op. cit. p. 515-516.

⁴⁴² Ibid. p. 516.

al-Zubayr Ibn al-‘Awwâm, et un autre musulman *anṣarite*. Nous avons cité ce procès dans le deuxième chapitre de la première partie. *Fâ’iza bal-‘Asrî*, dans sa communication intitulée, *L’Evolution Historique de la willâyat al-Maẓâlim*, cite une autre tradition où le Prophète aurait occupé la fonction de *wâlî al-maẓâlim*. Cette tradition rapporte que : « *Samra bint Ğandab* avait des palmiers dattiers sur le parapet du verger d’un *Anṣarite*. *Samra* et les siens avaient l’habitude de malmener ces dattiers. Ceci avait amené l’*Anṣarite* à porter plainte devant le Prophète. N’ayant pas réussi à faire accepter l’arrangement à l’amiable à *Samra*, le Prophète ordonna à l’*Anṣarite* de déraciner, *hal’*, les palmiers dattiers. »⁴⁴³. Le même auteur cite une autre tradition selon laquelle, le Prophète aurait limogé un de ses gouverneurs : « Suite à une plainte qui fut formulée par la délégation de *‘Abd al-Qays*, le Prophète avait limogé son gouverneur de *Baḥrayn*, *al-‘Alâ’ al-Ḥadramî*, après s’être assuré de la véracité de la plainte. »⁴⁴⁴. Pour appuyer son opinion au sujet des *maẓâlim* du temps du Prophète, *Fâ’iza bal-‘Asrî* introduit une tradition rapportée suivant laquelle le Prophète aurait dit : « Quiconque, institué à la tête d’une fonction, perçoit autre chose que le salaire qui lui est accordé, commettrait une exagération, *ġuluw*. »⁴⁴⁵.

Les auteurs qui soutiennent la pratique des *maẓâlim* du temps du Prophète, conviennent, cependant, à dire que les quatre premiers califes, dits *râšidûn*, n’ont pas exercé les *maẓâlim*, parce que la foi religieuse empêchait les fidèles à commettre les injustices. Ces auteurs avancent même que : « Durant deux années consécutives du règne de *‘Umar*, aucune plainte n’a été posée dans son tribunal, grâce à sa fermeté et sa vigueur de justicier. »⁴⁴⁶. *Al-Mawardî*, par exemple, en parlant de *‘Alî Ibn Tâlib*, dit : « Quoiqu’il n’ait pas exercé les *maẓâlim* proprement dites, il dut se

⁴⁴³ Op. cit, p. 25.

⁴⁴⁴ Ibid. p. 26.

⁴⁴⁵ Ibid. p. 26.

⁴⁴⁶ Ibid. p. 26.

montrer rigoureux dans l'exercice de son gouvernement en établissant un tarif pour les compositions relatives à certaines lésions corporelles, en jugeant le procès ayant impliqué deux femmes qui se disputaient un enfant, etc. »⁴⁴⁷. Selon d'autres auteurs, notamment *al-Maqrizî*, dans ses *Huṭat*, 'Alî Ibn Abî Ṭâlib aurait été le premier calife à exercer la charge des *maẓâlim*⁴⁴⁸. 'Abd Al-Mâlik Ibn Marwân était le premier qui a déterminé un jour de la semaine pour siéger au *nazar fî al-maẓâlim*⁴⁴⁹. *al-Maqrizî* ajoute que lorsque 'Abd al-Mâlik se trouvait devant un procès difficile à trancher il recourait au jugement de son *qâḍî Ibn Idrîs al-Azdî*⁴⁵⁰. Selon une autre opinion, lorsque sous les *Umayyades*, les actes d'injustice et les exactions des agents de l'Etat se multiplièrent, celles-ci poussèrent le calife 'Umar Ibn 'Abd Al-'Azîz de siéger personnellement aux *maẓâlim*, et les auteurs d'ajouter que : « ce calife s'est mis à réparer les injustices commises par les membres de la famille des *Umayyades*. Puis, ce furent les califes abbassides qui renouèrent avec cette tradition ; et le premier parmi eux qui siégea pour les *maẓâlim* fut *Mahdî*, puis *Hâdî*, puis *Rašîd*, puis *al-Ma'mûn* ; le dernier des *Abbassides* qui exerça cette fonction fut *al-Muhtadî*, de telle sorte que les biens usurpés furent restitués à leurs ayants droit. »⁴⁵¹. *Ibn Haldûn* traitant des *maẓâlim* comme charge religieuse du calife dit que : « Les premiers califes furent aussi, personnellement, juges, jusqu'au règne de l'Abbasside *Al-Muhtadî*. Souvent aussi ils déléguaient leurs pouvoirs. Par exemple, 'Alî se fît remplacer par *Abû Idrîs al-Hawlânî*; *al-Ma'mûn*, par *Yahya Ibn Aqtam* ; et *al-Mu'tašim*, par *Ibn Abî-Du'âd*. Les califes chargeaient souvent leurs *qâḍî* de diriger le *ġihâd*, pendant les campagnes d'été. Tel fut le cas pour *Yahya Ibn Aqtam* contre les Byzantins, au temps d'*l-Ma'mûn* ; ou de *al-Mundîr Ibn Sa'id*, *qâḍî* de

⁴⁴⁷ Op. cit. p. 126.

⁴⁴⁸ op. cit. III. p. 134

⁴⁴⁹ op. cit. III, p. 134

⁴⁵⁰ Ibid. III. 134

⁴⁵¹ Au sujet de ces informations voir, Mawardî, op. cit. pp. 126-127.

l'*Umayyade* espagnol *'Abd al-Rahmân al-Nâsir*. Les nominations à des fonctions de ce genre incombaient aux califes ou à leurs délégués : ministre plénipotentiaire, *wazîr mufawwad* ou chef temporel »⁴⁵². *Ibn Haldûn* ajoute que : « Plus tard, sous les dynasties qui ne connaissaient plus les attributions du califat, on oublia le caractère religieux de l'institution, et le redressement des griefs revint au sultan, qu'il fût mandataire ou non... Sous le califat, la charge était d'institution religieuse. On la confia à des gens de son parti dont on était sûr. Après la ruine du califat, puissance temporelle, le gouvernement se convertit en monarchie, et, comme la charge n'était monarchique ni d'institution ni de nom, elle perdit, aux yeux du roi ou sultan, une partie de son importance. On confia cette charge à des hommes choisis parmi les familles qui avaient servi précédemment les califes, c'est-à-dire, ayant perdu dans les villes les habitudes rudes et austères de la vie nomade ; gens peu redoutables, n'appartenant pas au parti sur lequel s'appuyait le gouvernement, incapables de lier ou de délier ; on leur accorde des marques de respect parce qu'ils maintiennent la religion, et le gouvernement les traite avec égard pour faire voir qu'il a du respect pour la religion, afin de se faire ainsi une réputation de piété. »⁴⁵³.

La fin du règne des *Umayyades* est souvent retenu pour être le point de départ de l'institution des *mazâlim*, c'est dans ce sens que s'exprime un auteur contemporain en disant que ce fut : « notamment durant le règne du calife *'Umar Ibn 'Abd Al-'Azîz*, 99-101 de l'hégire, que le redressement des abus existe à l'état de charge distincte de celle de juge, mais ce sont toujours les califes eux-mêmes qui l'exercent. »⁴⁵⁴. Le même auteur de cette citation rétorque que : « Sous les Abbassides, l'indépendance de l'office *al-mazâlim* s'affirme. Ce fut ainsi qu'après le règne d'*al-Mahdî*,

⁴⁵² Op. cit. p. 345.

⁴⁵³ Ibid. p. 345.

⁴⁵⁴ REMALD, thèmes actuels, n° 34, 2002, p. 27.

période de règne 255-256 de l'hégire, ce ne furent plus les califes qui s'occupaient du redressement des abus. Cette charge fut déléguée à un fonctionnaire spécial, *wâli* ou *nâzir* qui fut généralement un juge, qui se trouvait à la tête d'un conseil, *mağliss*, celui-là même qui est appelé actuellement *diwân al-mazâlim*. »⁴⁵⁵.

Revenons, à présent, à l'opinion des auteurs traditionnalistes qui soutient l'existence des *mazâlim* du temps du Prophète. En effet, et à certains point de vue, ce postulat, nous paraît valable, dans la mesure où les procès dans lesquels le Prophète était amené à trancher ne relevaient pas de règles strictes du droit musulman. Que ce soit dans l'affaire d'irrigation ou dans celle des dattiers, le Prophète n'apparaît retenir qu'un jugement basé sur son jugement propre, *ra'y*. C'est particulièrement ce trait particulier qui motive le postulat des auteurs traditionnalistes. Il demeure, cependant, vrai, que la juridiction des *mazâlim* telle quelle a évolué ultérieurement, n'avait pas existé du temps du Prophète, ni du temps des premiers califes, ses successeurs.

1-3- Le fondement théorique de la charge des mazâlim.

Les *mazâlim* selon la doctrine du droit musulman, est une fonction de nature religieuse qui relève du pouvoir du calife. Celui-ci est considéré comme le garant des lois et des institutions dans l'Etat. L'exercice des *mazâlim* demeure, selon les auteurs, l'une des prérogatives du souverain : « C'était la prérogative du souverain absolu, en vertu de laquelle les califes eux mêmes ou, par délégation, des ministres ou de fonctionnaires spéciaux, et plus tard les sultans, recevaient les plaintes au sujet des erreurs judiciaires, des dénis de justice ou des individus puissants et des matières similaires. »⁴⁵⁶. Cette prérogative du souverain est d'autant plus renforcée

⁴⁵⁵ Ibid, p. 27.

⁴⁵⁶ Ibid, p. 50.

par les avis des juristes, lesquels lui reconnaissent la qualité de *muğtahid*, qu'elle est devenue une règle consacrée dans le droit musulman. En vertu de cette qualité de *muğtahid*, le calife, lorsqu'il siège au *mazâlim*, il applique les règles de la *siyyâsa al-šar'iyya*, littéralement politique légale. Ce concept est défini par *Ibn 'Aqîl* comme suit : « La politique est tout acte rapprochant les gens du bien et les éloignant du mal. La politique conforme à la *Šari'a* est tout acte conforme au *Šra'* et son seulement expressément prévu par lui, telle la destruction par *'Utmân* des multiples versions du Coran, pour n'en garder qu'une seule, agissant ainsi dans l'intérêt de la communauté »⁴⁵⁷. Le principe de la *siyyâsa al-šar'iyya* est de rétablir la justice par tous les moyens légaux ne contredisant pas les principes de la Loi religieuse. La politique légale se base principalement sur les règles de l'équité et l'intérêt général. C'est là où réside le fondement théorique de la *wilâyat al-mazâlim*. De ce point de vue, on considère que la charge des *mazâlim* doit idéalement être exercée par le calife musulman, lui-même et fait partie de ses devoirs. Le calife dans la théorie mawardienne se trouve au centre de toutes formes de décision prises dans l'empire. Partant de ce principe, pour *al-Mawardî*⁴⁵⁸ : Le calife est avant tout la personne qualifié à pourvoir à l'institution des *mazâlim*. Le Prophète lui même, dit-il, ainsi que *'Umar II*, et les califes abbassides à partir d'*al-Mahdî* jusqu'au calife *al-Muhtadî*, ont, tous supervisé l'institution des *mazâlim*.

1-4. La procédure des mazâlim.

Nous pouvons apprécier la procédure des *mazâlim* en comparaison avec la procédure ordinaire devant le tribunal du *qâdî* ordinaire. Al-

⁴⁵⁷ Ibn al-Qayyim al-Ğuziyya, *al-Turuq al-hikamiyya fi al-siyyâsa al-šar'iyya*, Matba'at al-Sunna al-Muhammadiyya, Le Caire, 1952, p. 13 et ss.

⁴⁵⁸ op. cit. p. 125-126-127.

Mawardî considère que les deux juridictions accusent des différences sur dix points.

- 1 Le titulaire des *mazâlim* jouit d'un pouvoir supérieur dans l'exercice de la justice.
- 2 Le titulaire des *mazâlim* jouit d'un pouvoir discrétionnaire plus étendu et un champ d'action pour fonder son jugement plus vaste que celui que possède le *qâdî* ordinaire.
- 3 Le titulaire des *mazâlim* peut se servir de tous les moyens possibles pour découvrir la vérité et démasquer l'injustice.
- 4 Le titulaire des *mazâlim* possède le pouvoir de corriger le contrevenant.
- 5 Le titulaire des *mazâlim*, dans l'instruction de la plainte, peut exiger un délai plus long que le *qâdî* ordinaire, jusqu'à éclaircissement de la situation du litige.
- 6 Le titulaire des *mazâlim* peut recourir à l'avis d'un expert en toutes situations litigieuses difficiles.
- 7 Le titulaire des *mazâlim* peut contraindre les parties en litiges de convenir à un accord, lorsque les responsabilités des uns vis-à-vis des autres sont avérées.
- 8 Le titulaire des *mazâlim* peut auditionner des témoins autres que ceux reconnus au juge ordinaire.
- 9 Le titulaire des *mazâlim* peut exiger la prestation du serment, *al-yamîn*, des témoins et de multiplier l'audition d'un nombre indéterminé de ceux-ci, jusqu'à ce qu'à dissipation du doute.
- 10 Le titulaire des *mazâlim* peut auditionner les témoins avant les parties en procès, sachant que les juges ordinaires ne peuvent le faire qu'après avoir entendu les prétentions des

parties en procès.

Ces dix points résument l'essentiel de la procédure des *mazâlim*. Nous devons ajouter à cela pour la précision que le tribunal des *mazâlim* possède l'action d'office, sachant que le particulier puisse saisir personnellement le conseil des *mazâlim*. Le juge des *mazâlim* peut, également, constituer librement sa conviction. Aucun système de preuves légales ne s'impose à lui. Il peut, selon la doctrine juridique, employer, dans la recherche de la vérité, des moyens comminatoires et de contrainte, admettre des moyens de preuve résultant d'indices et de présomptions ; il peut entendre des témoignages qui ne sont pas légalement admissibles devant les *qâdî* ordinaires ; il peut faire prêter serment aux témoins et exiger la production d'autant de témoignages qu'il le juge nécessaire pour la formation de sa conviction ; il peut, avant même d'entendre les parties, commencer la procédure par l'audition des témoins, autant de règles qui n'ont pas lieu en procédure ordinaire. *Ibn Haldûn* en parlant de la procédure suivie dans l'instruction des plaintes soulevées devant le tribunal des *mazâlim*, dit : « Il s'agit d'examiner les preuves, d'administrer des peines qui ne sont pas prévues par la loi religieuse, d'utiliser les indices, *amârât*, et les circonstances *qarâ'in*, de retarder le jugement jusqu'à clarification de la situation légale, de s'efforcer de réconcilier les deux parties et de faire prêter serment aux témoins. Il y a là un champ d'attributions plus étendues que celles d'un *qâdî* ordinaire. »⁴⁵⁹. Cette dérogation accordée au *nâzir fi al-mazâlim*, n'est en principe que théorique et qui ne s'impose que dans des litiges ne trouvant pas de solutions dans les textes de droit consacré. Dans les diplômes de nomination à un poste de *mazâlim*, il est recommandé, d'ailleurs, au nouveau titulaire de conformer ses décisions aux préceptes de la *Šari'a*. Dans les cas où il y a absence de solution dans les sources principales de la législation musulmane, le titulaire des

⁴⁵⁹ Op. cit. p. 344.

mazâlim est tenu de recourir au principe de la *siyyâsa*⁴⁶⁰. Cette expression qui signifie littéralement politique, désignant le procédé par lequel on fait prévaloir une solution, au-delà du droit strict, conformément à la double considération de l'utile et du possible, avait souvent servi pour désigner l'organisme du *naẓar fî al-mazâlim* lui-même. *Al-Mawardî* emploie souvent le terme de *siyyâsa* pour désigner la juridiction des *mazâlim*, proclamant que le titulaire des *mazâlim* statue suivant les exigences de la *siyyâsa*. Littéralement, dit *Joseph Schacht*, *siyyâsa* signifie, politique et elle recouvre l'ensemble de la justice administrative qui est rendue par le souverain et par ses agents politiques, en contraste avec le système idéal de la *Šarî'a*, la loi religieuse de l'Islam qui est administrée par les *qâdî*. Cet auteur ajoute que, dans les faits, l'application de la *siyyâsa* touche au *naẓar fî al-mazâlim* et, jusqu'à un certain point, les deux termes sont synonymes. »⁴⁶¹. Le principe de ce procédé consiste à trouver des solutions à un litige ne trouvant pas d'issue dans le *Šar'*, le droit strict, en se basant sur le principe de l'utile, *al-aṣlah*. Cette dérogation accordée au juge des *mazâlim* a été également étendu par les juristes musulmans. Selon ces derniers, le *qâdî* peut recourir à la *siyyâsa* dans les situations conflictuelles où il y a absence de texte de la loi religieuse. C'est ainsi que cette notion de la *siyyâsa* se trouve invoquer par les juristes pour justifier les diverses solutions d'espèces ou les diverses règles de droit pour lesquelles on n'a pas trouvé de base légale dans la *Šarî'a* proprement dite et qui se sont constituées en marge ou même contrairement à lui. Par exemple, dans tous les cas où la peine de mort ne peut pas être infligée en vertu des dispositions du *šar'*, mais où son application se trouve impérieusement

Commentaire [B1]:

⁴⁶⁰ « Le pouvoir du souverain qui lui permet, en théorie, d'appliquer et de compléter la loi sacrée et, en pratique, de régler par une législation virtuellement indépendante les sujets de police, de fiscalité et de justice criminelle, qui tous échappaient au contrôle des *qâdî* au début de la période abbassides, fut plus tard appelé *siyyâsa*. Cette *siyyâsa* est l'expression du total pouvoir judiciaire que le souverain a conservé à partir de la période umayyade et qu'il peut exercer toutes les fois qu'il le juge convenable. ». *Joseph Schacht*, op. cit. p. 52.

⁴⁶¹ Op. cit. p. 52.

postulée par les nécessités pratiques, les jurisconsultes consacrent cette solution en invoquant la *siyyâsa* ; ils distinguent entre l'action des ayants droit au *qişâs*, talion, aux fins d'application de la peine de mort, seule autorisée par le *şar'*, et l'action, ayant le même objet, mais intentée par l'autorité publique, et qui est recevable en vertu de la *siyyâsa*. Selon *Ibn al-Furât*, il est admis que le magistrat judiciaire possède, à titre ordinaire, le pouvoir de statuer conformément à la *siyyâsa*. Cette règle fut suivie par les autres Ecoles juridiques. Les chroniqueurs parlent de la *siyyâsa al-şar'iyya* comme une charge distincte, *al-wilâya al-siyyâsiyya*, à partir du règne mamlûk. « La justice des *mazâlim*, dit plus nettement *al-Maqrizî*, est connue, en Egypte et en Syrie, depuis la dynastie des *Mamlûk* turcs, sous le nom suivant la *siyyâsa*, *ḥukm al-siyyâsa*. »⁴⁶². Le *ḥukm al-siyyâsa* ne diffère que très peu de la justice du *qâḍî* ordinaire. Le point d'écart entre les deux institutions apparaît au niveau de la procédure, le juge ordinaire juge selon les dispositions du *Şar'*, tandis que la *siyyâsa* possède une grande liberté dans l'appréciation des litiges. La procédure de la *siyyâsa* n'apparaît pas, à la différence de celle des *mazâlim*, comme l'exercice du pouvoir suprême de justice par le souverain. C'est pourquoi, le titulaire du droit de justice, selon le procédé de la *siyyâsa*, n'est pas le souverain, comme l'est, en principe, le titulaire des *mazâlim*. Ce peut être le juge ordinaire ; et ce, non point en vertu d'une délégation expresse et formelle, comme dans le cas où la justice des *mazâlim* est déléguée à un magistrat ; le juge ordinaire, statuant selon la *siyyâsa* ne voit pas une qualité nouvelle s'ajouter à sa condition essentielle ; seulement, dans le domaine de ses attributions propres, sa liberté d'appréciation et de décision, dégagée des entraves de la légalité stricte, s'élargit. Ce peut être aussi un juge spécial, pris dans le cadre des fonctionnaires supérieurs de l'Etat, tel que le *ḥâğib*, à l'époque mamlûk, mais qui a un statut de juridiction proprement dite, ne

⁴⁶² Op. cit. III, 339

constituant pas une délégation précaire du souverain, comme dans le statut des titulaires spéciaux des *mazâlim*. L'autorité chargée de la juridiction selon la *siyyâsa* se trouve intégrée dans l'organisation judiciaire ordinaire ; elle doit fonctionner dans les mêmes conditions générales que les autres organismes judiciaires.

1-5. L'institution des *mazâlim* et la Šari'a.

Lorsque nous parcourons les ouvrages du droit musulman, le *fiqh*, nous nous trouvons face à un mutisme notoire au sujet de la réglementation de l'institution des *mazâlim* ; à l'exception des *malikites*, les autres écoles juridiques ne font pas mention de l'institution des *mazâlim* dans leur développement. Les manuels de droit, souligne *Jorgen*⁴⁶³, feignent ignorer les *mazâlim*. Dans le *fiqh*, il n'y a point de place, dit-il, pour les *mazâlim*. Le même constat est formulé par *Emile Tyan* qui dit : « Exception faite pour l'école malikite, on chercherait vainement dans les ouvrages du droit proprement dits, les traités de *fiqh*, les recueils de réponses, l'exposé de l'institution des *mazâlim*. »⁴⁶⁴. Cette absence de l'institution des *mazâlim* s'explique selon cet auteur par le caractère extraordinaire de cette juridiction et de sa procédure : « Il ne s'agit pas, en effet, dans les *mazâlim*, exclusivement, de dire le droit entre deux plaideurs ou d'assurer la protection du droit d'un plaideur unique ; il ne s'agit pas d'un juge qui, pour entamer la procédure, doit, en principe, attendre d'être saisi par l'intéressé ; il ne s'agit pas d'un organisme distinct, spécialement institué pour dire le droit. C'est pourquoi dans la terminologie des auteurs de droit public, des historiens et des chroniqueurs, l'institution des *mazâlim* ne porte pas le nom de *qaḍâ'*, juridiction, par lequel on désigne la fonction judiciaire proprement dite ; on l'appelle du nom même de *mazâlim* ... ; le

⁴⁶³ S. Nielsen, op. cit, p. 26.

⁴⁶⁴ op. cit. p. 445.

fonctionnaire, titulaire de cette charge, n'est pas appelé un juge, un *qâdi*, mais *sâhib al-mazâlim*, ou *wâlî al-mazâlim* ou *nâzir al-mazâlim*, maître des *mazâlim*. »⁴⁶⁵. C'est pour toutes ces raisons, dit *Emile Tyan*, que : « La procédure des *mazâlim* ne se trouve pas intégrée dans le système du *fiqh*, du droit positif musulman. »⁴⁶⁶.

Nous avons déjà noté plus haut que dans le *fiqh* musulman, aucune règle de procédure ne lie le juge des *mazâlim*. L'organisation du tribunal des *mazâlim* n'est pas soumise à des règles bien fixes. En somme, les *fuqahâ'* refusent de considérer cette institution comme une institution du *šar'*. Ce sont seulement les auteurs de droit public, comme *al-Mawardî*, *Abû Yûsuf*, les historiens et encyclopédistes, comme *al-Maqrizî*, *al-Qalqašandî*, *al-Nuwayrî*, qui reconnaissent l'existence des *mazâlim* et en détaillent les règles d'organisation et de fonctionnement. L'absence d'une réglementation stricte des *mazâlim* dans les ouvrages du *fiqh* peut s'expliquer également à la fois comme une conséquence et comme une cause du caractère instable et indéfini de cette même institution. Le caractère facultatif et subsidiaire de la procédure des *mazâlim* et l'inexistence d'un corps distinct de magistrature suffisamment organisé et puissant pour exercer cette forme de justice à la place du souverain, du ministre ou du gouverneur, nécessairement incapables de l'exercer eux-mêmes d'une façon adéquate, devaient constituer autant d'éléments de faiblesse qui amèneront en définitive la décadence de l'institution, dont profitera, la juridiction *qadiale* ordinaire.

1-6- Les faits justiciables des *mazâlim*.

Attendu qu'aucune règle de droit stricte, écrite ou coutumière ne détermine et ne limite les catégories de litiges, qui sont soumis à la justice

⁴⁶⁵ Ibid. p. 445.

⁴⁶⁶ Ibid. p. 445.

des *mazâlim*, celle-ci pouvait connaître, par conséquent, de tous les conflits qui rentrent à la fois dans les attributions des magistrats ordinaires et des autres juridictions extraordinaires. Et c'est à partir de ce caractère étendu des attributions de cette juridiction que nous devrions mener notre recherche sur le sens du générique *mazâlim*. Ce terme fait allusion, d'emblée aux « injustices », et ce, à travers son acception la plus absolue. C'est dans ce sens que la procédure des *mazâlim* a reçu application à toutes sortes de torts causés, non seulement par un individu ou une collectivité ou une administration, mais aussi à beaucoup d'autres préjudices, de natures très diverses, dont peut se trouver victime un particulier, en somme, à toute situation préjudiciable. Et l'on doit entendre par là non seulement toute violation du droit subjectif d'un individu, mais aussi en soi, une mauvaise gestion d'une fondation ou la négligence dans l'observation des règlements de police.

Il paraît qu'à ses débuts, la procédure des *mazâlim* intervenait, essentiellement, dans les affaires relatives à l'*Iqtâ'*, attribution des terres et des fiefs. L'auteur de l'ouvrage sur l'histoire des *mazâlim* intitulé *Secular Justice in an Islamic State*, dit que : « A côté de sa vocation de traiter des affaires concernant les plaintes et les abus de l'administration, la procédure des *mazâlim* des premiers abbassides était engagée, essentiellement, à régler les affaires concernant l'octroi des terres et des fiefs. »⁴⁶⁷. C'est, aussi, dans cet ordre d'idées que *Joseph Schacht* dit : « Les cas les plus importants concernant la propriété, qui théoriquement auraient été de la compétence des *qâdî*, tendirent à être soumis aux Cours des plaintes, de sorte que leur juridiction devint, dans une large mesure, concurrente de celle des tribunaux de *qâdî*... »⁴⁶⁸. Le même auteur prétend que « L'existence même de ces cours, qui furent ostensiblement établies pour

⁴⁶⁷ S. Nielsen Jorgen, *Secular Justice in an islamic state: Madâlim under the Bahrî Mamlûks, 66/1264-789/1387*, Nederlands Historisch-Archaeologisch Instituut Te Istanbul, Leiden, 1985, 26.

⁴⁶⁸ Op. cit. p. 50.

remédier aux insuffisances de la juridiction des *qâdî*, montre qu'une grande partie de l'administration de la justice par les *qâdî* s'était effondrée très tôt. »⁴⁶⁹. Cette assertion est à notre avis erronée et ne tient d'aucune preuve historique. Ce qui serait juste à affirmer c'est qu'effectivement les *mazâlim* possédait suffisamment de moyens de contrainte que les usagers s'y référaient plus facilement. C'est pourquoi, souvent, le titulaire des *mazâlim*, disent les auteurs⁴⁷⁰, renvoie des plaideurs devant le magistrat, sous réserve de se voir de nouveau saisi si l'action devant celui-ci ne peut pas effectivement aboutir, ou, sous forme d'appel, si le jugement est injuste. On rapporte que : « Le sultan *Barqûq*, siégeant pour les *mazâlim*, vérifiait, précisément, la question du point de savoir si le plaignant s'était, au préalable, adressé vainement au magistrat et ce n'était que dans l'affirmative qu'il consentait à procéder lui-même au jugement de l'affaire. Dans la négative, non seulement il rejetait en la forme le recours mais faisait infliger une correction au requérant. »⁴⁷¹. Le point de vue de *Joseph Schacht* est de tant plus infondé, surtout, lorsqu'on se rend compte que la vocation des *mazâlim* n'est pas, en théorie, de faire l'ombre au tribunal du *qâdî* ordinaire mais plutôt de le soutenir. « La justice des *mazâlim*, dit Emile Tyan, ne possède qu'un caractère subsidiaire, puisque le juge des *mazâlim* n'a de raison d'intervenir que si le juge ordinaire, pour les actions qui rentrent dans sa compétence, apparaît impuissant à assurer lui-même la justice. »⁴⁷².

7-7-2. Autorité compétente en matière des *mazâlim*.

A un point de vue très général, on peut admettre qu'il n'existe pas une différence de nature entre le système des *mazâlim* dans son principe originel et le système de la justice ordinaire : les deux sont la manifestation

⁴⁶⁹ Ibid. p. 50.

⁴⁷⁰ Emile Tyan, op. cit. p. 437, 438.

⁴⁷¹ Ibid. 438.

⁴⁷² Op. cit. p. 437.

du pouvoir du souverain de redresser les torts, conçu dans son acception la plus large. Mais, comme la justice ordinaire fut confiée, à titre de délégation permanente, à un corps de magistrature distinct et nécessairement inférieur au principe ; qu'elle fut limitée, en principe, aux litiges contentieux et soumise au droit positif, tandis que les *mazâlim* restaient dans les attributions du souverain. Selon les juristes musulmans, le calife demeure, en principe, l'autorité suprême qui siège dans les *mazâlim*. Une fois désigné, le calife devient le juge et l'administrateur suprême. *Al-Mawardî* dit de façon claire et sans équivoque que le pouvoir suprême, en la personne du calife est le seul habilité à superviser les *mazâlim*. C'est cette disposition que fut consacrée dans les manuels de droit public de l'époque postérieure. *Joseph Schacht* dit que : « l'exercice des *mazâlim* était la prérogative du souverain absolu, en vertu de laquelle les califes eux-mêmes ou, par délégation, des ministres ou des fonctionnaires spéciaux, et plus tard les sultans, recevaient les plaintes au sujet des erreurs judiciaires, des dénis de justice ou autres actes prétendument illégaux des *qâdi*, des difficultés à assurer l'exécution des jugements, des torts causés par des fonctionnaires du gouvernement ou des individus puissants et des matières similaires »⁴⁷³. L'organisation des *mazâlim* évolua dans le sens que les vizirs ainsi que des personnages d'une grande importance en matière de la loi, se mirent à siéger au tribunal des *mazâlim*. « Dès les origines mêmes de l'institution, on constate que le pouvoir de juridiction des *mazâlim* est, parfois, délégué par ses titulaires de droit, souverain, ministres, gouverneurs... . En général, dans le système du droit public musulman, tout titulaire d'une fonction peut la déléguer. »⁴⁷⁴. Cependant, il faut faire remarquer qu'il existe une difficulté, en matière des *mazâlim*, inhérente même à la nature de la fonction. Le titulaire des

⁴⁷³ Op. cit. p. 50.

⁴⁷⁴ Ibid. p. 484.

mazâlim, avons-nous dit : doit posséder un pouvoir de droit et de fait qui doit prévaloir sur le pouvoir et la puissance de toute autre personne. Le délégué du souverain, du ministre, du gouverneur ne possède pas, nécessairement, ce pouvoir incoercible. Certes, il ne pouvait pas être envisageable à l'origine, qu'un fonctionnaire distinct puisse suppléer le souverain, le ministre ou le gouverneur, mais la tendance s'est opérée dans le sens que certains califes comme *al-Manşûr* confiaient la justice des *mazâlim* à un fonctionnaire distinct. Pour la période de *al-Mahdî*, notamment, le nom de trois personnages qui furent, à des dates différentes, préposés par le calife, aux *mazâlim*: *'Umar Ibn Mutraf*, *Sallâm*, *Ibn Tawbân*. Un auteur dit que : « Devant la croissance et la complexité des affaires de l'Etat, des agents des *mazâlim* connus sous le nom des *Ashâb al-mazâlim*, furent désigné par les vizirs, et eurent comme mission de trancher dans les affaires dépassant la compétence du juge ordinaire et celle du *muhtasib*... »⁴⁷⁵. « Certaines femmes avaient présidé aussi au tribunal des *mazâlim*. La mère du calife *al-Muqtadir* avait une influence telle, au point qu'elle donna l'ordre à *Tumal*, sa suivante, de tenir audience au *mazâlim* chaque vendredi, accompagnée des membres de son conseil : vizirs, juges, hommes de savoirs et le greffier. C'était elle qui apposait le cachet officiel. »⁴⁷⁶. Les préposés délégués au *mazâlim* portaient bien le titre d'ashâb *al-mazâlim*⁴⁷⁷. D'après les auteurs, la délégation dont jouissaient les préposés aux *mazâlim*, n'était pas totale. Lorsqu'*al-Tabârî* rapporte un cas de *mazâlim* soumis, en l'an 169 de l'hégire, à *Sallâm*, donne les détails suivants : la requête fut présentée à *Sallâm* « qui la soumit à *al-Mahdî* » et ce fut le calife qui statua sur le cas⁴⁷⁸. Mais ces fonctionnaires ne tardèrent pas à conquérir le plein pouvoir de la décision

⁴⁷⁵ REMALD, op. cit. p. 27.

⁴⁷⁶ Ibid. p. 27.

⁴⁷⁷ Ibid, p. 484-485.

⁴⁷⁸ Cité par Emile Tyan, op. cit. p. 485.

au tribunal des *mazâlim*, sous le règne d'*al-Muqtadir*, 295/908-320/932. Ceci apparaît dans un passage d'*al-Şâbî* dans lequel, il est dit que : « Le ministre de ce souverain, *Ibn al-Furât*, lorsqu'il n'arrivait pas à juger lui-même les affaires portées aux audiences qu'il tenait chaque dimanche, chargeait l'agent des *mazâlim*, *sâhib diwân al-mazâlim* et un magistrat d'examiner les plaintes et de statuer eux-mêmes sur certaines d'entre elles. »⁴⁷⁹.

Lorsque le calife décide de se décharger de cette mission, il délègue en réalité son pouvoir à une autre autorité. Selon *al-Mawardî*, le calife délègue quatre sortes de pouvoirs émanant de lui à ses substituts :

1. Ceux qui ont des pouvoirs généraux sur toutes les provinces en général ; ce sont les vizirs...

2. Ceux qui jouissent de pouvoirs généraux dans des provinces déterminées ; ce sont les émirs placés à la tête de circonscriptions et des villes...

3. Ceux qui ont des pouvoirs spéciaux dans les provinces en général : tels sont le grand *qâdî*, l'inspecteur général des troupes...

4. Ceux dont les pouvoirs spéciaux s'exercent dans les régions déterminées, par exemple le *qâdî* d'une ville ou d'une région, l'intendant des impôts foncier, *harâğ*, d'une ville ou d'une région.

La nomination du *wâlî al-mazâlim* au niveau central et de *wâlî* délégués dans les provinces fait partie successivement de la troisième et de la quatrième catégorie.

D'autre part, parmi les obligations du calife, chef de la communauté musulmane, on trouve ce qui suit :

- Trancher les litiges afin que règne la justice entre musulman.

⁴⁷⁹ Ibid. p. 485.

- Exécuter les décisions de justice entre les plaideurs
- Appliquer les peines légales pour empêcher la violation des prohibitions divines et celle des droits des individus.

Ces trois missions de nature mixte, judiciaire et extrajudiciaire, donnent tout le pouvoir nécessaire au calife d'intervenir pour que règne la justice.

L'exercice des *mazâlim* par le souverain suivant les expressions d'*Emile Tyan* : « n'apparaît pas comme distinct de l'exercice de la juridiction ordinaire. Les deux procédures ne sont chez lui que la manifestation, en des formes différentes, d'un même principe de pouvoir. L'exercice des *mazâlim* par les gouverneurs de province ou par les ministres n'est qu'un aspect et une application de l'attribut essentiel du souverain en cette matière. Ils n'exercent cette justice que dans la mesure théorique ou effective- où ils représentent le prince. »⁴⁸⁰. L'exercice de la justice des *mazâlim* par les califes et sultans, en Islam, est avant tout un devoir religieux. Pour assurer un grand prestige à l'exercice de cette fonction, les souverains bâtiront des palais, spécialement affectés aux services de la juridiction des *mazâlim*. Les séances des *mazâlim* étaient si régulières que leur interruption ne pouvait pas avoir lieu sans se faire remarquer. L'opinion publique, du temps *abbasside*, n'admettait pas qu'un souverain, dont l'autorité était reconnue, montrât de l'indifférence, même passagère, à exercer les *mazâlim*. Les anecdotes à ce sujet sont nombreuses. Il paraît, selon, les dires de *al-Ṭabârî* que : « Le calife abbasside *al-Hâdî*, étant resté trois jours consécutifs sans tenir une audience de *mazâlim*, un de ses favoris se permit de lui en faire l'observation : « Le peuple, ô monarque, ne peut pas se résigner à vous voir suivre cette conduite : depuis trois jours vous n'avez pas statué sur les

⁴⁸⁰ Op. cit. p. 440.

mazâlim»⁴⁸¹. Suivant une autre variante de la même anecdote, le calife se rendant un jour chez sa mère fut accosté par un passant qui n'aurait pas eu crainte de lui dire qu'il y avait pour lui une œuvre plus urgente à accomplir que de visiter sa mère, celle d'aller juger les requêtes des *mazâlim* qu'il négligeait depuis trois jours. »⁴⁸².

La pratique de la justice des *mazâlim* devient une tradition qu'observaient scrupuleusement les premiers califes abbassides à tel point qu'elle apparaît comme une des règles essentielles du gouvernement de l'Etat. C'est ainsi que, parmi les recommandations que *Abû Yûsuf* fait à *Harûn al-Rašîd*, l'exercice de cette fonction est présenté comme une condition d'un bon gouvernement, dont les effets se font ressentir même dans le rendement des impôts, les contribuables étant portés à les acquitter régulièrement sous un régime où les principes de justice sont rigoureusement observés. L'institution des *mazâlim* avait acquis une symbolique de la puissance du pouvoir de telle sorte que lorsque certains gouverneurs de province entraient en conflit avec le pouvoir central pour secouer son joug et s'ériger en princes indépendants et lorsque, dans une phase plus développée, ils sont déjà arrivés à leurs fins cependant que leur nouvelle situation n'est pas encore nettement affirmée, ils paraissent animés d'un zèle particulier dans l'exercice de la justice des *mazâlim*. C'est ainsi que le fait de s'asseoir au *mazâlim* représentait un moyen important pour tout prétendant au pouvoir suprême de consolider ses prétentions. Les chroniqueurs rapportent que : « A l'époque où *Aḥmad Ibn Ṭulûn*, échappait de plus en plus à la suzeraineté des califes abbassides de *Bagdad*, jetait les bases d'une dynastie indépendante, en Egypte, il tenait assidûment des audiences de *mazâlim*, à tel point que le *qâdî* alors en exercice, n'eut plus rien à faire, les justiciables se dispensant de recourir à

⁴⁸¹ Ibid. p. 476.

⁴⁸² Emile Tyan. op. cit. p. 477.

sa juridiction, pour suivre celle des *mazâlim*.»⁴⁸³.

8-8-2- La composition des *mazâlim*.

Institution originale, mi-administrative mi-judiciaire, qui complète le rôle des juges ordinaires, l'institution des *mazâlim* présente des caractéristiques particulières qu'il convient d'examiner au niveau de sa composition. On peut dire, sous réserve de quelques précisions, que la particularité de la justice des *mazâlim* en comparaison avec la justice ordinaire du *qâdî*, est que la première à la différence de la seconde, s'exerce en la forme collégiale en ce sens que si le titulaire de la fonction reste toujours unique et que c'est de lui, personnellement, qu'émane la décision, en l'occurrence, le calife ou le souverain, il est cependant assisté obligatoirement, suivant la pratique consacrée, d'une assemblée d'assesseurs, le tribunal n'étant pas régulièrement constitué sans leur participation. Tandis que le *qâdî* comme nous avons déjà noté, lui, statue seul ; le juge des *mazâlim* statue en son conseil.

Il est défini chez *al-Mawardî* que le *diwân al-mazâlim* se compose d'un président et de cinq catégories de fonctionnaires. Ces derniers, dont la participation est considérée par *al-Mawardî*, d'indispensable et constitue une condition de la validité de la procédure. La première catégorie de ces personnages ne doivent pas nécessairement appartenir à une classe particulière, ayant un statut spécial ; on exige simplement que ce soient de puissants personnages, d'un grand prestige, choisis parmi les collaborateurs ordinaires du souverain ou de celui qui préside le tribunal : ils sont désignés par l'expression, *al-ḥumât wa al-a'wân*. Les autres catégories comprennent des représentants de la magistrature ordinaire, des *qâdî*, qui ont pour mission de fournir au président tous les renseignements qu'il peut leur demander au sujet de la manière de conduire les débats et de

⁴⁸³ al-Kindî, *wulât misr*, corrigé et annoté par Husayn Nassâr, Dâr Sader Dâr Berouth, 1959, p. 512.

faire administrer les preuves ; des juristes, pour donner leur avis sur les difficultés juridiques soulevées par le procès ; des greffiers ayant pour rôle de consigner les actes de la procédure ; les *šuhûd*, témoins qualifiés des décisions qui doivent être rendus. Le nombre et le mode de choix de ces divers assesseurs ne sont pas fixés ; ils dépendent de la seule volonté du président. Le conseil des *mazâlim* est donc constitué suivant le modèle suivant.

1-La présidence du diwân.

La présidence du *diwân* revient en principe au calife qui examine lui-même, dans un conseil, les recours des citoyens contre les abus et les torts qui leur sont causés par les autorités administratives. Le calife délègue ce pouvoir au niveau central, le plus souvent, soit au vizir, soit au *qâdî* en chef, soit à un très haut fonctionnaire. Au niveau local, c'est le gouverneur qui est compétent, en principe, ou bien un *wâlî al-mazâlim* spécial nommé généralement par le vizir. Parfois, le grand *qâdî* qui a dans certains cas le rang de vizir, est chargé de la justice ordinaire et des *mazâlim*. Ce peut être aussi des prestigieux jurisconsultes qui président à la charge des *mazâlim*. Lorsqu'il est investi, le chef de cette institution, il est appelé *wâlî, nâzir* ou *sâhib al-mazâlim*, pour le distinguer du juge ordinaire. La pratique correspond largement aux règles juridiques concernant les conditions requises du candidat à la *wilâya* des *mazâlim*. Le candidat au *naẓar fî al-mazâlim* doit être, comme dit *al-Mawardî* : « Un homme considérable, à la main ferme, hautement respecté, d'une pureté de mœurs manifeste, de faibles appétits et très scrupuleux, car il a besoin dans cet office de la violence des gardiens de l'ordre et de la fermeté des *qâdî* pour être en état, par l'importance de sa situation, de se faire obéir de l'une et de

l'autre parties. »⁴⁸⁴.

Afin de mener cette tâche délicate, le chargé du *diwân al-mazâlim* tient ses audiences en présence de cinq catégories d'agents publics. Ce sont les membres du *diwân*.

2 Les membres du *dîwân*.

Tels quels sont cités dans les *Aḥkâm* d'Abû *al-Hasan al-Mawardî*, les membres du *dîwân* sont :

a - Les gardes et les huissiers qui ont la tâche de traîner devant le chef du *diwan* l'homme puissant qui refuse de comparaître.

b - Les *qâḍî* et les *ḥâkim* pour l'informer et le conseiller sur la manière de trancher les affaires litigieuses.

c - Les jurisconsultes, pour qu'il puisse les consulter sur les affaires qu'il trouve difficiles.

d - Les scribes, *kuttâb*, pour consigner ce qui se passe entre les parties et les droits ou les obligations qui leur sont attribués à l'issue de la délibération.

e - Les témoins pour qu'ils attestent de la décision que prend le chef du *diwân*.

La composition du conseil des *mazâlim* est celle-là même qui est souvent relatée dans les ouvrages des auteurs musulmans, elle correspond en grande partie à la réalité. Dans tous les cas, la présence des *qâḍî* auprès des califes lorsqu'ils statuent en matière de *mazâlim* est presque toujours la règle⁴⁸⁵. L'encyclopédiste et historien, *al-Maqrizî*, donne une description précise de la composition du conseil des *mazâlim*. En Egypte, vers le IV

⁴⁸⁴ op. cit. p. 126.

⁴⁸⁵ Ibn Tabâtâbâ, *Al-Fahrî fî al-âdâb al-sultâniyya wa al-duwal al-islâmiyya*, Dâr Sâder, Beyrouth, sans date, p. 179.

siècle de l'hégire, qui correspond largement à celle donnée par *Mawardî* comme devant être la règle. On y trouve notamment les *qâdî*, les jurisconsultes, les témoins et les notables, avec comme président soit un haut fonctionnaire, vizir, gouverneur, soit le *qâdî* en chef, au niveau central. Parfois, le *Sâhib diwân al-mâl* est présent.

La composition du conseil des *mazâlim* correspond bien à la nature de l'institution et à ses fins. Le président du conseil mis en avant tout les outils possibles et indispensables pour rendre la justice suivant les règles du bon sens et de l'équité. Dans son conseil, le président doit être entouré à la fois par le représentant de la *Šari'a* qu'incarne le *qâdî* et le bon sens du technicien de la loi que représente le juriste et les huissiers et les gardes qui sauront, le cas échéant, dissuader les réfractaires. Chacun des personnages des assesseurs a sa part contributive dans le cheminement du procès. L'institution des *mazâlim* avait pour objet de faire appliquer les termes de la loi à toutes personnes, pour des raisons de son rang social important ou pour son influence et son pouvoir, souhaitant échapper à la justice ordinaire du *qâdî*. Elle se réservera le droit de faire réparer au demandeur tout intérêt légitime violé et à faire valoir une solution de droit à l'encontre des oppresseurs. Pour ce faire, elle fera appel au concours de plus puissants personnages, capables d'imposer une solution de droit à ces justiciables. La participation des greffiers et des *šuhûd* n'est pas spéciale aux *mazâlim* et elle s'explique par elle-même.

1-7. Attributions du conseil des *mazâlim*.

La liste des attributions des *nazar fi al-mazâlim* n'est pas limitative. En règle générale, il est retenu par la doctrine juridique que l'institution est qualifiée pour exercer son autorité et son contrôle suprêmes sur le fonctionnement de tous les services publics, chaque fois qu'il porte atteinte à un intérêt légitime. Mais en vertu d'extension de son pouvoir, les *mazâlim*

pouvaient connaître de tous les litiges dont le tribunal ordinaire se rend incapable de juger, pour les raisons que nous avons citées plus haut. *Al-Mawardi* restreint les attributions des *mazâlim* à dix, que nous répartissons entre quatre catégories distinctes. La première catégorie de ces attributions relève du contentieux administratif ; la seconde du contrôle purement administratif des services publics ; la troisième catégorie concerne le contrôle de l'exercice du culte et de certaines prescriptions religieuses ; la quatrième catégorie concerne le contentieux ordinaire et enfin on peut y ajouter une cinquième catégorie dans laquelle s'insère un certain nombre d'attributions relatives à des cas de nature disparate qui n'ont pu être attribués à la compétence des *mazâlim* que par extension toute exorbitante et artificielle.

- La première catégorie.

1- Le *wâlî al-mazâlim* examine les abus de pouvoir des gouverneurs à l'égard d'un particulier. On doit distraire de cette catégorie générale les cas d'usurpation de biens dont se rendaient coupables les fonctionnaires. Ces cas rentrent plutôt dans le contentieux judiciaire des *mazâlim* et nous en traiterons le moment voulu.

2- Les exactions commises par les percepteurs dans leurs prélèvements sur les biens. Il restitue dans ces cas les majorations perçues à leurs ayants droit, en application des règles légales.

3- Le retard ou le défaut de paiement aux ayants droit de toutes soldes, dotations etc.

Cette catégorie des attributions que nous venons de citer relève, donc, du domaine que nous pouvons appeler, à défaut d'une expression plus appropriée, le contentieux administratif. « Le droit musulman n'a sans doute pas connu cette notion précise du droit public moderne, tout comme il n'a pas établi une séparation nette et de principe entre une juridiction administrative

et une juridiction judiciaire. Dans le système général des *mazâlim*, la notion de contentieux administratif est extrêmement large et vague. D'une part, la possibilité d'un recours ou d'une action d'office, exercé au titre des *mazâlim*, contre une simple décision exécutoire pouvant porter préjudice, ne semble pas avoir été admise. Il ne s'agit toujours que d'actes ayant effectivement porté préjudice. D'autre part, aucune distinction n'est établie entre les actes préjudiciables qui sont commis dans le fonctionnement normal et ordinaire des services publics, cas de la faute de services, justiciables de la juridiction administrative, et ceux qui sont commis en dehors de ce fonctionnement et sont le fait d'un abus personnel du fonctionnaire, cas de la faute personnelle, justiciables de la juridiction judiciaire. Indistinctement, dans les deux cas, le juge des *mazâlim* est compétent. »⁴⁸⁶.

Nous devons rappeler que le droit musulman strict reconnu au juge ordinaire la compétence de connaître des litiges entre l'administration et les administrés. Ce n'est qu'en cas d'incapacité du juge ordinaire de faire appliquer sa sentence à l'encontre d'un prévenu, jugé trop puissant, que le procès est relevé par le tribunal des *mazâlim*. Toutefois, dans les faits, souligne *Emile Tyan* : « Etant donné l'inexistence d'un principe de séparation des pouvoirs, étant donné que les titulaires de l'autorité suprême, calife, ministre, gouverneur, possédaient aussi en propre le droit de juridiction, c'étaient ces personnages qui devaient se réserver le contentieux soulevé par le fonctionnement de l'administration. »⁴⁸⁷.

- La deuxième catégorie.

Entre dans cette catégorie les attributions dévolues au *nâzir fî al-mazâlim* qui consiste en le contrôle purement administratif des services publics. Ces attributions forment la suite des attributions que nous avons citées ci-dessus, énumérées dans les *aḥkâm al-ṣultaniyya*. En vertu de ces

⁴⁸⁶ Emile Tyan, op. cit. 454.

⁴⁸⁷ Ibid. p. 455.

attributions, il est admis par la doctrine que le *nâzir fî al-mazâlim* exerce un droit de contrôle de l'administration, non pas en raison d'une atteinte causée par le fonctionnement de cette administration à l'intérêt légitime d'un particulier, mais exclusivement du mauvais fonctionnement, considéré en soi, d'un service public. A cet égard, nous pouvons répartir les attributions de cette catégorie en trois groupes.

- 1 - Le contrôle des agents des divers services administratifs, *kuttâb al-dawâwîn*. Ces agents, disent les auteurs, sont les préposés des musulmans à la garde de leurs biens communs. Le titulaire des *mazâlim* contrôlera leur conduite ; s'ils n'agissent pas en conformité de la justice et des règlements dans la perception des recettes ou dans l'exécution des dépenses, il redressera ses erreurs.
- 2 - Le *nâzir fî al-mazâlim* juge des litiges dont le *muhtasib*, une sorte d'administration municipale qui a des attributions multiples, comme le contrôle de poids et mesures etc., est incapable de juger. Le titulaire des *mazâlim*, en cette matière consiste à prêter main-forte au *muhtasib* dans l'exercice de ses fonctions, de contrôler sa gestion et, le cas échéant, de se substituer à lui.
- 3 - Le contrôle des biens de mainmorte, *waqf*, publique, c'est-à-dire les *waqf* dont les revenus ne sont pas destinés à des particuliers mais sont affectés à des buts d'intérêt général, comme les fondations qui doivent servir à l'entretien des lieux du culte, des mosquées, des établissements d'enseignement, les madrasas etc. Le titulaire des *mazâlim* vérifiera la gestion de ces biens en veillant à ce qu'elle soit assurée conformément à leur destination et à la volonté de l'auteur de la fondation.
- 4 - Dans cette catégorie nous pouvons ajouter la huitième et la

neuvième attribution, selon le classement d'*al-Mawardî*. Celles-ci donnent pouvoir au titulaire des *mazâlim* de veiller à l'observation des prescriptions religieuses et des manifestations extérieures du culte, telles que la prière du vendredi, les solennités des fêtes, le pèlerinage, le *ğihâd*. En de telles matières, précisent les auteurs, il s'agit « des droits de Dieu, *huqûq Allâh*. »

- Troisième catégorie : Contentieux ordinaire.

Cette catégorie d'attribution concerne la compétence dévolue au titulaire des *mazâlim* à statuer dans trois autres cas précis d'affaires :

1 - Dans le premier cas, le titulaire des *mazâlim* est compétent à statuer dans les litiges ordinaires soumis directement à sa juridiction. Dans ce cas le titulaire des *mazâlim* statue en qualité de juge au sens strict du mot. Le titulaire des *mazâlim* statue dans ce cas dans tous les litiges qui rentrent dans la compétence des juges ordinaires, en droit comme en fait. Dans cette classe d'attributions, rentrent également tous les cas d'usurpation de biens ou violation de droits commis par les officiers publics, ce que *al-Mawardî* appelle les *ğusûb al-şultaniyya*, ou violations commises par des puissants personnages, au préjudice des particuliers. Le principe de la compétence du juge des *mazâlim* en ces matières est le même que dans les cas précédents. Mais il s'y ajoute un élément particulier, qui est accessoire quant à la nature du litige, mais important quant à la nature de la juridiction des *mazâlim*. La caractéristique essentielle qui justifie la compétence de la juridiction des *mazâlim* consiste, d'après la doctrine, en ce que l'acte d'injustice, relevant de par sa nature du juge ordinaire, renferme un tel élément de force que le

juge ordinaire se trouve lui-même impuissant à le réprimer. Les actes d'injustice commis par de hauts fonctionnaires publics, par des puissants personnages, dépassent le pouvoir effectif de sanction et de répression que le juge de l'ordre *qadiale* possède et les moyens de coercition dont il dispose.

2 - Dans le deuxième cas, le titulaire des *mazâlim* intervient lorsqu'il est saisi d'un recours contre les décisions et les actes des juges ordinaires et autres magistrats assimilés. Le recours contre les décisions et actes de magistrats judiciaires, il ne constitue pas en la forme la procédure d'appel, similaire à la voie de recours du même nom de la procédure moderne. Le recours formé devant le *nâzir fî al-mazâlim* est de nature différente de celle de l'appel proprement dit et son domaine d'application est infiniment plus étendu. Ce recours contre la juridiction ordinaire et les autres juridictions similaires ne concerne pas uniquement les décisions juridictionnelles, mais aussi contre tous les actes que peut accomplir le juge ordinaire dans l'exercice de l'une quelconque de ses attributions. Le recours peut avoir pour objet également des actes accomplis par le juge en dehors de l'exercice même de ses fonctions, des actes de sa conduite personnelle et privée et qui tendraient à démontrer son incapacité ou son indignité.

3 - Dans le troisième et dernier cas, le titulaire des *mazâlim* a pouvoir d'intervenir à chaque fois que l'on ait recours à son tribunal aux fins d'exécution des décisions rendues par les juges que ceux-ci n'ont pas assurés eux-mêmes. Rappelons, juste, que la procédure des *mazâlim* en matière des litiges relevant de la compétence du juge ordinaire ne peut être déclenché que lorsque le juge ordinaire se trouve impuissant à les juger. La compétence du *nâzir fî al-mazâlim* est, en cette matière, subsidiaire. En droit

stricte, l'exécution d'une sentence rentre dans la compétence du juge qui l'a rendue ; elle ne pourra être demandée au *nâzir fi al-mazâlim* que si le juge se montre impuissant à assurer lui-même l'exécution à cause de la puissance et de l'influence du condamné ou de toute autre circonstance.

L'intervention du titulaire des *mazâlim* dans le deuxième cas de la troisième catégorie qui est une compétence subsidiaire du titulaire des *mazâlim* et de ce fait non systématique, ne tarda pas d'échapper à la juridiction des *mazâlim*, en raison de l'insuffisance d'organismes pouvant prendre en charge le contentieux ordinaire. La tendance s'est établie dans le sens que le juge des *mazâlim* se refusait spontanément chaque fois qu'il s'agissait d'un litige relevant, de par sa nature, de la compétence de juge ordinaire et dans lequel ne se trouvent pas d'éléments rendant ce magistrat impuissant à assurer la justice. Ainsi, de nombreux textes rapportent que le titulaire des *mazâlim*, souvent le souverain lui-même, renvoyait les parties à se pourvoir devant le *qâdî* ordinaire, chaque fois qu'il constatait que le procès rentrait dans les attributions de ce dernier.

4- Dans la quatrième catégorie, nous rencontrons des attributions de natures diverses. En vertu de l'extension exorbitante, le titulaire des *mazâlim* se vit attribuer la compétence de veiller au bien-être du peuple, venir en aide à des particuliers dans la gêne, *al-ḥâḡa*, apparaissent comme des actes de justice qu'un souverain ou son délégué le ministre accomplit volontiers à ses audiences de *mazâlim*. Les auteurs font mention des cas où le titulaire des *mazâlim* avait reçu des demandes de la part d'un particulier en vue d'acquiescer une somme d'argent pour s'acquiescer d'une dette. Il est courant, dit *Emile Tyan*, qu'un homme dans le

besoin, un débiteur, incapable de payer ses dettes, se présente aux audiences des *mazâlim* pour demander un secours. »⁴⁸⁸. Le calife *al-Ma'mûn* ordonne, à une audience de *mazâlim*, le règlement, aux frais du trésor, de la dette d'un requérant. »⁴⁸⁹. *Ibn al-Furât* mentionne également le cas d'un individu qui, à une audience de *mazâlim* de ce ministre, lui présente requête, sollicitant l'avance d'une somme de cinq cent dinars, montant d'une dette qu'il n'arrivait pas à acquitter lui-même, la somme lui est allouée⁴⁹⁰.

1-8. Jours et lieux d'audiences des *mazâlim*.

Nous lisons, dans l'exposé sur les *mazâlim*, d'un juriste contemporain, relativement à la tenue des audiences des *mazâlim* à l'époque abbassides ce qui suit : « Le tribunal des *mazâlim* se tenait à la mosquée sous la présidence du calife ou du *wâlî* ou du délégué de l'un des deux »⁴⁹¹. Le calife *al-Mahdî* fut le premier, d'après la tradition, à avoir présidé les *mazâlim*. Les textes disent que ce calife : « tenait en tout temps audience de *mazâlim*. »⁴⁹², sans autre précision ; mais cela pourrait bien vouloir dire que ce souverain exerçait avec constance cette forme de justice⁴⁹³. Le calife *al-Muhtadî* avait également siégé au *mazâlim*. Ce dernier, d'après les chroniqueurs, avait construit un dôme, *qubba*, disposant de quatre portes où il siégeait pour présider les *mazâlim*. Ce lieu prit le nom de *qubbat al-mazâlim*, le dôme des *mazâlim*. Le calife *al-Qâhir* siégeait à *Dâr al-hilâfa*, une fois par semaine. Le calife *al-Ma'mûn* avait réservé le dimanche pour

⁴⁸⁸ Ibid. p. 472.

⁴⁸⁹ Ibn 'Asâkir. III, 373, cité par Emile Tyan, op. cit. p. 472.

⁴⁹⁰ Ibid. p. 472.

⁴⁹¹ Al-Mawardî, op. cit. p. 127.

⁴⁹² Emile Tyan, op. cit. p. 477.

⁴⁹³ It absolutely necessary that on two days in the week the king should sit for the redress of the wrongs, to extract recompense from the oppressor, to give justice and to listen to the words of his subjects with his own ears, without an intermediary. It is fitting that some written petitions should also be submitted if they are comparatively important, and he should give a ruling on each one. For when the report spreads throughout the kingdom that on two days in the week the master of the world summons complaints and petitioners before him and listens to their words, all oppressors will be afraid and curb their activities, and no one will dare to practice injustice or extortion for fair of punishment". Jorgen S. Nielsen, op. cit. p. 28.

présider les *mazâlim*⁴⁹⁴.

Il paraît, que, jusqu'au milieu du III siècle de l'hégire, il n'y eût pas eu de pratique bien établie relative aux lieux et aux temps des audiences. Cependant, dans la deuxième moitié du III siècle de l'hégire, des pratiques commencèrent à se fixer dans ce sens. D'après *Ibn al-A'îr*, le gouverneur de la province de l'*Ifriqiya* à cette époque, *Ibrahîm Ibn Aḥmad*, tenait audience chaque semaine, le lundi et jeudi, dans la mosquée de *Qayrawân*. En Egypte, au cours du III siècle de l'hégire, *Ibn Ṭulûn* tenait audience deux fois par semaine. Quant au ministre *Ibn al-Furât*, il avait institué l'usage, dit *al-Şâbi*, de siéger pour les *mazâlim* tous les dimanches. Il commençait son audience le matin, de bonne heure. Dans la deuxième moitié du V siècle de l'hégire, le ministre du calife *al-Muqtadir*, *Abû Şuġâ' al-Ḥamadânî*, tenait audience les après-midi jusqu'à la prière du 'asr. Sous les *Ihşidides*, en Egypte, *Kâfûr* consacre le samedi à ses audiences. Sous les *Fatimides*, l'usage qui semble avoir été inauguré par *Ibn Ṭulûn* fut repris : le ministre tenait audiences des *mazâlim* deux jours par semaine. Les *Ayyubides* avaient bâti un logis dédié aux *mazâlim* qu'ils baptisèrent, *Dâr al-'adl*, la maison de la justice. On rapporte que les souverains *ayyubides* faisaient siéger avec eux les juges des quatre écoles juridiques, les responsables du trésor public, *bayt al-mâl* ainsi que d'autres personnalités privées et publiques etc. Ce sont les après-midi des lundis et jeudi de chaque semaine qui sont réservées aux audiences des *mazâlim*, du temps des *Ayyubides*. C'est la pratique notamment suivie par *Salâḥ al-Dîn al-Ayyûbî*, *Saladin*, *Baybar Ibn Qalawûn* et ses successeurs. C'est encore le lundi et jeudi que le sultan d'un royaume aux Indes tenait son conseil des *mazâlim*. *Barqûq* modifia cette usage : il tenait audience le dimanche et mercredi, qu'il remplaça ensuite par le mardi et samedi, auxquels il ajouta le vendredi, après le 'asr. Ces audiences ont eu lieu, en principe, toute

⁴⁹⁴ REMALD, op. cit. p. 27.

l'année, sauf pendant le mois de jeûne du ramadan. Dans la moitié du IX^e siècle de l'hégire, en l'an 871/1466 précisément, le samedi et mardi étaient consacrés aux audiences, lesquelles, toutefois, ne se tenaient plus toute l'année, mais seulement au cours de deux mois pendant la saison d'hiver. Les gouverneurs de provinces siégeaient, eux aussi, le lundi et jeudi. Pour ce que fut le cas des lieux d'audiences, d'ordinaire, elles se tenaient dans les mosquées. Il arrive, selon les textes des auteurs musulmans, que les sujets abordent le calife dans la rue pour lui faire part d'une injustice sans qu'aucune procédure ne soit suivie au préalable. *Al-Mawardi* indique, comme une règle de la procédure, que les huissiers du tribunal doivent être d'un abord facile et ne mettent aucune entrave à l'accès des justiciables auprès des juges des *mazâlim*. Les audiences selon la règle de droit doivent être publiques. Dans les diplômes d'investiture des candidats au *mazâlim*, il est commandé de rendre les audiences public et qu'aucun voile ne doit être baissé pour empêcher le public à y assister. Ces diplômes insistent particulièrement sur la règle de publicité. Il est prescrit au nouveau titulaire de tenir des audiences public où tout voile est levé, où toute facilité est faite pour avoir accès auprès de lui, de rapprocher de lui tout les plaignants. Il doit se mettre à leur disposition entière. Le but essentiel de l'institution des *mazâlim*, dit-on, est de fournir aux sujets toutes facilités pour porter leurs recours devant le souverain ou ses délégués. C'est pour bien marquer ce caractère public que, dans le langage courant, le local affecté à la justice des *mazâlim* est désigné, souvent, du nom de *Dâr al-'Amma*, la maison du public ou la masse. Nous lisons dans les ouvrages des historiens musulmans que la maison où tenait *Salâh al-Dîn al-Ayyûbî* son conseil était un *mağlis 'âm*, conseil public, où la porte était ouverte aux justiciables, afin que puisse : « arriver jusqu'à lui tout individu, grand ou petit ... Toujours, il était prêt à entendre toutes les requêtes qu'on lui adressait, il ne renvoyait aucune personne venue pour lui exposer une

plainte, un procès. »⁴⁹⁵.

1-9- L'évolution ultérieure de la juridiction des *mazâlim*.

La juridiction des *mazâlim* sous la forme que nous lui avons reconnue, jusqu'ici, commença, peu à peu à sortir des charges du souverain, en prenant une forme plus structurée. Mais le fait, qu'elle a toujours joui de la protection du pouvoir exécutif, sa résurrection dépendait, toujours du bon vouloir de ce pouvoir. C'est ainsi que tout récemment dans un pays musulman, comme le Maroc, le *nazar fî al-mazâlim* parvint à se frayer une place importante parmi les institutions publiques du royaume. On retiendra, alors pour qualifier cette institution l'expression du *diwân*⁴⁹⁶ *al-mazâlim*. Cette institution, dans le Maroc actuel, « a pour objet de promouvoir l'intermédiation entre d'une part, les citoyens ou groupes de citoyens et d'autres part, les administrations ou tout organisme disposant de prérogatives de puissance publique, et d'inciter ceux-ci à observer les règles de la primauté du droit et de l'équité. »⁴⁹⁷. Conformément au décret de création de l'institution, le *wâlî al-mazâlim*, puisque c'est ainsi qu'il continue à être appelé, ne joue qu'un rôle de simple médiateur entre l'administration publique et les usagers⁴⁹⁸, sans posséder de réels pouvoirs

⁴⁹⁵ Ibid. p. 509.

⁴⁹⁶ Mot vraisemblablement d'origine iranienne désignant un registre, un recueil, et employé pour qualifier d'une part les recueils de poésie, d'autre part les registres administratifs et, par extension, les bureaux employant lesdits registres. Selon les auteurs musulmans le premier bureau, institué par le calife 'Umar, fut celui de l'armée. A l'époque Umayyade furent créés des bureaux financiers s'occupant de la collecte des impôts et de l'utilisation des revenus. A l'époque Abbasside, l'administration centrale comporta une série de *diwân* spécialisés dont nous connaissons les noms, mais pas toujours le fonctionnement exact. Des services correspondants dans l'administration provinciale sur laquelle nous sommes beaucoup moins bien informés, et les diverses dynasties plus ou moins indépendantes qui se constituèrent à partir du IX siècle eurent des services calqués sur ceux de la capitale abbasside, bien que portant parfois des dénominations différentes. Il arrivait que le directeur d'un service eût la prééminence sur les autres ; d'où l'apparition, surtout à partir du XII siècle, de *diwân* suprêmes, qui pouvaient être ceux de la chancellerie ou des finances et qui correspondaient à des organes de gouvernement. Mais c'est seulement à l'époque ottomane que le mot *diwân* en vint à désigner de façon constante le conseil impérial, organisme gouvernemental constitué de la réunion du grand vizir et des ministres. J. D. Sourdel. Op. cit. p. 549.

⁴⁹⁷ Abdallah Harsî, REMALD, thèmes actuels, 34, 2002, p. 36.

⁴⁹⁸ Concrètement le *wâlî al-mazâlim* présente au Premier ministre des suggestions de portée générale sur les mesures de nature à faire justice aux doléances qui lui sont soumises. Il lui présente des propositions de nature à améliorer le fonctionnement de l'Administration et à amender les textes juridiques la régissant. Le *wâlî al-mazâlim* peut entreprendre toute mesure d'intermédiation, sauf ce qui lui est interdit

de coercition, « ce qui apparaît, rétorque un auteur, bien comme assez modeste par rapport à l'institution originelle à laquelle elle se réfère. Mais il faut convenir, ajoute-il, que le contexte juridique est également bien différent. »⁴⁹⁹. Le *diwân al- mazâlim*, ainsi défini rejoint dans les faits, les institutions de médiateur créé un peu partout dans le monde et s'éloigne de l'institution des *mazâlim* originelle. Les institutions de médiations dont on peut comparer le *diwân al-mazâlim*, au Maroc, sont l'ombudsman dans les pays scandinaves, le défenseur du peuple en Espagne, le médiateur de la République en France. Toutes ses institutions jouent un rôle de médiation entre le peuple et l'administration publique.

Deuxième chapitre. La juridiction du qâdî al-'askar.

La juridiction du *qâdî al-'askar* aurait pu être étudiée dans le chapitre que nous avons consacré à l'institution du magistrat judiciaire musulman, le *qâdî*, étant donné son appartenance au corps de la magistrature qadiale. L'évolution que connaîtra cette juridiction, vers la fin du règne fatimide, justifie notre choix qui consiste à l'intégrer dans cette partie. Nous devons insister, ici, que la fonction du *qâdî al-'askar*, ainsi exprimée, ne devrait pas conduire à penser, qu'il s'agit d'une juridiction particulière intéressant une classe particulière de la population. Dans le système d'organisation judiciaire islamique, faut-il le rappeler, il n'est pas retenu, d'une façon générale, la qualité du justiciable pour la détermination de la compétence. Tous les musulmans de quelconque des catégories sociales auxquelles ils appartiennent sont les justiciables du *qâdî* ordinaire. Il n'existe pas une justice réservée aux bourgeois, aux nobles ou aux roturiers.

par l'article 6 dudit dahir, à savoir : - Les plaintes concernant des questions pour lesquelles la justice est saisie ; - les doléances visant la révision d'une décision de justice irrévocable ; -les requêtes relatives à des questions relevant de la compétence du Conseil Consultatif des Droits de l'Homme, auquel le *wâlî al-mazâlim* transmet, sans délais, les plaintes et les doléances relatives aux violations des droits de l'Homme ; - les affaires pour lesquelles le requérant n'a engagé aucune démarche officielle ou recours gracieux ou n'a pas épuisé les recours que les lois et règlements en vigueur prévoient pour faire cesser l'iniquité ou le préjudice allégués ou rétablir le droit violé.

⁴⁹⁹ Ibid. p. 37.

2-1. Origine de la charge.

Les auteurs musulmans remontent les origines de l'institution du *qâdî al-'askar* au premier siècle de l'hégire. Selon l'article de l'Encyclopédie de l'Islam consacré à la charge de *qâdî al-'askar*, il est noté que la charge du *qâdî al-'askar* avait eu lieu dès les premières conquêtes musulmanes, c'est-à-dire, à l'époque du règne de 'Umar, 634-644⁵⁰⁰. Toutefois, les premières traces consistantes que nous avons pu relever de l'existence du *qâdî al-'askar*, en Islam, datent de la première moitié du II siècle de l'hégire. *Al-kindî* chez qui nous avons trouvé ces traces, dit que : « Le gouverneur d'Égypte, *Sâlih Ibn 'Alî*⁵⁰¹, ayant organisé une expédition militaire, désigna, pour chacune des diverses unités de son armée, un juge. Beaucoup de plaintes s'étant élevées au sujet des retards que mettaient ces magistrats dans le jugement des litiges, le gouverneur les fit remplacer par *Ġawt Ibn Sulaymân*. »⁵⁰².

La genèse du *qâdî al-'askar* s'est faite, grosso modo, de la même manière et dans les mêmes circonstances que l'institution du magistrat judiciaire musulman ordinaire, puisqu'au début, jusqu'à une période très tardive, il s'agit d'une seule et même institution, à la différence près, le *qâdî al-'askar* était un *qâdî* ordinaire affecté au service de l'armée pour statuer dans les procès impliquant les membres de l'armée. A ses débuts, au I siècle de l'hégire, le *qâdî al-'askar*, était, sans doute, un homme pieux. Il pouvait bien être l'émir même de l'armée ou un personnage pour qui il a été attribué ce rôle, ayant acquis des connaissances suffisantes en matière de la *Šari'a* pour pouvoir juger des litiges survenant entre les membres du corps de l'armée. Toutefois, la fonction du *qâdî al-'askar* commença à se préciser, au fur et à mesure que se précisera le statut du juge ordinaire, à

⁵⁰⁰ E. P. art. Kâdî. p. 380.

⁵⁰¹ Gouverneur d'Égypte sous les Abbassides, désigné par L'Emir des croyants *Abî al-'Abbâs 'Abdallâh Ibn Muḥammad Ibn 'Alî Ibn 'Abdallâh Ibn 'Abbâs*. La désignation de *Sâlih Ibn 'Alî* eut lieu au mois de Muharram de l'an 133. Kindî, op. cit. p. 119.

⁵⁰² Voir Emile Tyan. p. 529.

l'époque *umayyade*, pour devenir un fait courant, durant la période abbasside⁵⁰³, sans pour autant, et ce jusqu'à une période très tardive, acquérir une autonomie, mais reste un ordre spécial de juridiction dans le système général de la magistrature ordinaire.

2-2. Le statut juridique du *qâdî al-'askar*.

Comme nous venons de l'indiquer, le statut du *qâdî al-'askar* n'est pas de nature différente de celui du magistrat ordinaire ; et il n'y a pas un corps de magistrature des *qâdî al-'askar* distinct du corps de la magistrature ordinaire. A l'origine l'expression *qâdî al-'askar* n'existait pas sous cette forme. Les auteurs parlent d'un *qâdî* institué pour connaître des litiges entre militaires. La fonction qu'exerce le *qâdî al-'askar* est le *qadâ'* proprement dit. Le *qâdî* ordinaire peut être désigné pour connaître des litiges entre les militaires mais cette désignation ne l'empêchait pas de retrouver ultérieurement ses fonctions de *qâdî* ordinaire. On pouvait alternativement être *qâdî al-'askar* et *qâdî* ordinaire. « Un même magistrat passe normalement d'un poste de *qâdî al-'askar* à celui d'un *qâdî* ordinaire et vice-versa. »⁵⁰⁴. Le *qâdî al-'askar* signifie littéralement le juge des soldats, juge de l'armée ; et *qâdî al-'askar* désigne la juridiction des soldats. En règle générale, cette charge désigne le magistrat institué pour juger les procès impliquant les troupes de soldats détachées dans les territoires conquis. Ces derniers formaient, le noyau de la nouvelle communauté musulmane installée dans ces dits territoires et auxquels il a été affecté un juge relevant de l'institution qadiale. Ce dernier est qualifié pour juger les litiges les plus récurrents au sein des corps armés, tel que le partage du butin de guerre, les successions, etc. Le *qâdî al-'askar* d'Égypte *Ġawt Ibn Sulaymân*, que mentionne *al-Kindî* dans son ouvrage relatif aux

⁵⁰³ Ibn Sa'd, VII, 2 partie, 48, 68, 74, 82.

⁵⁰⁴ Emile Tyan. p. 531.

gouverneurs d’Egypte, *wulât*⁵⁰⁵, fut d’abord un juge ordinaire entre les années 135/752 et 140/757⁵⁰⁶.

Le point de départ de l’institution du *qâdî al-‘askar* tout comme celui de la juridiction du *qâdî* ordinaire « a été le principe de la personnalité des lois d’organisation judiciaire »⁵⁰⁷. Nous avons déjà noté plus haut, le principe du droit musulman qui accorde aux gens du Livre le droit de juger selon leurs lois propres, les litiges impliquant leurs adeptes. Les nouvelles communautés musulmanes établies sur les territoires des pays conquis à coté des autres communautés d’origines, auxquelles leurs coutumes et leurs tribunaux étaient laissés, réclamèrent pour elles même une autorité compétente pour le règlement des litiges surgis entre leurs membres. Originellement, le besoin d’instituer une autorité judiciaire dans les territoires conquis, selon *Emile Tyan* : « n’a pu se faire sentir que dans les corps d’armée qui se trouvaient en expédition et éloignés de leurs bases, et, par conséquent, n’ayant pas à leur portée le juge ordinaire institué pour la communauté civile, déjà constituée, des nouveaux adeptes. »⁵⁰⁸.

Jusqu’à l’époque fatimide, le *qâdî al-‘askar* ne figurait pas, dans l’énumération des fonctions publiques, comme une fonction distincte et autonome. Lorsque *‘Abd al-Rahmân Ibn Ishâq* est désigné comme juge à l’armée de *Tâhir Ibn Ḥusayn*, le chroniqueur dit qu’à partir de ce moment, il entra dans le rang des magistrats ordinaires⁵⁰⁹. Le *qâdî al-‘askar* applique la même loi qu’applique le *qâdî* ordinaire. De ce fait il doit être en principe, comme le *qâdî* ordinaire, versé dans la connaissance de la Loi religieuse. On exigera de lui les mêmes conditions de fond et de la forme, citées au sujet du *qâdî* ordinaire. La nomination du *qâdî al-‘askar* est soumise

Muḥammad Ibn Yūsuf al-Kindī, *wulât misr*, corrigé et annoté par Husayn Nassâr, Dâr Sader Dâr Bayrūt, Beyrouth, 1379/1959, p. 126.

⁵⁰⁶ Cité par Emile Tyan. op. cit. p. 629.

⁵⁰⁷ Ibid. p. 527.

⁵⁰⁸ Ibid. p. 528.

⁵⁰⁹ Ibid. p. 531.

également au même principe de mandat : représentation délégation. Le *qâdî al-'askar* est un juge religieux, nommé par le calife ou par voie de délégation par le gouverneur ou le *qâdî al-qudât*. Ultérieurement, le *qâdî al-'askar* parvint à atteindre un rang important dans la hiérarchie de l'Etat. Ce fut, généralement, sous les dynasties où l'armée détenait un pouvoir important dans l'Etat que la charge de *qâdî al-'askar* devint importante. A partir de l'époque *ayyubide*, sans cependant affecter sa nature et sa compétence, la juridiction du *qâdî al-'askar* parvint à un degré de développement suffisant « pour lui permettre de se dégager du système général de l'organisation judiciaire ordinaire et constituer un corps de magistrature autonome. »⁵¹⁰. Sous les *Ayyubides*, le *qâdî al-'askar* occupe le deuxième rang parmi les fonctions religieuses de l'Etat, après le *qâdî ordinaire*⁵¹¹. L'autonomie du *qâdî al-'askar* est plus accentuée sous les Ottomans. *Emile Tyan* fait remarquer que : « Par l'effet, sans doute, de la suprématie du pouvoir militaire, la juridiction de *qâdî al-'askar* s'élève au-dessus de la juridiction ordinaire, qui lui devient subordonnée »⁵¹². Dans l'organisation de l'Etat ajoute *Emile Tyan* : « La charge de *qâdî al-'askar* est l'une des quatre charges les plus importantes : et elle devient, en deuxième rang, après celle du *wazîr*. C'est le *qâdî al-'askar* qui exerce la juridiction suprême dans tout l'empire et qui est le chef de l'administration judiciaire. Il prend ainsi la place de l'ancien *qâdî al-qudât*. Il nomme à tous les offices de judicatures ; il a la haute main sur les établissements d'enseignement juridique, *madrassa* »⁵¹³. Au lieu d'être une magistrature spéciale, la charge du *qâdî al-'askar* : « est devenue la magistrature ordinaire elle-même. »⁵¹⁴.

⁵¹⁰ Ibid. p. 533.

⁵¹¹ Al-Qalqaşandî, op. cit. IV, 36.

⁵¹² Note de bas de page, p. 534.

⁵¹³ Op. cit. p. 534.

⁵¹⁴ Ibid. p. 534.

2-3. La compétence du *qâdî al-‘askar*.

Etant convenu que l’institution du *qâdî al-‘askar* est le *qâdî* ordinaire même, exception faite de ce qui a été dit précédemment quant à la nature des individus pour lesquels elle a été affecté, les compétences du *qâdî al-‘askar* resteront donc les mêmes que celle que le droit musulman reconnu au *qâdî* ordinaire. Par sa qualité de juge du corps de l’armée, le *qâdî al-‘askar* était souvent amené à juger les litiges relatifs au partage du butin de guerre, de la succession et la répartition de l’héritage, lorsque le de cujus est un membre de l’armée, à organiser les contrats de vente, de société et les créances d’argent⁵¹⁵, conformément aux dispositions de la *Šari‘a*. Les auteurs musulmans ne paraissent pas attribuer des compétences exceptionnelles. Toutefois, *Al-Qalqašandî* indique d’autres attributions encore, dans des textes dont le sens ne paraît pas très clair. Dans un premier passage⁵¹⁶, l’auteur indique que *qâdî al-‘askar* accompagne le sultan dans ses voyages. Dans un autre texte⁵¹⁷, il définit la fonction du *qâdî al-‘askar* comme fonction qui a pour objet d’exercer la justice lorsque ce magistrat accompagne le sultan dans ses voyages. Doit-on déduire de ces textes que le *qâdî al-‘askar*, tout au moins, les titulaires suprêmes de cette juridiction, exercent la juridiction ordinaire dans les circonstances exceptionnelles où le sultan, se trouvant en tournée, serait saisi de quelques procès ? Tout dépend du sens qu’il faut donner au terme « voyages », employé par *al-Qalqašandî*. S’agit-il du sens ordinaire de ce mot ou d’expéditions militaires menées par le souverain ? Dans ce dernier cas le texte n’indiquerait pas une attribution supplémentaire du *qâdî al-‘askar*. Ce qui paraît, cependant, certains, c’est qu’à partir du III siècle de l’hégire, le *qâdî al-‘askar* siégeait, en tant que magistrat, parmi les membres du conseil du *mazâlim*. Certains juristes paraissent, déjà, penchés sur la question du champ de compétences du *qâdî*

⁵¹⁵ Ibid, p. 535.

⁵¹⁶ Op. cit. IV, p. 36. يسافر مع السلطان إذا سافر.

⁵¹⁷ Ibid. XI, p. 204. موضوعها التحدث في الأحكام في الأسفار السلطانية.

al-‘askar, lorsque il s’agit d’un plaignant ne relevant pas du corps de l’armée et ayant un différend avec un membre de l’armée et vice versa. Ces juristes ont fini par retenir le principe suivant lequel la compétence se détermine suivant la qualité du défendeur ; c’est une application particulière de la règle de droit commun. Par conséquent, disent les auteurs, si un militaire veut actionner un civil, le juge compétent est le *qâdî* ordinaire ; si c’est un civil qui veut actionner un militaire, le juge compétent est le *qâdî al-‘askar*. Cette distinction établie entre le *qâdî* ordinaire et le *qâdî al-‘askar* était à l’origine de la règle qui stipule que « le *qâdî al-‘askar* n’a pas autorité sur le justiciable non militaire. »⁵¹⁸.

Troisième chapitre. La charge de la *ḥiğâba*.

3-1. origines et nature de la fonction.

Le terme de *ḥâğib* vient du voile, *ḥiğâb* qui a donné le verbe *ḥağaba*, qui signifie : voiler, cacher, et, par extension, empêcher d’avoir accès à quelqu’un. En conséquence, le terme a été employé pour désigner des fonctionnaires d’un rang subalterne, qui ont pour office de garder la porte d’un fonctionnaire supérieur. Le terme de *ḥâğib* avait servi également pour désigner le chambellan du souverain. La fonction de chambellan porte le nom de *ḥâğib* et la charge, *ḥiğâba* ou encore *ḥuğûbyya*. Selon la définition d’*Ibn Ḥaldûn* la *ḥiğâba* consiste : «à interdire l’accès du public auprès du souverain et de n’autoriser cet accès qu’aux moments et dans les conditions permis. »⁵¹⁹.

La charge de la *ḥiğâba* existait déjà du temps du Prophète, comme le rappellent les auteurs musulmans. Le calife ‘*Abû Bakr* aurait eu un *ḥâğib* en la personne de son client *Šidîd* ; le *ḥâğib* de ‘*Umar Ibn al-Ḥattâb* s’appelait *Yarfa*’ ; celui de ‘*Uṭmân, Humran* ; celui de ‘*Alî, Kunbar*. Tous les califes,

⁵¹⁸ Ibn Qâdî Samâwana, I, 16, cité par Emile Tyan, op. cit. p. 336.

⁵¹⁹ Op. cit. p. 374.

selon *al-Qalqašandī*, avaient leur *ḥâḡib*. La fonction de la *ḥiḡâba*, en ce premier temps de l’Islam, ne joue pas un rôle particulier qu’on lui reconnaîtra par après. Elle n’est ni moins ni plus qu’une fonction d’auxiliaire chargé à se tenir devant la porte du calife pour prévenir des visites des particuliers. D’autres auteurs, cependant, remontent les origines de la *ḥiḡâba* à l’époque umayyade. *Ibn Haldûn* dit que : « Les souverains craignirent d’être l’objet d’agression comme celles dont avaient été victimes leurs prédécesseurs, les califes ‘*Umar*, *Mu‘âwiyya* et ‘*Utmân* ainsi que ‘*Umar Ibn al-‘Âṣ* et d’autres, qu’ils maintinrent auprès d’eux des personnages ayant pour fonction d’interdire l’accès de leur porte au public. »⁵²⁰. Sous *Mu‘awiyya*, selon l’opinion d’*Ibn Haldûn*, la *ḥiḡâba* n’existait pas encore. Le premier des califes Umayyades à qui la tradition attribue un *ḥâḡib* est ‘*Abd al-Mâlik Ibn Marwân*, 65/685-86/705. Sous les *Abbassides* l’institution de la *ḥiḡâba* continue à exister sous sa forme d’origine.

C’est en Espagne que cette institution avait eu une nouvelle acception. En Espagne la *ḥiḡâba* dans l’exercice de ses fonctions ressemblait davantage à la fonction de la *wazara* de l’Orient musulman, spécialement la *wazârat al-tanfîd*, telle quelle se trouve définie par *al-Mawardî*. Selon *Ibn Haldûn* : « Chez les *Umayyades* d’Espagne, le chambellan, *ḥâḡib*, devait protéger l’accès du prince aussi bien contre les grands, *al-ḥassa*, que contre la foule, *al-‘amma*. Il servait aussi, dit-il, d’intermédiaire, *wâsita*, entre le souverain et les vizirs et les fonctionnaires subalternes. »⁵²¹. Dans un autre passage, *Ibn Haldûn* attribue au chambellan la dignité de vizir. Dans l’énumération des fonctions du vizirat, *Ibn Haldûn* dit que : « Les *Umayyades* d’Espagne maintinrent d’abord au mot vizir sa signification première. Plus tard, ils partagèrent le vizirat en plusieurs attributions

⁵²⁰ Emile Tyan, op. cit. p. 538.

⁵²¹ Op. cit. p. 374.

particulières. Il y eut un vizir pour les finances, un autre pour la correspondance officielle, un autre pour le redressement des torts, et un autre pour veiller sur les populations frontalières. Chacun avait sa salle d'audience, où il siégeait sur des tapis, pour exécuter, dans son domaine, les ordres du souverain ; l'un des vizirs, a maintenant un contact permanent entre le calife et ses collègues, avait préséance sur les autres est le titre de chambellan. »⁵²².

Au début du règne des *Fatimides*, la *ḥiğâba* n'était pas encore connue, du moins de ce nom ; d'ailleurs, les fonctions de caractères administratifs et publics étaient ignorées chez eux et ne portèrent pas de ce fait des noms précis⁵²³. *Ibn Haldûn*⁵²⁴ dit que : « La dynastie *ši'ite*, les *Fatimides*, apparut en *Ifriqiya* et à *Qayrawân*. Or, ses partisans étaient des bédouins confirmés. Ils commencèrent donc par négliger ces fonctions et par ne pas leur donner de nom. Mais ils finirent par acquérir une culture sédentaire, *ḥadâra* et par suivre la tradition des deux dynasties précédentes en ce qui concerne les titres. »⁵²⁵. Pareille situation est attestée chez la dynastie des *Almoḥades*⁵²⁶. C'est à leur sujet que parle *Ibn Haldûn* lorsqu'il dit : « En raison de leur bédouinisme, *badâwa*, ils commencèrent par ne pas se soucier des honneurs et des titres, pour, cependant, les adopter par la suite... . Plus tard, ils se conformèrent aux usages des Umayyades d'Espagne en matière de gouvernement : le vizir, c'était alors le chambellan à l'entrée de la cour royale, qui veillait à faire respecter l'étiquette par les ambassadeurs et les visiteurs. »⁵²⁷. Sous les *Mamlûk*, en Orient, la fonction du chambellan consistait également à faire respecter l'étiquette à la cour et s'occupait de la tâche d'introduire les ambassadeurs auprès du sultan. Cependant, le nom

⁵²² Ibid. p. 373.

⁵²³ Ibid. 373.

⁵²⁴ Ibid. 373.

⁵²⁵ Op. cit. p. 373.

⁵²⁶ Ibid. 373.

⁵²⁷ Ibid. pp. 373, 374.

que portait cette fonction était appelée *davâdâr*, porte encrier. Sa charge, dit *Ibn Haldûn*, le rend aussi responsable du secrétaire privé, *kâtib al-sirr* et des maîtres de poste dépêchés par le souverain dans la capitale et dans les provinces. Rien n'a changé à ces mesures, jusqu'ici⁵²⁸. Sous la dynastie des *Mamlûk*, la fonction de la *hiğâba* diffère substantiellement de celle connue sous les *Umayyades* et sous les *Abbassides* et elle diffère également de la fonction du chambellan de l'occident musulman. Les auteurs⁵²⁹ font état de l'existence, chez les *Mamlûk* non pas d'un chambellan, mais de plusieurs chambellans dont les attributions diffèrent complètement des dynasties révolues. Ces *huğğâb*, dit *Ibn Haldûn*⁵³⁰, qui sont nombreux, ont pour mission de faire respecter la loi par le peuple dans les villes. Au dessus d'eux, le vice roi, *nâ'ib*.

Au point de vue des origines de l'institution de la *hiğâba* mamlûk, il semble résulter d'un texte d'*al-Maqrizî*, dont le sens n'est pas très clair, qu'elle aurait été introduite par les Mongoles lors de leurs invasions en Syrie et de leur installation dans ce pays et en Egypte⁵³¹. La *hiğâba* figure chez les *Mamlûk* parmi les fonctions militaires, fonctions des hommes d'épée comme disent les textes. Il y a cinq titulaire de cette fonction : d'eux d'entre eux sont des *hâğib al-huğğâb* ou *hâğib* en chef. Elle se retrouve aussi bien que dans la capitale auprès du souverain, dans les provinces auprès des vices rois⁵³².

Chez les dynasties Zénètes du Maroc, la charge de la *hiğâba* fut un titre et une fonction inconnue. Toutefois, il existait au Maroc : « un titre particulier pour les fonctions de chambellan, chargé de garder la porte du prince à l'abri de la foule. C'est celui de *mizwar*, qui est, en réalité, le

⁵²⁸ Ibid. p. 374.

⁵²⁹ Ibid. 373.

⁵³⁰ Ibid. 373.

⁵³¹ Emile Tyan, op. cit. 540.

⁵³² Ibid. p. 540.

prévôt des troupes d'élite, *ğindâr* de la cour. »⁵³³.

Sous les *Umayyades* et sous les *Abbasides*, le titre de Chambellan, *hâğib* qui était réservé au fonctionnaire chargé d'empêcher l'accès au public auprès du souverain, ou, en tout cas, d'en régler les modalités et l'horaire, était alors de rang inférieur et subalterne, car le titulaire se trouvait supervisé par le vizir. Tandis que sous les *Umayyades* d'Espagne, les fonctions et le rang de chambellan, *hâğib* l'emportèrent sur tous les autres. L'importance du chambellan était telle, que les *Reyes* de *Ṭa'ifa*, *mulûk al-Ṭawa'if* se firent appeler de ce titre. *Ibn Haldûn* dit : « Par la suite, quand les *Umayyades* se laissèrent écarter du pouvoir, leurs usurpateurs se firent appeler *hâğib*, en raison de l'éclat de cette charge. *Al-Manşûr Ibn 'Âmir* et ses deux fils furent des *hâğib*. Ils adoptèrent ouvertement les formes extérieures de la monarchie. Les *Reyes* de *Taïfas* qui leur succédèrent ne manquèrent pas de se faire appeler *hâğib*. C'était un honneur que de porter ce titre. Les plus puissants des *Reyes* de *Taïfas* s'attribuèrent les prérogatives royales, avec, inévitablement, les titres de *hâğib* et de *dû al-wizâratayn* : possesseurs de deux vizirats, c'est-à-dire : de plume et d'épée. Le titre de *hâğib* s'appliquait à l'officier qui protégeait le prince de l'afflux du peuple et des grands. Le *dû al-wizâratayn* combinait les fonctions de plume et d'épée. »⁵³⁴. Chez les *Reyes de Taïfas*, le terme de *hâğib* s'appliquait au plus important d'entre eux⁵³⁵. Sous les *Almoğades*, l'office du chambellan était l'un des plus élevés, et il en est ainsi, dit *Ibn Haldûn*, aujourd'hui encore⁵³⁶. Le titre de *hâğib* ne fut intégré dans la nomenclature administrative que tardivement, chez les *Almoğades*. Les raisons de ce retard, s'expliquent selon l'opinion d'*Ibn Haldûn* de la nature de l'administration *Almoğades*, comme il a été dit plus haut, qui restait

⁵³³ Op. cit. p. 377.

⁵³⁴ Ibid. 376.

⁵³⁵ Ibid. p. 373.

⁵³⁶ Ibid. p. 374.

encore liée aux acquis du bédouinisme. « Chez les *Almoḥades*, la culture sédentaire, *ḥadâra* ne se consolida que tardivement, pour conduire à l'emploi de titres et à la distinction des fonctions gouvernementales sous des noms différents. »⁵³⁷.

Sous les *Ḥafssides*, la *ḥiğâba*, lors de sa consolidation ultérieure, devint la plus haute de toutes et ses attributions finirent par devenir universelles. A la fin de la dynastie, le *ḥâğib* se vit adjoindre les attributions de l'épée et les opérations militaires. De plus il reçut les fonctions de conseiller.

3-2. Attributions du ḥâğib.

La *ḥiğâba* fut essentiellement une fonction de nature administrative et politique. Le *ḥâğib* dépendait dans ses fonctions et de sa nomination directement du calife ou du sultan. C'est en vertu d'une extension de ces attributions ultérieurement que la fonction de *ḥâğib* intéresse notre travail. La *ḥiğâba* de l'Occident musulman, nous avons vu, s'écartait totalement de l'acception qu'on lui réserve en Orient Musulman. En effet, la fonction de la *ḥiğâba* avait connu une transformation au niveau du contenu. Les attributions du *ḥâğib* des origines furent une charge d'auxiliaires aux fins d'empêcher l'accès du public auprès des souverains ou, en tous cas, d'en régler les modalités et l'horaire. Son rang, comme nous avons noté, était alors inférieur. Telle était la situation sous les abbassides, et elle est restée sans changement jusqu'ici⁵³⁸. Sous les *Umayyades* d'Espagne, la *ḥiğâba*, telle quelle fut formée dès l'origine, était posté devant la porte du souverain pour protéger l'accès du prince aussi bien contre les grands, *al-ḥassa* que contre la foule, *al-'amma*. Il servait d'intermédiaire, *wâşita* entre le souverain et les vizirs et les fonctionnaires subalternes. Il s'agit là, non pas d'une fonction subalterne. « Le chambellan était un ministre qui avait

⁵³⁷ Ibid. p. 375.

⁵³⁸ Ibid. 374.

préséance sur ses autres collègues ministres. Son rôle était dès lors de maintenir le contact entre le souverain et les autres ministres, *wâşita*. »⁵³⁹. Ses attributions sont encore administratives. Cependant, sous les *Mamlûk*, nous assistons, à une extension de ses attributions, lesquelles commencèrent peu à peu à s'étendre sur des domaines plus large, notamment, judiciaire que politique. En vertu de cette extension d'attribution, le *hâğib* devint une sorte d'adjoint et de vicaire du premier ministre du royaume, le *nâ'ib al-sultana*. C'est ainsi, qu'il fait son apparition parmi les membres du *diwân al-mazâlim*. Selon *al-Qalqaşandî*⁵⁴⁰, le *hâğib* du temps *mamlûk* est le fonctionnaire qui statue en matière de *mazâlim* spécialement, dans les affaires administratives où l'action ordinaire en justice n'est pas recevable. *Ibn Haldûn* dit que : « Ces *hâğib* qui sont nombreux, ont pour mission de faire respecter la loi par le peuple dans les villes. Au-dessus d'eux, le vice-roi, *nâ'ib* a la juridiction générale, tant sur le peuple que sur la classe dirigeante... . D'autres part, les chambellans ont juridiction sur différentes classes sociales, *tabaqât al-'amma* et sur les militaires, *al-ğund*, lorsque plainte est portée contre eux. Ils peuvent user de la force contre les récalcitrants. Ils sont placés au-dessous du vice-roi. »⁵⁴¹. La *hiğaba*, dit *al-Maqrizî*, sous les *Mamlûk* : « vient immédiatement après la *niyâbat al-sultana*... . A défaut de titulaire de cette dernière fonction, c'est le *hâğib* qui en tient lieu et place ; et c'est lui qui représente le *na'ib al-sultana* dans beaucoup de cas. »⁵⁴². C'est en vertu de ce pouvoir de suppléance que le *hâğib mamlûk* était amené à statuer dans les *mazâlim*. Nous comprenons bien des citations de ces auteurs qu'à l'origine, sous les *mamlûk*, que le *nâ'ib al-sultana* était bien le magistrat chargé de statuer dans les *mazâlim*, mais, c'est en raison de

⁵³⁹ Ibid. p. 373.

⁵⁴⁰ Op. cit. V, 450; Emile Tyan, op. cit. p. 541.

⁵⁴¹ Op. cit. pp. 377-378.

⁵⁴² Voir Emile Tyan. p. 541.

l'étendu de ses fonctions de direction générale des affaires publiques, qu'il devait tout naturellement s'en remettre à son principal collaborateur du soin des *mazâlim*. C'est ainsi que cette compétence, dit *Emile Tyan*⁵⁴³, en arrive à constituer la fonction principale de *ḥâğib*. Il demeure, cependant, qu'un dépassement s'est opéré quant au champ de compétence dévolu initialement au *ḥâğib*, de telle sorte qu'il ne se contentait pas à siéger dans les affaires administratives. Il paraît qu'il s'est réservé le droit de statuer dans les procès de tout genre, y compris, celles qui relevaient de la compétence du *qâđî* ordinaire. Cet élargissement du champ de ses attributions se dégage d'un récit relaté par *al-Maqrizî*. Selon cet auteur : « Les *ḥâğib*, déjà à l'époque où ils n'étaient compétents que pour des conflits intéressant les militaires, faisaient souvent comparaître par la force les justiciables ordinaires devant leur tribunal. »⁵⁴⁴. Sous les *Mamlûk*, du moins sous le sultan *Qalawûn*, le pouvoir de juger dans toutes les affaires *şar'ıyya*, entendons par là, tous les procès de la compétence du *qâđî* ordinaire, tels que les procès matrimoniaux, ainsi qu'en matière de dettes et d'obligations, paraît relevé de la compétence du *ḥâğib*⁵⁴⁵. La juridiction du *ḥâğib* s'étendait selon *al-Maqrizî*, à toute personne, humble ou puissante, qu'il s'agisse de juridiction ordinaire ou de *mazâlim*. »⁵⁴⁶. Ce caractère universel des attributions du *ḥâğib*, ne semble pas retenir l'intention d'*Ibn Haldun*. Selon cet auteur : « Le *ḥâğib* n'avait pouvoir de juridiction que sur les gens du peuple et la classe moyenne et les soldats, en excluant ainsi les justiciables de haut rang. »⁵⁴⁷. Faut-il comprendre par là, que les justiciables de haut rang étaient soumis directement à la juridiction du *nâ'ib al-sultana* en personne ?

La charge judiciaire q'avait acquis le *ḥâğib* sous les *Mamlûk* qui

⁵⁴³ Ibid. p. 541.

⁵⁴⁴ Op. cit. III, 360.

⁵⁴⁵ Ibid. III, 356

⁵⁴⁶ Ibid. III, 357

⁵⁴⁷ Emile Tyan, op. cit. p. 543.

constitue, d'ailleurs, une exception, dans l'histoire de la judicature musulmane, ne tarda pas à attirer la colère des justiciables. Les auteurs soulignent les grands abus de cette intervention de la *ḥiğāba* dans les affaires judiciaires. L'accès au prétoire de ces magistrats n'était pas possible que contre argent et il donnait lieu à un trafic effréné. Il ressort d'un texte d'*al-Maqrizî* que les *ḥâğib* affermaient le droit d'accès, contre paiement de sommes forfaitaires. Les justiciables se trouvaient ainsi exposés à des extorsions de fonds, voire même, au besoin, à des services et voies de fait. La moralité des *ḥâğib*, ajoute *al-Maqrizî*, tombe à un très bas degré. On parle de mœurs qui ne sont même pas comparables à celle de la lie de la population. »⁵⁴⁸.

Quatrième chapitre. Wilâyat al-nuqâbâ' 'alâ dawî al-ansâb.

4-1. Notions générales.

Wilayat al-nuqâbâ' 'ala dawî al-ansâb, fut une charge distincte que *al-Mawardî* traite à part dans les *Aḥkam al-sulṭaniyya* parmi les principales fonctions publiques de l'Etat musulman. Littéralement, l'expression : *dawû al-ansâb*, se réfère aux personnes rattachées à une ascendance noble ; le terme *nuqâbâ'*, pluriel de *naqîb*, dérivé du verbe *naqaba*, rechercher, vérifier, scruter, désigne la mission de celui qui recherche et vérifie une chose. Sur le plan juridique, la *wilâyat al-nuqâbâ' 'dawû al-ansâb* a pour objet de : « soustraire les personnes d'ascendance noble à l'autorité de ceux qui ne sont pas leurs égaux quant à l'ascendance et à la noblesse, de les protéger et d'exercer l'autorité sur eux. »⁵⁴⁹. Cette charge, selon *al-Mawardî*, trouve sa légitimité dans un *ḥadiṭ* du Prophète lequel fait une recommandation expresse aux musulmans de connaître leur lignage. Le Prophète aurait dit : « Apprenez, de vos lignages, *ansâb*, ce qui vous

⁵⁴⁸ Ibid. p. 544.

⁵⁴⁹ Op. cit. p. 151.

permettra de fixer vos patrilignages, *arhâm* : *a'rifû ansâbakum taşilû arhâmakum.* »⁵⁵⁰. Cette tradition selon *Ibn Haldûn* signifie que : « Les liens du sang sont utiles, dans la mesure où ils impliquent la cohésion, *iltihâm* ; conséquence de matrilignage, *şilât al-rahîm* et motif d'aide mutuelle et d'affection. »⁵⁵¹. Un lignage ajoute *Ibn Haldûn* « est une supposition, et non une réalité. Il n'est bon qu'à maintenir des rapports et des contacts. Un lignage bien connu, bien clair, fait naître, dans l'âme, une affection naturelle. Mais un lignage de source trop ancienne n'est qu'un faible stimulant pour l'imagination. Il n'a plus d'utilité, ce n'est plus qu'une idée gratuite, *mağğân*, une sorte de jeu, presque illicite. »⁵⁵². Une autre tradition que l'on attribue à 'Umar, le deuxième calife, dit : « Vous devez étudier la généalogie. Ne soyez pas comme les Nabatéens de Mésopotamie : quand on leur demande leur origine, ils répondent qu'ils viennent de tel village ! »⁵⁵³.

L'institution d'*al-nuqabâ* 'alâ dawû al-ansâb a pour but principal de préserver les familles nobles des intrus et fait en sorte que ces derniers ne puissent s'y accoler au risque de corrompre leurs mœurs et leur lignage. *Ibn Haldûn* fait remarquer qu'une pratique s'est installée dans le sens que des chefs de tribu ou de clan qui n'étaient pas à l'origine des nobles ont adopté des généalogies éclatantes. Cet auteur dit que ceux-ci : « voudraient descendre de familles célèbres pour leur bravoure, leur noblesse ou leur renom. Ils veulent donc se faire passer pour des membres de ces maisons, sans voir qu'ils rendent ainsi suspects leur véritable noblesse et leur droit au commandement. »⁵⁵⁴. Se reconnaître d'une généalogie éclatante est un atout indispensable pour la conquête du pouvoir. Nous avons déjà noté plus haut, la manière avec laquelle les *Fatimides* se sont rendu maître sur les territoires, notamment sunnite, en rattachant leur généalogie à la famille du

⁵⁵⁰ Ibid. p. 151.

⁵⁵¹ Op. cit. p. 200.

⁵⁵² Ibid. p. 201.

⁵⁵³ Ibid. p. 201.

⁵⁵⁴ Ibid. p. 204.

Prophète, par *Fâtima*. C'est en vertu de leur origine noble, de leur filiation à *al-'Abbas*, oncle du Prophète, que les Abbassides réclamèrent leur légitimité au pouvoir contre les *banû Umayya*. Les deux familles des *Abbassides* et des '*Alides*, *Ṭalibites*, notamment constituaient, à cet égard, les groupements les plus importants, les premiers se réclamant de leur ancêtre commun *al-'Abbâs Ibn 'Abd al-Muṭṭalib*, les secondes se réclament de leur ancêtre commun '*Alî*, gendre de *Muḥammad*. On qualifie les '*Alides* d'*al-ašrâf al-'alwiyâyûn*. Ces familles bénéficiaient d'une pension mensuelle du trésor public. Avant le califat de *Mu'taḍid*, cette pension était de un *dinâr* pour chaque individu des *Abbassides* et des '*Alides* ; ce calife l'abaissa à un quart de *dinâr*.

Hormis, la fonction principale du *nuqabâ'* qui consiste à sauvegarder les lignages des personnes d'origines dites nobles, il a été reconnu également à ses *nuqaba'* des attributions de nature judiciaire et éducatives, lesquelles consistent à infliger les châtiments à tout membre du groupe des *dawû al-ansâb* d'un acte répréhensible, à leur apprendre les bonnes manières comparables à celles qui honoraient leur ascendance de sorte qu'il s'imprègne de pudeur et que le respect du Prophète⁵⁵⁵ reste intact chez eux. Les *nuqabâ'* se chargeaient de défendre leurs intérêts auprès de l'administration et le pouvoir. Ils devaient également gérer les affaires des orphelins, parmi eux et des veuves, etc.

Durant les règnes des dynasties successives la *wilâyat al-nuqabâ'* avait accusée des changements, à la fois au niveau terminologique qu'au niveau des individus reconnus comme étant nobles. Sous les *Abbassides*, la *wilâyya al-nuqabbâ'* *alâ dawû al-ansâb* continuait à être le terme en usage qui désigne la fonction chargée des personnes d'ascendance nobles. Les *dawû al-ansâb* désignait à la fois les descendants d'*al-'Abbâs* que les '*Alides*. Au cours de cette époque, il existe plusieurs *nuqabâ'* chargés des intérêts des

⁵⁵⁵ Op. cit. p. 152.

diverses *Familles* dites nobles. Les *Abbasides* et les '*Alides*, ne constituaient, cependant, les seules familles nobles ; d'autres familles encore, prétendues également d'origine noble, ont chacune leur *niqâba*⁵⁵⁶. Sous les *Fatimides*, l'institution du *nuqabâ'* se restreindra à la famille des '*Alides*. Il n'y a plus de *naqîb* pour les autres familles. La seule *niqâba* reconnue porte une nouvelle appellation officielle : *niqâba* des *Ṭalibites*, *niqâbat al-Ṭalibiyyîn*, appellation qui se réfère au nom du père de '*Âlî*, l'oncle de *Muḥammad*, *Abû Ṭâlib*. A l'époque *mamlûk*, le nom des '*Alides* ou *Talibites* n'était plus en usage, on employait à la place le terme d'*ašrâf*, nobles, l'épithète que l'on accolait ordinairement au nom de famille des '*Alides*. La *niqâba* devient la *niqâbat al-ašrâf*. Dorénavant, les *Ašrâf* désignent exclusivement les descendants de '*Alî*⁵⁵⁷.

4-2. Les Attributions de la *niqâba*.

La nomination du *nuqabâ'*, selon la doctrine juridique telle quelle est enseignée dans les *Statuts gouvernementaux*, appartient d'abord au calife ensuite par délégation de celui-ci à son délégué, tels que le *wazîr al-tafwid*, ministre chargé de suppléer le califes dans l'ensemble de ses attributions ou le *wazîr al-tanfîd*, ministre chargé d'exécuter les ordres du califes et enfin le *nuqabâ'* peuvent être désignés par un *naqîb ḥâss*, qui aurait reçu mandat d'un *naqîb 'âm*, le *naqîb* en chef de la fonction⁵⁵⁸. *Al-Mawardî* dit : « Si le mandatant délègue un *naqîb* parmi les *Abbasides* et un *naqîb* parmi les *Ṭalibîn*, qu'il choisisse le meilleur d'entre eux, de sorte qu'il puisse les ramener à l'obéir. »⁵⁵⁹.

La *niqâba*, selon *al-Mawardî*, est de deux sortes : la *niqâba* particulière et la *niqâba* générale. La différence qui les distingue l'une de l'autre consiste, comme le note *al-Mawardî*, en ce que la *niqâba* générale,

⁵⁵⁶ Al-Sâbi', voir Emile Tyan. p. 552.

⁵⁵⁷ Op. cit. 354.

⁵⁵⁸ Al-Mawardî, op. cit. p. 151.

⁵⁵⁹ Ibid. p. 155.

seule comporte une compétence juridictionnelle. Toutefois, la *niqâba* particulière ou spéciale, comme nous allons le voir, comporte aussi quelques pouvoirs de ce genre.

Pour la *niqâba hassa*, *Al-Mawardî* énumère douze chefs d'attributions, qui peuvent se ramener à quatre.

1- La première attribution du *naqîb* et la plus importante, puisqu'elle a pour objet le maintien de la constitution et de la cohésion du groupement dont il est le chef, consiste, d'une façon générale, à veiller à la sauvegarde de la généalogie de la communauté. Par conséquent, le *naqîb* doit veiller, d'une part, à écarter tout individu qui chercherait illégitimement à s'intégrer au groupement, d'autre part, à y ramener tout individu lui appartenant mais qui n'y aurait pas été recensé. De même, il doit fixer le degré de parenté de chacun des membres de la communauté et son arbre généalogique. Enfin, il doit tenir registre des naissances et décès. De ces trois prérogatives du *naqîb*, il y a lieu de rapprocher celle qui lui fait une obligation d'interdire aux femmes ressortissantes du groupement de contracter des mariages par mésalliance.

2- La deuxième attribution du *naqîb* consiste dans l'exercice d'un pouvoir disciplinaire en vue de sauvegarder la bonne réputation du groupement et de le maintenir à un degré élevé de moralité, digne des origines de la famille. Le *naqîb* veille à l'observation des bonnes mœurs ; il interdit aux membres de la communauté les opérations de commerce de caractère peu honorable ; et ; à plus forte raison, tous actes contraires à la religion. Il leur défend d'outrepasser les limites de leurs droits en empiétant sur ceux d'autrui.

3- Un troisième ordre d'attributions a trait à certains droits que le *naqîb* exerce pour ou contre les membres de son groupement. Ainsi, il doit prêter main-forte à ses ressortissants pour faire prévaloir leurs

prétentions légitimes et obtenir justice, tout comme il doit user de son autorité sur eux pour les contraindre à l'exécution de leurs obligations envers leurs débiteurs. Le *nâqib* est le représentant légal des membres de la famille pour la réclamation et la perception des sommes qui leur sont allouées par le prince sur le butin. C'est en cette même qualité de représentant légal que le *naqîb* exerce l'administration et la gestion des biens de mainmorte, *waqf*, dont les membres de son groupement sont les bénéficiaires.

4- La quatrième attribution consiste dans un pouvoir de répression reconnu au *naqîb* sur ses ressortissants ; et elle présente de ce fait un caractère judiciaire. Le *naqîb* a le droit et l'obligation d'infliger des châtiments à tout membre du groupe coupable d'un acte répréhensible. Pour la détermination des actes répréhensibles, la doctrine ne fournit pas d'indications précises. Il semble donc que le *naqîb* jouit à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation. Quant à la mesure répressive, la doctrine indique toutefois qu'elle doit être inférieure aux peines légales dites *hudûd*, et ne peut consister en un châtiment corporel entraînant effusion de sang. Ces mesures répressives concernent les infractions qui ne sont pas prévues par la Loi religieuse.

- La *niqâba* générale, dit *al-Mawardî*, a compétence, en plus des attributions qui viennent d'être énumérées, dans les affaires à caractère judiciaire. Cette compétence s'exerce aussi bien en matière contentieuse qu'en matière gracieuse. Mais cet ordre de juridiction ne s'exerce que lorsque les deux parties appartiennent au groupement. Le *naqîb* est juge de tous les litiges entre ses ressortissants. En matière répressive, le *naqîb* applique, le cas échéant, les peines légales. D'autre part, c'est le *naqîb* qui pourvoit au mariage des femmes célibataires du groupement, en cas d'absence de tuteur ; et

c'est lui qui prononce l'interdiction, *hagr*, des aliénés et des prodigues, *safih* et c'est lui qui intervient pour déclarer le changement de leur état.

- Le titulaire de la *niqâba al-'amma*, pour l'exercice de ces attributions, être un savant, *'âlim*, pratiquant l'effort individuel, *iğtihâd*. Quant aux conflits de juridiction qui peuvent se produire entre le *naqîb* et le magistrat ordinaire ou *qâdî*, *al-Mawardî* distingue trois hypothèses différentes :

- 1- Première hypothèse : l'acte de nomination du *naqîb* renferme une clause expresse écartant la compétence du magistrat ordinaire. Dans ce cas, le magistrat se trouve absolument incompétent pour connaître les litiges entre les ressortissants du groupe ; même un accord entre les parties ne pourrait écarter l'application de cette règle.
- 2- Deuxième hypothèse : L'acte de nomination ne renferme pas une clause de ce genre. Le *naqîb* et le *qâdî* se trouvent alors également compétents. Il y a controverse seulement pour le cas où l'un des deux plaideurs refuserait de se faire juger par le magistrat que l'autre plaideur a choisi : est-ce le choix du demandeur ou celui du défendeur qui est déterminant ? Ou bien faut-il accorder en tout cas la préférence au *naqîb*, étant donné son caractère de juridiction spéciale ?
- 3- Troisième hypothèse : C'est celle de conflits entre membres de groupements différents tels que le cas d'un procès entre un *Abbaside* et un *'Alide*. En principe, rien n'oblige un plaideur à se soumettre à la juridiction du *naqîb* de son adversaire. En cas de désaccord, *al-Mawardî* propose deux solutions : ou bien, les parties devront se soumettre au jugement du magistrat ordinaire, si sa compétence n'est pas exclue formellement ; et, dans le cas où elle est exclue, au jugement du souverain ou du juge qu'il délèguerait ; ou bien le procès

sera soumis aux *naqib* des deux plaideurs siégeant en collège, le droit étant réservé au *naqib* du défendeur de prononcer la sentence.

Cinquième chapitre. Diverses autres juridictions spéciales.

Dans ce chapitre, nous traiterons de certaines juridictions spéciales relevant du champ judiciaire. C'est essentiellement en Occident musulman que l'on trouve les traces de ces juridictions. Dans l'exposé de la théorie générale de la compétence judiciaire, la doctrine admet que quelques unes des attributions du juge ordinaire, *qâdî*, peuvent être distraites de sa compétence et confiés à un magistrat spécialement institué à cet effet. Selon *al-Mawardî*, un *qâdî* spécial peut être désigné pour connaître des litiges ayant pour objet une contestation entre créanciers et débiteurs ou des procès matrimoniaux, ou des litiges dont la valeur ne dépasse pas un montant déterminé. Cette règle de la doctrine juridique avait trouvé un terrain propice en Occident musulman où la pratique s'est opérée dans le sens qu'il était devenu d'usage d'instituer des magistrats spéciaux pour connaître de certains procès, notamment ceux relevant des affaires matrimoniales. C'est ainsi que naquit les *hiṭaṭ al-nikaḥ* ou la juridiction du *qâdî al-manâkih* et la juridiction du *ḥâkim*. D'autres juridictions instituées pour certaines affaires avaient existé, en Espagne, mais dont on ne possède que peu d'information, tels que le *qâdî al-miyyâh*, juge établi, selon le sens du terme, pour connaître des procès relatifs aux droits qu'exercent les particuliers sur l'eau, tels que le droit d'irrigation.

Rappelons juste qu'en Orient musulman, cette variété de juridictions spéciales ne semble pas avoir pris une grande ampleur. Dans la doctrine juridique, comme nous avons noté, il est, généralement, admis qu'un magistrat peut spécialement être désigné pour connaître de certaines matières de procès. *Al-Mawardî* mentionne dans les *Aḥkam* qu'à *Basora*, en son temps, il y avait une juridiction dont la compétence était restreinte aux

procès dont la valeur ne dépassait pas deux cents dirhams et aux procès de pension alimentaire. Le titulaire de cette juridiction dit *al-Mawardî* était appelé *qâdî al-masğid*, le juge de la mosquée. Cette compétence attribuée spécialement à des magistrats est confirmée dans d'autres textes rapportés par les chroniqueurs. Vers le milieu du VI siècle, lit-on dans la chronique, dans une ville d'Irak, il existait un poste de magistrat dont la compétence était restreinte aux litiges entre créanciers et débiteurs.

La plupart des auteurs qui traitent des juridictions spéciales, tels que les *hiṭṭat al-ankiḥa*, le *ḥâkim* ou le *qâdî al-šurṭa*, sont tous des malikites andalous. *Ibn Haldûn* aussi bien qu'*al-Harašî* ou *Ibn Farḥûn* admettent que des magistrats peuvent être spécialement désignés pour certaines affaires relevant principalement du *qâdî* ordinaire. *Al-Harašî* déclare que : « Le prince peut instituer deux ou plusieurs magistrats, compétents chacun pour une catégorie déterminée de procès, comme le *qâdî* des affaires matrimoniales, le *qâdî* de la *šurṭa*, le *qâdî* des eaux, etc. »⁵⁶⁰. *Ibn Farḥûn* qui enseigne les mêmes règles admet que des magistrats peuvent être institués pour les affaires matrimoniales, ou la gestion des intérêts des mineurs n'ayant pas de tuteurs naturels, *wâlî*, etc.

5-1. La juridiction du Hittat al-ankiḥa.

En Espagne, la juridiction du *hiṭṭat al-ankiḥa* semble s'être largement répandue dans les faits ; celle-ci avait comme attributions principales, de connaître des procès concomitants aux affaires matrimoniales, mariage, divorce, pensions alimentaires, etc. Dans le langage coranique, le terme *nikah* signifie mariage. Pour désigner le contrat du mariage, le Coran emploie l'expression, '*uqdat al-nikâḥ*. C'est de ce terme que les juristes malikites ont, sans doute, emprunté l'expression du *qâdî al-manâkiḥ*, pour désigner la juridiction habilitée à connaître de tous les litiges qui découlent

⁵⁶⁰ Op. Cit. VII, 169.

du mariage. D'autres termes se trouvent utiliser concurremment dans les ouvrages de juristes désignant le titulaire compétent en matière des affaires matrimoniales. C'est ainsi qu'ils existent les termes, tels que : le *naẓar fī al-manâkih* ou *hiṭṭat al-manâkih* ou *hiṭṭat al-manâkih wa aḥkam al-nissâ'* et enfin le *qâḍī al-ankiḥa*. *Ibn Abbâr* dans sa *Takmila* relate les différents personnages qui ont exercé cette juridiction⁵⁶¹. *Al-Harâšī* dit que : « le *qâḍī al-ankiḥa* avait pour objet la connaissance de tous les litiges en matière matrimoniale et en matières connexes ; telles que les litiges de pension alimentaire entre époux. »⁵⁶².

5-2. Le Ḥâkim.

Le terme *ḥâkim*, vient du verbe *ḥakama*, juger, qui a donné le terme de *ḥâkim*, à distinguer de *hakam*, auquel nous avons réservé l'explication dans la première partie. *Ḥâkim* désigne, d'une façon générale, toute personne investie par l'autorité supérieure du pouvoir de juridiction. Dans la définition qui est donné du terme du *ḥâkim*, l'article de l'encyclopédie de l'Islam dit que le terme *ḥâkim* désigne : « tout détenteur d'une autorité générale, tel qu'un gouverneur de province et, plus spécialement, le magistrat judiciaire. Un synonyme, aussi technique et couramment employé, est le terme de *muḥakkam*, محكم de *ḥakkama*, حكم compromettre ; d'où, *tahkîm* تحكيم, la procédure d'arbitrage ou plus spécialement, le compromis d'arbitrage.»⁵⁶³. Le *ḥâkim* dont il est question ici se rapporte au *qâḍī*, juge, d'un rang inférieur à celui du *qâḍī*. Ce terme avait souvent provoqué de l'ambiguïté chez les auteurs, quant à son sens exact et à la fonction à laquelle il se réfère. *Emile Tyan* souligne la difficulté que les auteurs modernes, tels que : *Gaudefroy-Demombynes* et *Planow*, avaient

⁵⁶¹ *Takmila*, I, 172, 210, 212, 306, 312, 402. ; II, 402, 452, 492, 623, 631.

⁵⁶² Op. Cit. VII, 169.

⁵⁶³ E. I². art. Hakam. p. 74.

rencontrée dans la détermination de la charge de *ḥâkim*.»⁵⁶⁴. Selon ces auteurs, les *ḥâkim* sont : « des magistrats rendant la justice administrative, extra coranique. »⁵⁶⁵. D'après *De Slane*, qui a été suivi par *Dozy*, dit *Emile Tyan* que le *ḥâkim* désignerait : « l'officier chargé de surveiller l'administration judiciaire et de faire « exécuter les sentences prononcées par les *qâḍî*... Il remplissait aussi les fonctions de *muzakkî*. »⁵⁶⁶. Cette erreur, selon *Emile Tyan*, provient d'une interprétation manifestement inexacte d'un texte d'*Ibn Ḥaldûn* sur lequel se base *Dozy* et *De Slane*⁵⁶⁷. *Ibn Ḥaldûn* raconte dans son autobiographie⁵⁶⁸ qu'ayant été nommé au poste de *qâḍî al-quḍât* malékite du Caire, il chercha à épurer le corps de ces auxiliaires de justice appelés *ṣuhûd* ou témoins fixes pour lesquels le *ḥâkim* se montrait d'une extrême complaisance. Or, il est manifeste que dans ce texte le terme *ḥâkim* a été pris dans le sens général de magistrat judiciaire, pour désigner les *qâḍî* eux-mêmes. D'autres part, il ne ressort ni de ce texte ni d'aucun autre qu'il ait existé un fonctionnaire spécial institué pour exercer une surveillance sur l'administration judiciaire et faire exécuter les sentences prononcées par les *qâḍî*.

En ce qui concerne le *muzakkî* auquel font référence les textes, sa fonction n'a jamais portée le nom de *ḥâkim*. *Emile Tyan* dit : « Quant au *Muzakki*, auxiliaire de justice ou simple particulier, désigné par le magistrat pour faire l'enquête sur l'honorabilité des témoins, il n'a jamais porté le nom de *ḥâkim*. Ses fonctions d'ailleurs n'ont aucun caractère juridictionnel. Dans le texte précité d'*Ibn Ḥaldûn*, le mot *tazkiyya* intervient dans la phrase dans laquelle cet auteur rapporte que la cause principale e la corruption des *ṣuhûd* provenait de ce que, bénéficiant de la protection de puissants personnages, ceux-ci les faisaient admettre par les *qâḍî* ; et leur honorabilité

⁵⁶⁴ *Histoire*. Op. cit. p. 561.

⁵⁶⁵ Ibid. p. 561

⁵⁶⁶ Ibid. pp. 561-562.

⁵⁶⁷ Ibid. p. 562.

⁵⁶⁸ Ibid. p. 562.

était facilement certifiée. Il n'a donc aucun rapport avec le terme de *ḥâkim*. »⁵⁶⁹. Fagnan⁵⁷⁰, traducteur des *Statuts gouvernementaux d'al-Mawardî*, rend à tort l'expression « *qâḍî et ḥâkim* », par « qâḍis et autorités », ce qui donne l'impression que ce sont là deux offices différents, alors qu'en réalité ce sont deux appellations différentes d'un même office : celui de juge. Seulement, le terme de *qâḍî* est attribué au juge qui siège dans la capitale et/ou qui est placée dans un grade élevé de la hiérarchie, alors que *ḥâkim* est réservé au juge qui siège dans les provinces et/ou qui se trouve dans un grade plus bas de l'échelle administrative. *Al-Ṣâbî*, auteur du livre *wuzarâ'*, lui-même chef du *diwân al-rasâ'il*, sous le calife *buwayhid Samsam al-Dawla*, donne à cet égard des précisions qui lève toute ambiguïté⁵⁷¹.

Le *ḥâkim*, en Espagne, désignait le magistrat subalterne institué par le juge pour connaître de certains procès de faible valeur. Le *ḥâkim*, toute en relevant du corps de la magistrature judiciaire ne pouvait exercer ses fonctions que dans le cadre de la mission qui lui a été assignée expressément par le *qâḍî*. Les textes spécifient souvent que tel personnage a été institué comme *ḥâkim* dans une localité par le *qâḍî* du ressort dont-elle dépend et, suivant l'expression même des textes : qu'il a assuré ses fonctions au nom et pour compte du *qâḍî* du ressort⁵⁷². La dépendance de la juridiction du *ḥâkim* à l'autorité du magistrat judiciaire ordinaire est confirmée également dans un passage d'*Ibn 'Abdûn* au sujet de la désignation de ces *ḥâkim*. Cet auteur recommande, en principe, au *qâḍî* de ne pas se substituer des vicaires, « à moins, ajoute-t-il, qu'il n'institue un *ḥâkim* de bonne moralité, ne se trouvant pas dans le besoin, affecté spécialement aux litiges courants et de faible valeur, intéressant les simples

⁵⁶⁹ Ibid. p. 562.

⁵⁷⁰ Mawardî, *Les Statuts Gouvernementaux ou règles de droit public et administratif*, traduit et annotés par E. Fagnan, Dâr al-Turât al-'Arabî al-Islâmî, Beyrouth, 1982, p. 164-165.

⁵⁷¹ *Al-Wuzarâ' aw Tuhfat al-Umarâ'*, p. 170.

⁵⁷² Ibn Abbâr, *Takmila*, I, 212 ; II, 631.

particuliers, à l'exclusion des questions de propriété, des biens des mineurs, 'aytâm et des affaires intéressant le sultan et les agents de l'Etat. »⁵⁷³.

Un synonyme de *hâkim* est *musaddîd*, ce dernier, selon l'historien *al-Makkari*, était une appellation désignant le magistrat d'une petite ville. Alors que le terme *qâdî* était réservé au magistrat judiciaire ordinaire siégeant dans les grandes villes⁵⁷⁴.

Dans un passage de la *Muqaddima*, *Ibn Haldûn* emploie le terme de *hâkim*, sous sa forme générique pour désigner le magistrat chargé, sous la dynastie turque d'Égypte pour exécuter l'ordre d'un supérieur hiérarchique. *Ibn Haldûn* dit : « Sous la dynastie turque d'Égypte, le titre de chambellan se donne à un officier, *hâkim* pris parmi ceux qui ont le pouvoir, c'est-à-dire les Turcs. Ces *hâğib* qui sont nombreux, ont pour mission de faire respecter la Loi par le peuple dans les villes. »⁵⁷⁵.

Le *hâkim* tel quel ressort des textes des chroniqueurs est le vicaire du *qâdî*, instituée par le *qâdî* pour le déchargé de certains de ses charges. Ce magistrat est souvent cité pour connaître des affaires de peu d'importance ; tantôt, dans des ressorts secondaires où ils tiennent lieu et place de *qâdî*, à titre de vicaires, leur compétence restant limitée aux litiges de faible valeur.

Dans l'exercice de leurs fonctions, les *hâkim* se trouvent assistés par des auxiliaires, *a'wân*, de la même manière qu'il assiste le juge ordinaire, mais en nombre moins élevé. Dans un ressort comme celui de *Séville*, *Ibn 'Abdûn*⁵⁷⁶ autorise un nombre de sept à dix auxiliaires, pour le *hâkim*.

De ces *hâkim*, les juristes exigent les mêmes conditions que l'on exige d'un magistrat judiciaire ordinaire pour l'accès à la fonction de la magistrature judiciaire. *Ibn 'Abdûn* dit à propos des conditions d'éligibilité du *hâkim* ce qui suit : « Il doit être un homme de bonne moralité, intègre...

⁵⁷³ Ibn 'Abdûn, *Risâlat Ibn 'Abdûn fi al-Qadâ' wa al-Hisba*, corrigé et annoté par Lévy Provençal, Matba'at al-ma'had al-'ilmî al-Faransî li al-Aṭâr al-Şarqiyya, le Caire, 1955, p. 11.

⁵⁷⁴ Makkâri, op. cit. I, 103.

⁵⁷⁵ Op. cit. p. 377-378.

⁵⁷⁶ Op. cit. p. 12.

versé dans la science de la rédaction des actes juridiques et les questions judiciaires... il doit surtout essayer, dans sa pratique judiciaire, de concilier les parties... »⁵⁷⁷.

Sixième chapitre. La juridiction répressive, la *šurṭa*.

Avant de nous pencher sur l'étude de la juridiction de la juridiction de la *šurṭa*, il sera utile que l'on commence par exposer brièvement la théorie musulmane du droit pénal telle qu'on la trouve exposée dans les compilations des juristes. Cet exposé sera, d'autant plus utile, qu'il nous permettra de délimiter les attributions de la juridiction de la *šurṭa*, en même temps qu'il nous servira de la situer par rapport à la juridiction du *qâḍī* ordinaire. Suivant les remarques de certaines remarques d'auteurs modernes, la juridiction de la *šurṭa* fut créée dans le dessein de pallier les insuffisances de la procédure judiciaire ordinaire du *qâḍī* musulman. *Emile Tyan* dit : « On peut dire que c'est sur une question de procédure qu'a échoué, en fait, la compétence du *qâḍī*, en matière répressive : c'est parce qu'il a toujours été admis que le *qâḍī* ne pouvait juger que conformément aux règles strictes de la procédure ordinaire, alors que ces règles étaient insuffisantes pour assurer efficacement la répression, que la juridiction répressive fut toujours, en fait, distraite des attributions du magistrat ordinaire. »⁵⁷⁸. Selon *Schacht* : « Lorsque, sous les premiers *Abbasides*, l'office du *qâḍī* fut séparé de l'administration générale et fut lié par la Loi islamique, aussi bien pour la matière que pour la procédure, les règles formelles de cette loi touchant la preuve empêchèrent le *qâḍī* d'entreprendre une enquête criminelle, et son incapacité à traiter les cas pénaux devint évidente. Les pouvoirs politiques intervinrent donc et transférèrent à la police, *šurṭa*, l'administration de la plus grande partie de la justice criminelle

⁵⁷⁷ Ibn 'Abdūn, op. cit. p. 11 et également Emile Tyan. Voir journal, asiatique, 1934, pp. 199-202.

⁵⁷⁸ Emile Tyan. op. cit. p.572.

qui demeura normalement en dehors de la sphère d'application pratique de la Loi islamique. »⁵⁷⁹.

6-1- Les peines dans le droit musulman et leur champ d'application.

A- Les délits et peines prévus par le Loi.

Dans la théorie du droit musulman relative au pénal, il y'a lieu de distinguer entre les délits limitativement prévus par la Loi et pour lesquels des peines fixes sont établies, et les autres délits, non prévues par la Loi. Les délits prévus par la Loi sont ceux-là mêmes qui sont édictés dans le Coran. Tandis que dans le deuxième cas, le système en vigueur est, tout au contraire, un système d'arbitraire des délits et des peines. Cependant, dans l'un et l'autre cas, les faits punissables portent le même nom, *al-ğarâ'im* ou infractions. Pour les délits qui comportent une créance de sang, ils sont connus sous le terme de *ğinayyât*. Celles-ci entrent parmi la première catégorie des peines, comme, il a été noté précédemment.

Dans le droit musulman, il existe un certain nombre de délits pour lesquels la Loi établit des peines fixes. Ces peines portent le nom de *hudûd*, singulier *hidd*, au sens strict. Cette catégorie d'infractions comporte les délits que le Coran considère comme atteinte aux droits de Dieu, ou *hudûd Allâh*. Sur cette dernière notion, l'auteur des *Statuts Gouvernementaux* la définit comme étant les peines établies par Dieu dans le but d'empêcher l'accomplissement d'actes défendus ou l'inobservation de prescriptions demandées. On définit également les *hudûd*, en tant que peines fixées en principe par le Coran, comme sanctions de délits déterminés violant un droit d'*Allâh*. Ces infractions sont : le vol, le brigandage, la fornication, la rébellion, l'usage du vin, l'injure et la diffamation. Les *fuqahâ'* classent ces délits en trois groupes :

- Premier groupe : infractions donnant naissance à un droit pur de

⁵⁷⁹ Op. cit. p. 50.

l'homme. Ce sont les infractions qui offensent la morale, mais qui portent surtout atteinte à des intérêts particuliers ; par exemple, la diffamation. Peuvent seuls exercer la poursuite la victime et ses héritiers. Ils peuvent y renoncer ; ils peuvent faire grâce, même après la condamnation prononcée.

- Deuxième groupe : infractions donnant naissance à un droit pur d'*Allâh*. Ce sont des faits qui constituent des offenses à la religion ; par exemple, l'ivresse et le sacrilège. Le droit de poursuite appartient, ici, à tout Musulman. Personne ne peut empêcher la poursuite ; personne ne peut faire grâce de la peine prononcée. Ce droit de poursuite qui appartient à tout Musulman n'est autre que la *hisba*, envisagée comme un droit d'intervention ou comme un devoir de garde de la religion.

- Troisième groupe : infractions donnant naissance à un droit mixte. Ce sont les faits qui compromettent l'ordre public et, en même temps, portent atteinte à des intérêts privés ; par exemple, le viol, dans lequel se trouve incluse la fornication. Il donne, par conséquent, naissance, à la fois, à un droit de l'homme et un droit d'*Allâh*. Le droit de poursuite appartient au souverain, c'est-à-dire au juge, son délégué, et à la victime ou à ses représentants. En conséquence, les personnes lésées ne peuvent empêcher l'action pénale mise en mouvement par le juge ; elles ne peuvent faire grâce après condamnation. En revanche, le souverain ne peut lui-même faire grâce, puisque la peine est propriété de la divinité. Il est fait exception à cette règle dans le cas de rébellion : le souverain peut, ici, empêcher la poursuite et faire grâce.

Quels sont donc les délits concernés par les trois catégories, mentionnées, ci-dessus ?

a- La fornication, *zîna*.

Ce délit est prévu dans la sourate XXIV, verset 2 du Coran. La peine prévue à cet effet diffère suivant que le coupable est libre ou esclave. S'il est

libre, il y'a lieu de distinguer suivant que le coupable est marié ou non marié. Dans le cas ou le coupable est marie, *muḥsan*, la peine prévue consiste dans la mort par lapidation ; dans le cas où le coupable n'est pas marié, la peine consiste en cent coup de fouet, auxquels s'ajoute, d'après certains auteurs, comme *al-Šāfi'î* et *Mâlik*, une peine accessoire, l'exil, *tagrîb*, pendant une année, par application d'un *ḥadîṭ* attribué au Prophète. Si le coupable est un esclave ou ne jouit pas de statut complet de liberté, la peine est, indistinctement, de cinquante coups de fouet, la moitié de la peine du coupable non marié, assortie, suivant *al-Šāfi'î*, de l'exil d'une année.

b-La calomnie, qadf.

Ce délit consiste dans le fait d'accuser injustement une personne de fornication. Il comporte de nombreuses conditions sur lesquelles s'étendaient largement les auteurs. Il est prévu à la sourate XXIV, verset 4 du Coran. La peine est de quatre-vingt coups de fouet, si le coupable est une personne libre, de quarante coups de fouet, si le coupable est esclave ou ne jouit pas de statut complet de liberté.

c- Le crime de lucre.

Le seul crime de lucre de droit commun prévu par le Coran, est le vol, *sariqa*. Le Coran prévoit pour ce délit une sanction sévère qui s'avère dans des cas très difficilement applicable. Le délit pour vol est prévu à la sourate V, verset 33, est puni par mutilation de la main droite.

d- Le brigandage, qat' al-ṭarîq.

Le délit de brigandage, Dans les *Statuts gouvernementaux* d'Abû Al-Ḥasan al-Mawardî, est traité au chapitre réservé au chargé d'exécuter les guerres d'intérêt général, *al-wilâya 'alâ ḥurûb al-maṣâlih* ; où il y est question également d'étudier l'apostasie et la rébellion. Léon Bercher propose l'explication suivante : « La raison en est que ce délit a, en réalité, un caractère nettement politique : et cela est confirmé tant par l'étude de la

source coranique elle-même, que par celle des théories juridiques auxquelles elle a donné naissance »⁵⁸⁰. L'auteur justifie le choix d'*al-Mawardî* par le verset coranique où il est question du châtement réservé au rebelle contre l'ordre établi par l'Islam : « La rétribution de ceux qui sont en état d'hostilité ouverte contre *Allâh* et son Prophète, et s'emploient à faire le mal sur la terre, n'est autre que celle-ci : on devra les mettre à mort ou les crucifier, ou amputer leurs membres alternés, ou les bannir du pays. Ce sera pour eux une humiliation en ce monde, et un châtement cruel les attend dans l'autre. Exception est faite pour ceux qui se seront repentis avant de tomber à votre merci. Sachez qu'*Allâh* est clément et miséricordieux. »⁵⁸¹.

Le brigandage constitue, donc en droit musulman, une atteinte non seulement aux personnes privées, mais aux intérêts généraux de l'Etat et à ce titre, les juristes musulmans le traite du côté des thèmes qui menacent la sûreté de l'Etat, tels que, la rébellion à l'ordre établi ou à l'apostasie. Le brigandage est regardé, par voie de conséquence, comme un crime nettement politique. La faiblesse du pouvoir central dans l'Etat musulman avait tout à redouter des bandes armées, quelles fussent mues par des visées purement politiques ou agissent dans un simple but de lucre. Le Brigandage trouvera donc mieux sa place dans une étude des crimes politiques ou religieux en droit musulman.

e- L'usage de boisson enivrante, šurb.

Ce délit est puni conformément à un *hadîth* du Prophète de quarante coups de fouet. D'après certains auteurs, il y'a lieu de distinguer deux variétés de ce délit : le fait de prendre une boisson de nature enivrante, sans s'enivrer ; le fait de l'ivresse elle-même. Dans les deux cas, toutefois, la peine est la même.

⁵⁸⁰ Léon Bercher, *Les Délits et les peines prévus par le Coran*, S.A.I.R., Tunis, 1926. p. 3.

⁵⁸¹ Cor. V, 37-38.

B- Les peines non prévues par la Loi, ta'zîr.

Le législateur musulman avait prévu une troisième catégorie d'infractions, à côté des peines prévues pour les délits pénaux, *ğarîma* et celles relatives aux crimes *ğinâyât*, dont on a fait allusion dans la première partie. Cette catégorie comprend toutes les infractions punies de peines correctionnelles arbitraires du *ta'zîr*. Le droit de poursuite appartient au juge, d'office ou par simple dénonciation de toute personne, même non lésée. La partie lésée ne peut ni empêcher la poursuite, ni faire grâce après la condamnation, puisque la peine arbitraire a été prononcée en raison du trouble apporté à l'ordre public par l'infraction. Le souverain peut, au contraire, arrêter la poursuite et accorder la grâce. Mais la partie lésée a droit à la réparation du préjudice subi. Ici encore le juge compétent est le *qâdî*. Les infractions de la troisième catégorie donnent, par conséquent, naissance à deux actions différentes : une action publique en répression du trouble social et une action civile en réparation du préjudice subi par la victime. La distinction est intéressante au point de vue de la prescription. Le caractère religieux du droit musulman le rend, en général, peu favorable à cette institution. Ici la prescription n'est admise, ni pour l'action pénale, ni pour la peine. Un certain nombre de textes l'admettent dans le délai de dix ans pour l'action en réparation du préjudice subi.

Selon la définition donnée par *al-Mawardî*, le *ta'zîr* consiste en « correction pour des fautes non sanctionnées par les peines du *hudûd*. En règle générale, le *ta'zîr* consiste dans la répression de tous actes délictueux pour lesquels la Loi n'a pas prévu de peines fixes. Les peines dans le cas de ces délits non sanctionnés par la loi restent soumises à la discrétion du juge. C'est donc bien un système d'arbitraire des délits et des peines. Dans l'appréciation des délits et des peines, le juge est tenu de vérifier la nature de ces derniers en rapport avec des délits et peines sanctionnés dans le droit

stricte. Autrement dit, le juge doit distinguer entre l'infraction qui peut être assimilée à un délit pour lequel est édicté un *ḥidd* ou peine fixe, et celle qui n'est pas assimilable à un délit de ce genre. Là encore, on se trouve, en effet, en présence de deux conceptions quant à la latitude laissée aux juges dans la fixation des peines applicables. Dans le cas d'une tentative de vol qui peut être assimilé à la catégorie des délits et des peines prévus par la Loi, la peine du *ta'zîr* consiste en la fustigation, sur la mesure de laquelle les auteurs ne sont pas d'accord ; mais elle doit rester toujours inférieure à la fustigation applicable en matière de *ḥudûd*. Le maximum de cette peine en matière de *ta'zîr* serait de soixante quinze coups. Dans le cas où le délit non prévus par la Loi et non assimilable à un délit consacré dans les textes, comme une injure simple à l'égard d'autrui, la peine peut varier entre la réprimande, la fustigation et l'emprisonnement. C'est à cette conception que se rattachent les auteurs qui définissent le *ta'zîr*, « toutes peines correctionnelles inférieures au *ḥidd*. »⁵⁸². D'après une conception plus large le *ta'zîr* peut comprendre aussi bien que les peines précitées toutes autres mesures répressives, telles que l'amende et même la mort. Il n'y a rien de fixe en matière de *ta'zîr*, dit-on ; tout est laissé à la libre appréciation du juge. Cette conception correspond au système général de l'arbitraire des délits et des peines, applicable dans toutes les matières où des peines fixes ou *ḥudûd* ne sont pas prévus par la Loi.

A côté des ces deux catégories de délits et de peines prévues par la Loi religieuses, consacrées dans le droit musulman et des délits et peines non sanctionnés par la Loi, *ta'zîr*, nous avons fait mention dans la première partie d'une troisième catégorie de peines prévus dans le cas d'homicide pour meurtre ou blessures, connue sous le terme de *ḡinayyât*, crimes. Ces peines relèvent de la compétence du *qâḍî* ordinaire musulman. La procédure qui leur est appliquée est celle-là même qui est appliquée dans les délits

⁵⁸² Op. cit. p. 357.

civils. Le tribunal du *qâdî* ne connaît qu'une seule procédure aussi bien aux procès civils qu'aux procès répressifs. L'accusé dans un procès répressif, est exactement assimilé au défendeur dans un procès civil. La preuve qui doit emporter la conviction doit être rapportée dans les mêmes conditions que la preuve en matière civile. D'autre part il s'est constitué, dans la doctrine, un ensemble de règles relatives spécialement aux conditions de la preuve et des éléments de l'incrimination de chacun des délits punis de peines fixes. Ainsi, par exemple, la preuve est rendue extrêmement difficile en matière de délit de fornication : les témoins doivent être au nombre de quatre ; ils doivent avoir vu la consommation même de l'acte charnel, de manière évidente et sans équivoque. Dans le cas de la preuve pour délit de fornication, la simple ambiguïté peut transformer l'accusé en accusateur. Selon la règle, si les deux conditions précitées ne sont pas réunies complètement, les témoins qui auraient déjà déposé seraient considérés comme coupables du délit de calomnie et punis en conséquence.

6-2- Les peines légales dans les ahkam d'al-Mawardî.

Une conception large des peines fixes se trouve enseignée principalement dans les *Ahkam de Mawardî*. Cet auteur distingue entre les délits de commission et des délits d'omission. Pour ces deux catégories d'infractions, on distingue celles qui violent un intérêt divin, *haqq ilâhî* et celle qui violent un intérêt humain, *haqq adamî* et celles qui touchent à la fois aux deux intérêts. Les délits de commission sont ceux de fornication, de vol, de brigandage, d'usage de boisson enivrante, la calomnie, stricto sensu, c'est-à-dire, l'accusation injuste de fornication ; d'autres part, l'accusation injuste de toute autre sorte d'infraction, *al-qadf fi al-ġinâyyât*. Les délits d'omission consistent, en ce qui concerne les droits de Dieu, dans l'inobservation des devoirs de la prière, du jeûne, de l'aumône, du pèlerinage, et, en ce qui concerne les droits des hommes, dans le refus

d'exécuter les obligations dues à des particuliers. Pour les cas de délits de fornication, vol, calomnie, la consommation de boissons enivrantes, le brigandage, la conception d'*al-Mawardî* reste la même que celle consacrée dans les ouvrages du *fiqh* stricte. L'omission volontaire de la prière est sanctionnée par la peine de mort, au cas où le coupable irait jusqu'à nier cette obligation de la Loi ; en cas de négligence dans son accomplissement, il n'y aurait lieu d'appliquer la peine de mort que si le coupable, après mise en demeure, persiste dans son refus. L'omission volontaire du jeûne est punie de la privation de toute nourriture et de toute boisson pendant une durée égale à celle du jeûne. Le défaut de paiement de la *zakât*, aumône légale donne simplement aux pouvoirs publics, de la recouvrer *manu militari*. L'omission du pèlerinage reste un délit théorique ne comportant pas de peine étant donné que l'exécution de ce devoir ne doit pas obligatoirement s'accomplir à un terme fixe ; qu'on ne peut donc être considéré comme coupable d'omission tant qu'on est en vie.

A- Le contenu lexicologique du terme *šurṭa*.

La *šurṭa* est le terme donné pour l'organisme qui, dans les Etats musulmans, avait pour mission l'exercice de la force publique et de la justice répressive. D'après *al-Qalqašandî*, le terme *šurṭa* dériverait du terme *šaraṭ*, qui implique le sens d'insigne. Les agents de la force publique, dit cet auteur, portaient des insignes. Mais *šurṭa* dériverait, selon une autre opinion citée par *al-Qalqašandî*⁵⁸³, toujours du terme *šarâṭ*, mais pris dans un sens différent du précédent, à savoir : les détritrus, les déchets de quelque chose. Par extension, on considère les criminels et les gens sans aveu comme les déchets du corps social ; et parce que les agents de la force publique ont pour fonction de poursuivre ces individus, on a donné à cette

⁵⁸³ Al-Qalqašandî, V, 450.

fonction le nom de *šurṭa*⁵⁸⁴. Mais le sens qui est adopté dans les dictionnaires arabe les plus autorisés, *šurṭa* dériverait du verbe *ašraṭa* que signifie : séparer une chose d'une autre, en vue d'une destination précise. Au sens figuré, on dit, *ašraṭa fulan nafsahu likada*, c'est-à-dire : consacrer son activité à un but déterminé. Dans le même sens, *šurṭa* a servi à désigner la formation d'élite d'une armée que le chef destine aux opérations les plus importantes et les plus dangereuses. Il est admis en général que le terme *šurṭa*, désigne toute formation qui s'est distinguée particulièrement, par ses qualités, dans un groupement général. Plus largement, il désigne, selon les définitions que nous trouvons dans les dictionnaires de référence, tels que, le *tāğ al-'Arūs*, ou le *lisân al-'Arab*, corps d'élite, la troupe de choc dans une armée. Selon la définition que donne *Al-Azharî* : « Le terme *šurṭa* signifié qu'une chose est meilleure que d'autres, d'où le terme *al-šarṭ* qui désigne l'élite de l'armée, comme il peut désigner le groupe de soldats qui précède une armée... »⁵⁸⁵.

En conséquence de ce qui vient d'être dit, la *šurṭa* serait le terme qui a désigné l'ordre juridictionnel choisi spécialement pour assurer la sûreté dans l'Etat⁵⁸⁶. L'agent affecté à cette mission est appelé, *šurṭiyy*, cette appellation est toujours en usage dans les Etats arabes contemporains. D'autres termes vinrent désigner l'organisme de la force publique, tels que *aḥdât*, en Orient et celui de *mu'âwin*, employés, tantôt séparément, tantôt les deux groupés⁵⁸⁷. La force gardienne de l'ordre public s'appelle, par abus de langage, *aḥdât*, événements, actes qui troublent l'ordre, parce qu'elle a pour mission de prévenir et de réprimer de tels actes⁵⁸⁸. Chez *Ibn Haldûn*, *aḥdât* recouvre une explication d'une autre nature. Les *aḥdât*, selon cet

⁵⁸⁴ Ibid. V, 450 et *tāğ al-'arūs*, šart.

⁵⁸⁵ Al-'zharî, «شرطة كل شيء خياره، ومنه الشرط لأنهم لُخبة الجند، وقيل هم أول طائفة تتقدم الجيش، وقيل سموها، شرطًا لأن لهم علامات يعرفون بها في اللباس والهيئة»

⁵⁸⁶ Al-Maqrizî, *Kitâb al-Muğarrab*, šurta, *Tāğ al-'Arūs*, šarat.

⁵⁸⁷ Emile Tyan, op. cit. p. 575

⁵⁸⁸ Ibid. p. 575.

auteur, est amené à signifier : « jeunes gens, sous-entendu : auteurs de troubles à l'ordre publique. »⁵⁸⁹. Le terme *mu'âwin* est un autre terme qui vient à désigner la force publique. *Mu'âwin* dérive de *'awn* qui signifie : aide. Or, la force publique est une aide pour l'exercice de l'autorité publique.

D'autres expressions furent consacrées à la fonction de la juridiction répressive. *Ma'ûna* dont la racine est similaire à celle de *'awn* commença à faire son apparition, en Orient, vers la fin du III siècle de l'hégire. « Sous les *Fatimides*, la *šurṭa* prend aussi le nom de *wilâyâ*. Dans le royaume *mamlûk*, elle supplante même le terme de *šurṭa*. »⁵⁹⁰. C'est chez *al-Maqrizi*⁵⁹¹ que nous avons relevé cette modification d'appellation. On trouve également l'expression *'asas*, d'où *'asasî*, qui signifient : garde, gardien, sentinelle, et qui servent plutôt à désigner la fonction des agents subalternes de la *šurṭa*. On parle, aussi, dans le même sens, de *aşhâb al-rub'*, veilleurs de nuit, quarteniers, placés sous les ordres du chef de la *šurṭa*, auxquels correspondent en Occident musulman les *darrabûn*⁵⁹².

Le *sâhib al-šurṭa* est le terme qui désigne le titulaire du chargé de la force publique, on emploie également l'expression *mutawallî al-šurṭa* ; ou encore *wâlî al-šurṭa* ; parfois : *'âmil al-šurṭa*. Mais beaucoup plus couramment et dans la terminologie officielle, il s'appelle, à partir de l'époque fatimide, simplement *wâlî* et, sous les *Mamlûk*, c'est la seule application connue. On dit aussi : *wâlî al-ḥarb*⁵⁹³. Vers la même époque, dans l'Occident musulman, on trouve différents noms qui servent à désigner le titulaire de la fonction de la *šurṭa*: *ḥâkim* ou *ḥâfiḍ*, *sâhib al-*

⁵⁸⁹ *Târîh*, III, 430.

⁵⁹⁰ Emile Tyan, op. cit. 575.

⁵⁹¹ III, 304.

⁵⁹² Maqqrî, I, 103.

Al-Qalqaşandî, op. cit. IV, 22, 23, 186, 219, 234. On rencontre également les expressions de *wâlî al-ğisr* ou *sâhib al-ğisr*, servant à désigner les titulaires de la *šurṭa* à Bagdad, *amr al-ğisr* ou *amr al-ğisrayn*, servant à désigner la fonction même, Tabârî, éd. 1939, VII, 349, 175 ; VIII, 194, 212. C'était, en effet, à proximité des deux ponts de Bagdad que se trouvaient les sièges des deux postes de la *šurṭa* de cette ville. Emile Tyan, op. cit. p. 576.

madîna, sâhib al-layl.

B- Origines de la police, šurṭa.

Les auteurs musulmans ne sont pas unanimes sur l'autorité qui aurait instituée dans l'Etat musulman, la *šurṭa*. Les avis sont partagés entre le règne d'*Abû Bakr*, le premier successeur de *Muḥammad*, *'Umar* ou *'Uṭmân*. Toutefois, il paraît clair que cette charge avait bien existé au premier siècle de l'hégire. *Emile Tyan* dit : « Que l'organisme de la *šurṭa* ait existé dès la première époque de la conquête et de la formation de l'Etat arabo-islamique, c'est là un fait que l'on ne peut, à notre avis, mettre en doute. »⁵⁹⁴. Cet auteur ajoute que : « De fait, il était tout naturel qu'une institution telle que la *šurṭa* apparut dès les origines de l'Etat : le maintien de l'ordre public est une des fonctions essentielles premières à l'organisation desquelles doit songé l'autorité supérieures. »⁵⁹⁵. *Al-Buḥârî* qui remonte les origines de la fonction de la *šurṭa* du temps du Prophète, dit que : « La fonction qu'occupait *Qays Ibn Sa'd* auprès du Prophète était l'équivalent de la fonction qu'occupait *sâhib al-šarṭ* auprès de l'émir. »⁵⁹⁶.

C- Attributions de la šurṭa.

Une mise en garde qui nous semble s'imposer de fait, avant l'étude des attributions de la *šurṭa*, concerne la nature et les attributions de cette juridiction. De certains ouvrages apparaît que la *šurṭa* était, dès l'origine jusqu'à l'ultime point de son évolution, une seule et même juridiction quant à son essence et ses attributions. Or, la réalité est toute autre. La variété terminologique relative à cette fonction, en dehors du fait qu'elle constitue une réalité lexicographique, est un témoignage éloquent du caractère variable et évolutif de cette fonction dans le temps et dans l'espace. La

⁵⁹⁴ Op. cit. p. 577.

⁵⁹⁵ Ibid. p. 577.

⁵⁹⁶ *Ṣaḥīḥ*, IV, 378.

روى البخاري عن أنس: «أن قيس بن سعد كان يكون بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم بمنزله صاحب الشرط من الأمير»، والمراد هنا قيس بن سعد بن عبادة الأنصاري الخزرجي، وقد رواه الترمذي: «كان قيس بن سعد من النبي صلى الله عليه وسلم بمنزلة صاحب الشرط من الأمير».

juridiction de la *šurṭa* fut originellement une charge de nature religieuse, relevant des attributions directes du calife. En Espagne le *sāhib al-šurṭa* cumulait souvent, avec ses fonctions initiales, d'autres fonctions à caractère spécifiquement religieux, comme la direction de la prière du vendredi, la prédication, *ḥutba*, l'administration du *waqf*⁵⁹⁷. Dans la répartition des fonctions publiques en fonctions d'épée, de plume et religieuses, au cours des périodes fatimides et *mamlûk*, la *šurṭa* figure toujours dans la catégorie des fonctions d'épée. Entendons par là, les fonctions qui relevaient tout à la fois de ce que nous appellerions aujourd'hui le pouvoir exécutif civil et le pouvoir militaire.

La *šurṭa* du premier temps de l'Islam constituait un organisme à caractère militaire. Au sein de l'armée, la *šurṭa*, groupe d'élite, fut soumise au commandement d'un *sāhib al-šurṭa*, de même que l'armée dépendait de l'émir *al-ğayš*, le chef de l'armée. Ces deux organismes dépendaient parallèlement de l'autorité du calife lequel procédait à leur nomination respective. Le caractère militaire de la *šurṭa* se maintient longtemps encore. Au IV^e siècle de l'hégire, la *šurṭa* était employée souvent à des expéditions militaires, que les troupes de la *šurṭa* sont désignées du nom de *ğayš*, *ğund*, soldats. Même plus tard, à l'époque fatimide, la terminologie reste encore révélatrice. Les chefs de la *šurṭa* portent aussi le nom de *wulât al-ḥarb*, chefs de guerre.

Parmi les attributions que l'on reconnaissait à cette troupe d'élite était spécialement la sauvegarde de l'ordre public dont la mission était de réprimer les insurrections et de mater les dissidences. Un grand nombre de textes montre la *šurṭa* engagée dans des opérations de ce genre, notamment contre les opposants *Alides*, *Zubayrides*, *Hariğites*⁵⁹⁸. Le *'assās* qui signifie, comme nous l'avons noté, garde qui opère généralement la nuit, fut l'une

⁵⁹⁷ Ibn Baskuwwal. Op. cit. p. 91, 495.

⁵⁹⁸ Tabarî, édit. 1939, IV, 125, 144, 255, 297-302.

des attributions de la *šurta*, du premier temps de l’Islam. *Abû Bakr*, dit-on, avait nommé ‘*Abd Allâh Ibn Mas‘ûd* émir de cette charge. ‘*Umar Ibn al-Hattab*, aurait accompli personnellement la fonction du ‘*assas*. Il était accompagné de son serviteur et parfois par ‘*Abd al-rahmân Ibn ‘awf*⁵⁹⁹. Le rôle du ‘*assas* consistait à traquer les malfaiteurs la nuit, et à protéger les maisons contre les cambrioleurs. Sous les *Abbassides*, durant la période du pèlerinage à la Mecque, un chargé de sécurité des pèlerins, appelé *wâlî tarîq makka wa aḥdât al-mawsim* ou *wâlî al-aḥdât bi al-mawsim* ou *wâlî al-ṭariq* ou *wâlî al-mawsim*⁶⁰⁰ était désigné. *Van Den Berg* reconnaît également au *sâhib al-šurta* la fonction de commandant des gardes du corps : « Le *sâhib al-šurta*, dit-il, était à l’origine, commandant en chef des gardes du corps sous les califes. »⁶⁰¹. Toutefois, Ces attributions ne peuvent pas à elle seule rendre compte de l’étendue de la charge de *sâhib al-šurta*, celles-ci demandent, cependant, à être complétées. En effet, les attributions de la *šurta*, qui se ramènent toutes à la fonction tout à fait générale du maintien de l’ordre public, par l’exercice de la force publique, et qui ont toujours été confondues, comprennent aussi bien des attributions de police proprement dite que d’autres attributions de natures diverses. Ces attributions eurent court, ultérieurement. *Van Den Berg* dit que : « le *sâhib al-šurta* devient, bientôt, une sorte de commissaire de police spécial à la capitale et que l’on chargeait d’exécuter les ordres du prince, particulièrement, les sentences de mort. »⁶⁰². Selon l’article de l’*Encyclopédie de l’Islam* : Les fonctions de *sahib al-šurta* venait à correspondre « à celles d’un chef de la police actuelle. »⁶⁰³. Selon la définition fournie par *Ibn Haldûn*⁶⁰⁴, le *sahib al-šurta*, serait

⁵⁹⁹ Tabârî, *Les Quatre Premiers Califes*, Sindbad, Paris, p. 265.

⁶⁰⁰ Emile Tyan, op. Cit. p. 581.

⁶⁰¹ Van Den Berg, *Principes du droit musulman*, Batavia, 1883, trad. Tersant, 1894-1895, p. 242.

⁶⁰² Van Den Berg, *Principes du droit musulman*, Batavia, 1883, trad. Tersant, 1894-1895, p. 242.

⁶⁰³ E. P. V. art. *šurta*.

⁶⁰⁴ Op. cit. p. 391.

l'officier chargé des enquêtes et de l'application des peines légales, une fois le juge dessaisi. Selon cet auteur : « Il arrivait que le chef de la police statue seul, au détriment du *qâdî* et de son tribunal, dans les meurtres et dans l'application des peines légales. »⁶⁰⁵. Cette dernière attribution justifie à nos yeux le caractère judiciaire de la juridiction de la *šurṭa*. L'évolution de cette charge doit être appréciée en fonction des lieux et des époques. Les attributions judiciaires, déjà annoncées, du *sahib al-šurṭa* se confirment, d'ores et déjà, sous les *Abbasides*, les *Umayyades* d'Espagne et les *Fatimides* d'Égypte et du Maghreb. Ce fut à ces périodes, dit *Ibn Ḥaldûn* que : « la répression des crimes et l'application des peines prévues par la Loi religieuse était la tâche, par délégation, du chef de la police, *sahib al-šurṭa*. »⁶⁰⁶. C'est grâce à la *šurṭa* que les suspects peuvent être traduits en justice. C'est elle qui fixe les mesures préventives avant les crimes, qui applique les peines prévues par la Loi religieuse et qui fixe les compensations, en cas de dommages corporels, quand la loi du talion, *qiṣâs*, l'exige. Elle applique les peines non prévues par la Loi religieuse et prend des mesures coercitives à l'encontre des malfaiteurs qui n'ont pu passer à l'exécution de leurs crimes. C'est en vertu de ces attributions que la fonction de *sahib al-šurṭa* est rangée parmi les charges religieuses du calife. La *šurṭa*, dit *Ibn Ḥaldûn*, est : « une charge de nature religieuse, au domaine un peu plus vaste que celui du *qâdî* »⁶⁰⁷. Ses attributions, dit *Ibn Ḥaldûn* : « étaient doubles. D'une part, son titulaire devait chercher à enquêter sur les crimes et, d'autre part, il lui fallait appliquer les peines légales. La loi religieuse, ne saurait se contenter de simples présomptions : elle ne peut que veiller à l'application des peines. Tandis que le pouvoir politique, lui, doit mener les enquêtes criminelles. Il a recours pour cela, au magistrat, lequel, une fois en possession de toutes les preuves, oblige le

⁶⁰⁵ Op. cit. p. 391.

⁶⁰⁶ Ibid. p. 345.

⁶⁰⁷ Op.cit. p. 345.

coupable à avouer, dans l'intérêt général. »⁶⁰⁸. La citation d'*Ibn Haldûn* souligne un trait particulier dans les attributions dévolues au *saḥib al-šurṭa*. Ce dernier avait compétence, en cas d'homicide pour meurtre et pour les blessures, d'appliquer le talion à la place des ayants droit. Nous avons expliqué dans la première partie qu'en matière du *qiṣâṣ*, le talion, le droit musulman attribue expressément à la famille du meurtrier la capacité d'exercer le droit de vengeance sur la personne du meurtrier. Or, avec l'institution de la *šurṭa*, la règle fut instaurée dans le sens que l'application du talion ne relevait plus de la compétence des ayants droit, mais de la compétence de la *šurṭa*. C'est là un des aspects de la transformation du *qiṣâṣ* en peine publique. Sans doute les juristes continuent à déclarer que c'est l'individu lésé ou les héritiers de la victime qui exercent le *qiṣâṣ* ; mais ce que les juristes entendent par là, c'est seulement le droit pour la victime de demander à l'autorité d'appliquer elle-même cette sanction. Ils emploient, comme synonymes, exercer le *qiṣâṣ* et demander l'application du *qiṣâṣ*. D'après la formule employée par certains juristes, le droit du particulier devient le droit d'autoriser, les pouvoirs publics à exercer le *qiṣâṣ*. On arrive enfin à une formule générale très nette : le principe, en matière de lésions corporelles ou de meurtres, est que l'homme ne peut se faire justice à lui-même, car la fonction du juge est précisément faite pour départager les plaideurs.

Les auteurs distinguent généralement entre quatre catégories d'attributions de la *šurṭa*.

1- Attribution de police.

2- attribution de juridiction répressive, comportant le pouvoir de poursuite et de jugement.

3- un pouvoir exécutif, consistant dans l'application des peines et l'exercice de l'administration pénitentiaire.

⁶⁰⁸ Op. cit. p. 391.

4- un pouvoir exécutif, consistant à prêter main-forte aux magistrats judiciaires pour l'accomplissement des actes de procédure et l'exécution des jugements.

C'est en vertu également de son statut de magistrat judiciaire que le *saḥīb al-šurṭa* avait compétence à juger les délits toute en procédant à l'application et à l'exécution des peines. Ce caractère judiciaire de la fonction de *saḥīb al-šurṭa* est attesté par la terminologie relative à sa fonction. Le *saḥīb al-šurṭa* était souvent appelé, *qâḏī al-šurṭa*, ou *qâḏī aḥkam al-šurṭa* ou *ḥâkim*. Pour dire que tel personnage a été nommé à la fonction de la *šurṭa*, les textes emploient l'appellation suivante : *wâlī aḥkam al-šurṭa*, ce qui implique l'idée d'une investiture de juridiction. On dit aussi parfois, par une inversion bizarre, que le personnage était *sâḥīb šurṭat al-ḥukm*⁶⁰⁹.

Parmi les autres attributions que l'usage concédait au *saḥīb al-šurṭa*, dit *Ibn Ḥaldûn*, la mission de suppléer le gouverneur en cas d'absence et d'expédier les affaires courantes. En cas de décès du gouverneur, le *saḥīb al-šurṭa* assurait souvent, lui-même, l'intérim du gouvernement de la province jusqu'à la nomination du nouveau titulaire. »⁶¹⁰. La charge de la *šurṭa*, sous les *Abbassides*, fut confiée de grands chefs militaires ou à d'influents affranchis de la cour. Elle n'avait pas de juridiction universelle, mais seulement sur les gens du peuple, les éléments suspects, turbulents et criminels. Sous les *Abbassides*, l'organisme de la *šurṭa* s'est développé conformément aux multiples tâches qui lui étaient assignées. A *Bagdad*, on pouvait distinguer entre deux sortes de *šurṭa* : la *šurṭa* de la partie Est et la *šurṭa* de la partie Ouest⁶¹¹. *Ibn Ḥallikân*, précise que cette distinction entre les deux police continuait à être la règle lors du transfère de la capitale

⁶⁰⁹ Emile Tyan, op. cit. p. 586.

⁶¹⁰ *Ibn Ḥaldûn*, III, 186.

⁶¹¹ Emile Tyan. op. cit. p. 578

abbasside à *Samarra*, sous le règne d'*l-Ma'mûn*⁶¹². Chacun de ces deux postes avait à sa tête un titulaire distinct ; mais parfois ils étaient attribués à un même personnage⁶¹³. A partir de la première moitié du II siècle de l'hégire, les textes font mention, au *Caire*, de deux sortes de *šurṭa* : *al-šurṭa al-'ulyâ* ou *šurṭat al-fawq* et *al-šurṭat al-'askar* ou *šurṭat al-madîna*. Celle-ci est appelée également *šurṭat al-asfal*. Cette distinction que font les textes entre la *šurṭa 'ulya*, police supérieure et la *šurṭat al-asfal*, police basse, ne doit pas être comprise comme étant deux juridictions de nature séparée quant à leur attribution. Autrement dit, deux organismes ayant autorité sur deux classes différentes de la population : la *šurṭa al-'ulya*, pour les militaires, *'askar* et la *šurṭat al-asfal* pour les classes inférieures. La seule distinction qui sépare ces deux *šurṭa* est constituée par la circonscription territoriale qui est assignée à chacune d'elles : la *šurṭa al-'ulyâ*, *šurṭa* supérieure ou *šurṭat al 'askar* est celle qui a autorité sur la partie supérieure du *Caire*, qui est appelée *'askar* ou *mu'askar*, et qui avait été fondée dans les première année du II siècle de l'hégire ; tandis que la *šurṭat al-asfal*, *šurṭa* du bas ou *šurṭat al-madîna*, *šurṭa* de la ville est celle de la partie inférieure du *Caire*, l'ancienne ville, connue sous le nom de *Fuṣṭâṭ*. Cette division de la *šurṭa* entre deux parties de la ville du *Caire* était amenée à disparaître du temps des *Fatimides*. Mais il y avait une *šurṭa* distincte pour chacune des deux parties du *Caire* : l'ancienne ville, *Miṣr*, et la ville nouvellement bâtie, *Qâhira*. Dans la hiérarchie administrative et militaire, ces fonctions occupent respectivement les huitièmes et neuvièmes rangs.

Sous les *Umayyades* d'Espagne, selon le rapport d'*Ibn Haldûn*, l'office de la police qui était célèbre, comprenait deux catégories de police. On distinguait entre, *al-šurṭa al-'ulyâ*, littéralement, la police haute et la police basse, *al-šurṭa al-suflâ*. Mais la distinction entre ces deux catégories n'est

⁶¹² II, 421, cité par Emile Tyan, op. cit. p. 579.

⁶¹³ Emile Tyan. op. 578.

pas une simple variation terminologique. Il s'agit bien de deux juridictions distinctes quant à la nature de leurs attributions. « La juridiction de la première s'étendait sur la noblesse, *al-ḥassa*, aussi bien sur le peuple, Elle pouvait en cas de besoin, s'en prendre aux hauts fonctionnaires, à leurs parents, à leur clientèle. Le chef de la basse police, n'avait d'autorité que sur le peuple, *al-'amma*. Le chef de la haute police siégeait à la porte du palais royal. Ses agents, *rağul*, se tenait à ses côtés, qu'ils ne quittaient que pour exécuter ses ordres. Cette charge n'était confiée qu'aux grands du royaume et pouvait être le dernier échelon avant les fonctions de vizir ou de chambellan. »⁶¹⁴.

La distinction dont fait état *Ibn Ḥaldūn* entre une police supérieure, *al-šurṭa al-'ulya* et *al-šurṭa al-suflā*, nous la rencontrons également à *Bagdad*. Dès le milieu du III siècle de l'hégire, on rapporte que dans cette ville, avait existé un organisme de *šurṭa* appelé *šurṭât al-ḥassa*, ou organisme aux attributions de connaître les litiges impliquant une classe particulière de personne, c'est-à-dire les personnes de la cour et de l'entourage du souverain⁶¹⁵. Le terme *ḥassa*, personnes privées, à concevoir par opposition à *'amma*, la masse populaire.

L'étendue de la charge de *sāḥib al-šurṭa* faisait d'elle l'une des charges incontournables de l'Etat. Nous avons déjà cité *Ibn Ḥaldūn* lorsqu'il disait qu' : « en règle générale, l'attribution de cette fonction fut réservée à des personnes de grande importance dans la hiérarchie de l'Etat. La grande police, *al-šurṭa al-kubra*, - une autre expression synonyme à *al-šurṭa al-'ulya*, la *šurṭa* supérieure, - constituait un échelon d'attente de la dignité de *ḥāğib* ou chambellan ou de vizir. »⁶¹⁶. Le même auteur ajoute que : « Cette charge n'était confiée qu'aux grands du royaume et pouvait

⁶¹⁴ *Muqaddima*, op. cit. p. 392.

⁶¹⁵ Emile Tyan, op. cit. p. 580.

⁶¹⁶ Ibid. p. 392.

être le dernier échelon avant les fonctions de vizir ou de chambellan. »⁶¹⁷.

L'organisme de la *šurṭa* se trouve placé généralement sous l'autorité d'un chef hiérarchique ; c'est le *wâlî* ou *ḥâkim* ou *saḥib al-šurṭa*, etc., qui concentre entre ses mains, dans un ressort déterminé, tous les pouvoirs. Dans la répartition des fonctions publiques en fonction d'épée, de plume et religieuses, au cours des périodes fatimides et *mamlûk*, la *šurṭa* figure toujours dans la catégorie des fonctions d'épée, *waḍâ'if arbâb al-suyûf*. Entendons par là les fonctions qui relevaient tout à la fois de ce que nous appellerions aujourd'hui le pouvoir exécutif civil et le pouvoir militaire. Tel est le classement retenu par *Ibn Ḥaldûn*⁶¹⁸ qui range le *saḥib al-šurṭa* dans le paradigme des *ašḥâb al-suyûf*, c'est-à-dire au plus haut personnage après le souverain dans la hiérarchie politique de l'Etat, tel que le ministre ou le *kâfil al-sulṭana*.

Sous les *Abbasides*, la charge du chef de la police était tenue en grande estime et confiée à de grands chefs militaires ou à d'influents affranchis de la cour. Elle n'avait pas de juridiction universelle, mais seulement sur les gens du peuple, les éléments suspects, turbulents et criminels. Le rang social et l'importance de la charge de *saḥib al-šurṭa* suffisaient pour qu'on lui réserve les honneurs appropriés. La nomination du titulaire à la charge de la *šurṭa* de la capitale donnait lieu à une cérémonie d'investiture. Sous les *Abbasides*, il était d'usage de faire don au nouveau titulaire d'un costume d'apparat, et d'un bâton en or. Son nom était dès lors inscrit sur les bannières qui décoraient le siège de la fonction et les lances qui y étaient exposés. Il paraît que, cependant, que, du temps *Ibn Ḥaldûn*, l'importance du préposé à la *šurṭa* avait diminué⁶¹⁹, le souverain ne choisissait plus les titulaires parmi la haute personnalité de l'Etat, ce fut de simple partisan du

⁶¹⁷ Ibid. p. 392.

⁶¹⁸ Op. cit. p. 392.

⁶¹⁹ Ibid. 392.

souverain qui occupaient la charge⁶²⁰, tel fut le cas chez les Mérinides contemporain d'*Ibn Haldun*. Ce dernier précise également que « Chez les *Mamlûk*, en Orient musulman, la fonction de *sâhib al-šurṭa* fut confiée à de grands dignitaires turcs ou aux descendants d'une des anciennes familles régnantes *kurdes*. On les choisit, indifféremment, pour leur énergie et leur résolution à faire respecter la loi. On leur demande de supprimer la corruption, de détruire la criminalité, de faire disparaître les foyers et les centres d'activité criminelle, d'appliquer les peines prévues par la loi religieuse et l'administration civile, pour le plus grand bien public de la cité.»⁶²¹.

En règle général, la nomination et la destitution du *sahib al-šurṭa* relevait de la compétence du gouverneur. Cette dépendance de la *šurṭa* à l'égard du gouverneur se manifeste dans le langage. Les sources, surtout aux époques umayyade et abbasside, pour désigner le titulaire de la police ne disent pas : le chef de la *šurṭa* de telle province, mais : le chef de la *šurṭa* de tel gouverneur, *sâhib šurṭatih*⁶²². Cette règle, cependant, ne fut pas absolue de tout temps. Sous les *Abbassides*, *Al-matawakkil*, désignait lui-même le chef de la *šurṭa* de province. Selon *Ya'qûbî*, « Ce fut *Bagdad* qui nommait les *mu'âwin, šurṭa* dans tout l'univers. »⁶²³.

A l'instar des autres fonctions publiques, la *šurṭa* était susceptible de délégation. Ainsi les titulaires de postes importants comme les chefs-lieux de provinces avaient des vicaires⁶²⁴. Toutefois, la *šurṭa*, bien qu'organe administratif, ne semble pas avoir été une fonction centralisée. Nous n'avons pas pu relever l'existence, dans l'Etat islamique, un organe général directeur ayant sous son autorité et sa dépendance directe les divers points du territoire. Le chef de la *šurṭa* de la capitale n'a autorité que dans le

⁶²⁰ Ibid. p. 392-393.

⁶²¹ Ibid. p. 393.

⁶²² Emile Tyan. p. 586.

⁶²³ Op. cit, II, 577.

⁶²⁴ Tabarî, édi. 1939. VIII, 158.

ressort de cette capitale. Sans doute, pouvait-il avoir une compétence territoriale plus étendue ; mais cela devait résulter d'une concession expresse de l'autorité supérieure.

6-3- La procédure de la *šurṭa*.

A- La saisine du juge.

Chez *Abû al-Ḥasan al-Mawardî*, comme nous avons noté plus haut, la procédure de la *šurṭa* accuse quelques différences par rapport à la procédure du *qâḍî* ordinaire. Bien que le droit musulman classique reconnu au juge ordinaire la compétence de juger les délits relatifs au pénal, lors de l'évolution de la société musulmane et de l'institution judiciaire, ce pouvoir reconnu au magistrat judiciaire ordinaire fut également l'une des attributions de la *šurṭa*. Quelques différences, entre les deux juridictions, restent cependant à souligner. La procédure du *qâḍî* ordinaire, comme il a été rappelé plus haut, n'emploie pas l'action d'office, c'est à la victime ou à ses ayants droits qu'il appartient le droit de saisir le juge. Ce dernier ne peut pas, par lui-même déclencher l'action judiciaire. Or, le préposé à la *šurṭa* pouvait lui-même intervenir directement sans qu'il soit sollicité. Dans le tribunal du *qâḍî*, l'action judiciaire est contradictoire, dans le sens qu'il donne lieu au débat entre les parties en litige. Le droit musulman en matière probatoire avait consacré la règle suivant laquelle la preuve incombe au demandeur et la prestation du serment au défendeur. En matière criminelle, dans le tribunal ordinaire, les parties en procès sont assimilées à celles des autres procès relevant du civil. L'accusé est entièrement assimilé à un défendeur et l'accusateur à un demandeur dans un procès civil. La procédure de la *šurṭa* est à ces égards, différente de la procédure du tribunal ordinaire dans la mesure qu'elle est directe. L'agent de la *šurṭa* se saisit d'office de la poursuite pénale. Le pouvoir d'action de la *šurṭa* est d'autant plus renforcé par le fait qu'il cumule les attributions proprement dite,

consistant à prévenir les infractions, avec celle de la répression même. Les agents de la *šurṭa* sont qualifiés à poursuivre les criminelles et les traduisent devant le *wâlî al-šurṭa*. Selon le *Kitâb al-Aġânî*⁶²⁵, il arrive que d'autres magistrats que ceux de la *šurṭa* saisissent le *sâhib al-šurṭa*, comme il pouvait arriver que des gouverneurs ou une autorité supérieure différente *au sahib al-šurṭa* des individus, accusés d'un crime ; ou bien le *sâhib al-šurṭa* agit de son propre mouvement. Il suffit pour cela qu'il arrive à sa connaissance, de quelque façon que ce soit, qu'une infraction a été commise. Mais l'intervention de ces magistrats n'exclue pas que la juridiction du *sâhib al-šurṭa* soit saisit directement par un particulier, par la victime de l'infraction. Le *sâhib al-šurṭa*, dans ce cas présent, s'approprie en quelque sorte l'action du demandeur, dans le sens où il n'agit pas en tant que représentant de ce particulier ou de la victime de l'infraction. Le demandeur ne figure pas comme partie principale en procès; que le procès peut se dérouler sans le demandeur. Même dans le cas où l'action tend à l'application d'une peine établie par la Loi religieuse, dans l'intérêt exclusif des particuliers, comme la peine du *talion* ou même celle de la calomnie, *qadf* ou du vol, *sariqa*, la victime du délit ne joue pas, devant le juge de la *šurṭa*, le rôle du demandeur, puisque, l'action peut, aussi bien, être déclenchée et poursuivie en dehors même de sa présence et que, en tout cas, ce n'est pas en son nom qu'elle est exercée.

B- L'instruction.

Dans les procès criminels relevant de la compétence de la juridiction répressive de la *šurṭa*, le *wâlî al-šurṭa* est seul qualifié à instruire les procès. Aucun autre organisme n'est prévu à cet effet. Le *wâlî al-šurṭa* instruit les procès conformément à la *siyyâsa al-diniyya*, littéralement, la politique religieuse. Cette expression signifie grosso modo, le pouvoir accordé au

⁶²⁵ Al-Isbahânî, *Kitâb al-Aġânî*. Dâr al-Kutub al-Misriyya, nouv. Ed. II, 248 ; Emile Tyan, op. cit. p. 604.

wâlî al-šurṭa dans l'appréciation des délits et des peines à leur appliquer. *Ibn Haldûn* dit : « Le *šar'* ou droit stricte ne reçoit aucune implication dans la procédure des délits tant qu'on se trouve encore dans la phase de l'accusation et avant la condamnation ; c'est en vertu de la *siyyâsa* que les éléments de conviction sont rassemblés. »⁶²⁶. *Al-Mawardî* confirme également que l'instruction du procès devant la *šurṭa* est régie par les principes de la *siyyâsâ al-diniyya*. Cependant, pour extirper les aveux des malfaiteurs, les moyens mis en œuvre peuvent être de toute nature. La doctrine du droit reconnaît au *sâhib al-šurṭa* la faculté d'user de moyens coercitifs pour la manifestation de la preuve. L'intérêt public, en vue duquel on agit, dit *Ibn Haldûn*, suffit à justifier ces moyens. *Al-Mawardî* qui souscrit à ce point de vue recommande la fustigation comme moyen coercition pour la provocation de l'aveu. Les moyens de ruse sont autorisés⁶²⁷. *Ibn al-Ğawzi*⁶²⁸ ne voit pas d'inconvénient que les agents de la *šurṭa* puissent pénétrer à l'intérieur des domiciles des particuliers pour la recherche des coupables et la réunion des éléments de preuve.

C-Le jugement.

Ibn Haldûn dit que : « Le *šar'* ou droit stricte ne reçoit aucune implication dans la procédure des délits tant qu'on se trouve encore dans la phase de l'accusation et avant la condamnation. »⁶²⁹. Cela sous entend que dans la procédure criminelle, il existe au moins deux phases. Le jugement n'apparaît, donc, qu'à la deuxième phase de cette procédure. Dans cette phase, il appartient au *sâhib al-šurṭa* d'apprécier la nature de la procédure la plus appropriée pour le type de procès en cours. Mais la pratique s'est installée dans le sens que le *sâhib al-šurṭa* rendait son jugement sur la base de la procédure en usage dans le tribunal du *qâḏî*. Ce trait de similitude

⁶²⁶ Ibid. p. 605

⁶²⁷ op. cit. p. 363.

⁶²⁸ Op. cit. p. 54.

⁶²⁹ Cité par Emile Tyan, op. cit. p. 605.

avec le juge ordinaire, fait du *sâhib al-šurṭa*, un magistrat judiciaire. C'est ainsi que le titulaire des fonctions de la *šurṭa* a reçu le nom de *ḥâkim* qui désigne un magistrat judiciaire. Il est également appelé *qâḍî al-šurṭa*⁶³⁰. Pour dire que tel personnage a été nommé à la fonction de *šurṭa*, les textes emploient l'expression de *wâlî aḥkâm al-šurṭa*. Cette expression implique l'idée d'une investiture d'un pouvoir de juridiction.

La procédure du jugement qui est appliquée dans le prétoire de la *šurṭa*, *fi mağliss al-šurṭa*, comme il est nommé chez *Ibn Al-Ğawzî*⁶³¹ : est celle-là même qu'adopte le juge ordinaire dans son tribunal. Ce fait est confirmé chez *Abû yûsuf* qui soutient qu' : « aucun procès d'une personne contre une autre, en matière de meurtre, de vol, ne doit être intenté et aucune peine ne doit être infligée que sur la base d'une preuve testimoniale non récusable ou d'un aveu non provoqué par des menaces du *wâlî*... Il faut que le demandeur et le défendeur soient en face l'un de l'autre etc. »⁶³².

La juridiction du *sâhib al-šurṭa*, telle quelle ressort des textes, jouissait incontestablement d'un pouvoir discrétionnaire plus important que le *qâḍî* ordinaire. Mais son pouvoir ne pouvait déborder sur la procédure du jugement, puisqu'il reste lié par les règles du droit strict qui gère celle-ci. La nature de la fonction de *sâhib al-šurṭa* demeure de ce fait judiciaire de telle sorte qu'en Espagne, les agents de la *šurṭa* avaient eu vocation naturelle d'accéder aux fonctions de la magistrature. En Espagne, en particulier, selon les dires d'*Ibn Baskuwwal*⁶³³, les agents de la *šurṭa* recevaient leur avancement par une promotion à des postes de *qâḍî*. Déjà au I siècle de l'hégire, dans la chronique des *qâḍî*, il est fait mention de chefs de la *šurṭa* qui cumulèrent avec leur charge la fonction de la magistrature⁶³⁴.

⁶³⁰ Harašî, VII, 167 et Emile Tyan. p. 606.

⁶³¹ Op. cit. p. 51.

⁶³² *Kitâb al-harâğ*, Imprimerie Salafiyya, Le Caire, 1346/1927, p. 209.

⁶³³ Op. cit. p. 138, 235.

⁶³⁴ Al-Kindî, *wulâi*, op. cit. III, 205.

Septième chapitre. La charge de la *ḥisba*.

7-1. Définition de la charge de la *ḥisba*⁶³⁵.

La *ḥisba* est défini dans l'article de l'*Encyclopédie de l'Islam* comme suit : « Au sens large, celle-ci est donc l'obligation qu'à en principe tout musulman d'aider au bien et de combattre le mal. Il peut le faire normalement par l'information et la remontrance, plus spécialement par des interventions en justice et, éventuellement limitée, s'il peut, en cas d'absence d'autorité publique, par la contrainte, voire selon *Ibn Ḥazm*, en cas d'autorité publique non valable, par la révolte contre elle⁶³⁶. En réalité, l'obligation n'est que théorique, subordonnée à la possibilité qu'à l'intéressé de s'en acquitter aux mieux, et il est interdit de se substituer, lorsqu'elle existe, à l'autorité publique. »⁶³⁷. Cette définition de la *ḥisba* repose, essentiellement sur les bases énoncées par les principales sources de la législation musulmane, à savoir, le Coran et la *Sunna*. C'est à partir de ces mêmes sources que la doctrine juridique justifie voire légitime l'institution de la *ḥisba*. La *ḥisba* trouve sa justification dans le verset du Coran suivant : « Vous aurez été la meilleure communauté jamais produite aux hommes pour ordonnez le convenable, proscrire le blâmable et croire en Dieu. »⁶³⁸. Un autre verset coranique dit : «Que de vous se forme une

⁶³⁵ Le fait que la *ḥisba* avait été, aussi bien une fonction religieuse que charge municipale était à l'origine d'une diversité de sources bibliographiques. En effet, les sources qui traitent de la *ḥisba* sont nombreuses. Tandis que certaines d'entre elles étudient de façon générale le contenu de la vertu de la *ḥisba*, les obligations qui en résultent pour le *muhtasib*, le chargé de la *ḥisba*, les caractères religieux et juridiques de sa fonction ; d'autres se proposent d'éclairer le *muhtasib* sur les détails concrets et techniques de la surveillance qu'il doit exercer et, celle-ci s'appliquant principalement aux métiers, sont de véritables vade-mecum de contrôle du contrôle administratif des professions. Ces dernières sources : « Non seulement, on l'a dit, ils s'attachent au détail technique des surveillances à exercer, en particulier sur les métiers, mais ils sont des opuscules spécialement destinés au *muhtasib* et, tout en étant bien entendu d'accord avec la Loi, ont un caractère administratif et non juridique. On considère souvent comme le plus ancien ouvrage de ce genre les *ahkâm al-sûq* de l'*Ifriqiyyin mâlikite yahyâ Ibn 'Umar*, seconde moitié du III^e siècle. L'article de l'*Encyclopédie de l'Islam* consacré au thème de la *ḥisba* fournit une bibliographie exhaustive à ce sujet.

⁶³⁶ La *ḥisba* est considéré par *Ibn Ḥazm* comme le principe justificatif du droit du peuple à l'insurrection contre le principe tyrannique et injuste, *kitâb al-fasl fi al-milal wa al-nihal*, IV, 171 et ss.

⁶³⁷ E. I. Art. *Hisba*, V, 504.

⁶³⁸ Cor. III, 110.

communauté qui appelle au bien, ordonne le convenable, proscrire le blâmable : ce seront eux les triomphants. »⁶³⁹. En marge de sa traduction du verset ci-dessus, Jacques Berque dit à propos du terme *Ma'rûf* qui est traduit par le terme convenable et *munkar*, blâmable, que: « Ces termes n'offrent pas en soi de coloration religieuse ; ils concordent avec une éthique profane. L'Islam sélectionne ainsi, en les transposant et en les épurant, des pans entiers de coutumes antérieures »⁶⁴⁰.

Les auteurs musulmans s'inspirent également des traditions du Prophète *Muhammad* pour justifier la fonction de la *hisba*. Le Prophète, rapportent-ils, aurait dit : « Quiconque, parmi vous, aurait constaté l'accomplissement d'un acte répréhensible, qu'il le condamne par les mains, la langue ou par le cœur, ceci est-il, le degré le plus bas de la foi. ». Il est admis selon cette tradition que le musulman est tenu d'intervenir à chaque fois qu'un acte blâmable, *munkar*, est commis. Cette intervention, précise-t-on, doit se faire en fonction des moyens de chacun. Que ce soit par La main, la langue, le cœur. Ces organes ne sont que des termes allégoriques, lesquels peuvent se référer aux différentes possibilités que possède l'homme dans l'exercice de la *hisba*. La main, peut désigner, la force physique, généralement reconnue à l'autorité publique dépositaire des moyens de dissuasion ; la langue, la force du verbe ou la persuasion par la preuve irréfutable du caractère répréhensible de l'acte et enfin le cœur, qui lui ne peut que s'affliger à la vue de l'acte blâmable. La *hisba* apparaît ainsi comme une sorte d'apostolat. Un musulman, qui voit un individu portant ou consommant une boisson enivrante ou commettant un adultère ou s'adonnant au jeu du hasard, devrait faire tout son possible pour l'empêcher, et détruire les instruments qui ont pu servir à l'accomplissement de tels actes. Le fait de se porter auprès de peuples

⁶³⁹ Cor. III, 104.

⁶⁴⁰ *Essai de traduction*, op. cit. p. 82.

infidèles ou ceux qui ignorent les pratiques de la religion islamique, pour leur enseigner le Coran, est analysé en un acte de *hisba*. La *hisba* apparaît ainsi comme une sorte d'apostolat. Un musulman, qui voit un individu portant ou consommant une boisson enivrante ou commettant ou s'adonnant au jeu, devrait faire tout son possible pour l'en empêcher, et détruire les instruments qui ont pu servir à l'accomplissement de tels actes.

Les actes par lesquels s'exerce la *hisba* relativement aux actes interdits par la religion ont été rangés par la doctrine religieuse en cinq catégories.

- 1- *Al-ta'rif*, qui consiste à faire connaître au contrevenant le caractère répréhensible de l'acte qu'il accomplit : ainsi le paysan qui, par ignorance, accomplit irrégulièrement les gestes de la prière, fera l'objet d'un simple *ta'rif*.
- 2- *La remontrance*, elle s'adresse au contrevenant qui a conscience du caractère illicite de son acte.
- 3- *La réprimande et l'admonestation sévères*, qui s'adressent au contrevenant récidiviste et de mauvaise foi.
- 4- *L'emploi de la contrainte*. Celui-ci consiste à empêcher la réalisation de l'acte illicite, par la suppression des moyens qui y servent, tel que le fait de briser les instruments de jeu, de répandre par terre la boisson enivrante, d'enlever le vêtement de soie.

4 *L'emploi de la contrainte sur la personne du coupable*. Cette mesure consiste à proférer des menaces à l'encontre du coupable et d'utiliser les voies de fait qui peuvent aller jusqu'à la mise à mort.

La liste ici présentée n'est pas exhaustive. Chez d'autres auteurs comme *al-Ġazâlî*⁶⁴¹, les actes de la *hisba* sont répartis en huit catégories,

L'observance de la *hisba*, dans son acception religieuse, constitue, donc, une obligation religieuse s'imposant à tous musulmans. Dans le Coran, le devoir de recommander le bien et de réprouver le mal est souvent

⁶⁴¹ *Ihyâ' 'Ulûm al-dîn*, II, 289.

rangé du côté des autres obligations culturelles, telles que la prière, la *Zakât*. C'est dans ce sens qu'il est formulé le verset suivant : « A ceux qui, si Nous leur en donnant capacité sur la terre, accomplissent la prière, acquittent la purification, prescrivent le convenable et proscrivent le blâmable... »⁶⁴². La *ḥisba*, selon d'autres versets est la marque distinctive du bon musulman. La *ḥisba*, selon la définition qui est souvent donnée dans les ouvrages du *fiqh* désigne le fait d'accomplir un acte dans un but désintéressé ; plus précisément dans le seul but de plaire à Dieu et d'obtenir une récompense céleste.

L'exercice de la *ḥisba* par l'ensemble des musulmans, n'est en réalité qu'une obligation de principe, comme il a été noté dans l'article relatif à la *ḥisba*, ci-dessus. Les musulmans cessent d'exercer la *ḥisba* à chaque fois qu'une autorité publique en réclame l'exercice. C'est dans ce sens que la *ḥisba* se considère comme une obligation de suffisance, *fard kifâyya* par opposition à *fard 'ayn*, obligation individuelle. Le fait d'éprouver de la différence par rapport à un acte blâmable lorsqu'on se trouve dans l'incapacité de le réprimer faute de moyens, constitue en soi, selon la tradition que nous avons citée plus haut, un acte de la *ḥisba*. La *ḥisba*, ne s'impose aux musulmans, qu'en cas de carence d'une autorité capable d'en assumer la charge. Toutefois, dans les faits, on continuait à faire usage de la *ḥisba* entre individu proche ou simple connaissance, en vertu de ce que nous pouvons appeler le devoir de rappel que recommande le Coran, « *dakir fa'inna al-dikra tanfa'û al-mu'minîn* : Exerce le rappel : le rappel est avantageux aux croyants. »⁶⁴³. Un musulman qui ne fait pas régulièrement sa prière, selon *al-Ġazalî* est un acte répréhensible susceptible de la *ḥisba*. La fraude dans les transactions commerciales, la vente d'objets interdits, pièce de jeux, images ; les actes illicites qui se

⁶⁴² Cor. XXII, 41.

⁶⁴³ Cor. LI, 55.

commettent sur la voie publique, telles que le fait d’empiéter par une construction sur les voies, d’y déposer des objets, d’y planter des arbres, d’y faire circuler des animaux chargés d’un poids trop lourds ; le fait d’entendre des conversations obscènes, de manger avec gourmandise ; le fait de regarder les parties secrètes des autres, dans les bains publiques. Tout ces actes et la liste n’est pas limitative, constituent des actes répréhensibles et de ce fait susceptible de la *ḥisba*.

A côté de la définition religieuse de la *ḥisba*, les auteurs ont retenu une autre : Lorsqu’un particulier met en mouvement une action en justice qui n’y pas personnellement aucun intérêt mais qui est mû par un simple intérêt d’un tiers ou de la collectivité est considéré comme l’accomplissement d’acte de la *ḥisba*. L’action du gérant d’affaires, par exemple, est une action de *ḥisba* : ainsi, disent les juristes, celui qui revendique un bien au nom et pour compte d’un absent agit à titre de *ḥisba*⁶⁴⁴.

La *ḥisba*, toute en gardant ses caractéristiques d’origines qui se résument à « la commanderie du bien et la répression du mal », s’est érigée, au fil de l’évolution de la société musulmane, à l’instar, d’ailleurs, des autres organismes administratifs et publics, en institution publique régie par des règles précises.

7-2. L’organisation de la ḥisba.

La genèse, plus ancienne apparemment, de la *ḥisba*, n’est pas très claire. Les auteurs musulmans remontent généralement la *ḥisba* au premier temps de l’Islam. Le Prophète, dit-on, aurait lui-même exercé la *ḥisba* et aurait désigné *Sa’d Ibn Sa’id Ibn al-’Âs* comme *muhtasib* pour le marché de la *Mecque*. Le terme qui désignait la *ḥisba* à cette époque était plutôt, le *sâhib al-sûq*. Quoiqu’il en soit, dit l’auteur de l’article sur la *ḥisba* : « vers le califat d’*l-Ma’mûn*, au *sâhib al-sûq* se substitue le *muhtasib*, dont le nom

⁶⁴⁴ Ibn Farhûn, I, 114.

jusqu'alors ne désignait qu'un homme privé adonné à la vertu de la *ḥisba*. »⁶⁴⁵. *Emile Tyan* qui s'est trouvé une issue favorable au problème des origines de l'institution de la *ḥisba*, dit : « En tout cas, il est certain que la fonction existe de bonne heure à l'époque abbaside. Un texte de *Tayfūr* mentionne, dit-il, à l'époque de *Ma'mūn*, 198/833-218/833, l'existence à *Bagdad* d'un établissement qui était le siège de la *ḥisba* : *dār al-ḥisba*. »⁶⁴⁶.

Tandis que la *ḥisba* devenait le terme d'usage en Orient, en Occident musulman, on continuait à utiliser l'expression *wilāyat al-sūq*⁶⁴⁷, « où l'adoption de la notion de *ḥisba* sera surtout le fait des hommes de Loi, témoignage explicite d'*Ibn Baskuwwal*⁶⁴⁸. Mais lorsqu'on peut commencer à donner un contenu à la charge, on ne remarque pas de grandes différences entre les deux moitiés du monde musulman.

En Espagne, la *ḥisba* faisait partie des fonctions les plus importantes des juridictions du pays. Le titulaire doit être choisi parmi les personnages les plus considérables du royaume. Son statut juridique se rapproche beaucoup de celui de magistrat judiciaire : comme si le *muḥtasib* était un *qâdî*, selon l'expression d'*Ibn Farḥûn*⁶⁴⁹. Nonobstant, ce trait de ressemblance entre la charge du *qâdî* et le *muḥtasib*, ce dernier demeurait, quant à sa nomination et sa révocation, soumis à l'autorité du *qâdî* ordinaire. *Ibn Ḥaldûn* dit à ce propos : « Cette charge, *ḥisba*, est donc subordonné à l'office de juge. Sous mainte dynastie musulmane, fatimide d'Égypte et du Maghreb ou *Umayyades* d'Espagne, elle était placée sous la juridiction générale du *qâdî*, qui en désignait à son gré le titulaire. »⁶⁵⁰.

Lorsque la fonction de la *ḥisba* s'est érigée en institution de droit publique, le titulaire de la *ḥisba* n'exerce, naturellement, pas seul, les

⁶⁴⁵ Ibid. p. 504.

⁶⁴⁶ Op. cit. p. 623.

⁶⁴⁷ Ibid. p. 626.

⁶⁴⁸ Op. cit. p. 301.

⁶⁴⁹ Cité par *Emile Tyan*. op. cit. p. 626.

⁶⁵⁰ Op. cit. p. 351.

diverses attributions qui rentrent dans sa compétence ; il est assisté à cet effet d'un corps de fonctionnaires qui relèvent de son autorité exclusive. *Al-Maqrizî* qui traite surtout de l'Égypte fatimide, dit que : « La charge de *muhtasib*, qui est d'origine religieuse, est l'une des plus considérables du pays. Le *muhtasib* a des délégués dans les principales circonscriptions ; il fait, par lui-même et par ses délégués, des tournées de surveillance chez les artisans et chez les marchands de produits d'alimentation. Il siège dans l'une des grandes mosquées. Il a sous sa dépendance directe un bureau officiel de vérification des poids et mesures, et il exige que les poids et mesures portent le poinçon de ce bureau officiel. »⁶⁵¹. A côté des délégués et des agents subalternes, le *muhtasib* se faisait assister par des auxiliaires privés. « La pratique s'était établie que le *muhtasib* choisit, dans chacune des corporations dont il avait le contrôle, une personne, particulièrement qualifiée par son honnêteté et sa sagacité, pour être comme le chef de sa corporation ; c'est le '*arîf*. Ce personnage a pour mission de tenir constamment le *muhtasib* au courant des événements qui se produisent au sein de la corporation ou sur le marché, de la conduite de ceux qui exercent la profession, des prix pratiqués, des marchandises importées, en somme, de tout ce qui pourrait intéresser le *muhtasib* pour l'exercice de ses attributions. »⁶⁵².

7-3. Attributions de la *ḥisba*.

Le contrôle du marché ou la *ḥisba* est aussi une fonction religieuse. *Ibn Haldûn*, en parlant de la charge de la *ḥisba*, dit qu' « elle fait partie des obligations religieuses de la commanderie du bien et de l'interdiction du mal, “ *al-amr bi al-marûf wa al-nahy ‘anî al-munkar*” qui incombe à la personne chargée de gouverner les musulmans. Le souverain désigne pour

⁶⁵¹ Op. cit. II, 342.

⁶⁵² Emile Tyan. op. cit. p. 627, 628.

cette charge, le candidat qui lui paraît qualifié. Celui-ci a donc ses obligations à remplir, avec, éventuellement, l'aide d'assistants dans sa tâche.»⁶⁵³.

En matière des attributions relatives à la charge du *muhtasib*, nous pouvons distinguer grosso mode, entre les attributions relevant d'une vision juridique générale et théorique, élaborée par des juristes comme *al-mawardî* et des attributions réelles, telles quelles s'appliquaient dans les faits. La théorie générale des attributions de la *hisba* qu'a construite la doctrine juridique diffère considérablement de ce qu'on a été, en fait les attributions dévolues, à cette fonction. La doctrine juridique répartit les attributions de la *hisba* en deux grandes catégories qu'on fait correspondre aux deux principes religieux : ordonner le bien et interdire le mal. Dans les *Aḥkam al-sulṭaniyya*, ces deux grandes catégories se subdivisent elles-mêmes en attributions purement religieuses, concernant les droits de Dieu, *ḥuqûq Allâh*, en attributions temporelles concernant les droits des hommes, *ḥuqûq al-adamiyyîn*, et enfin, en attributions mixtes, *ḥuqûq Allâh wa ḥuqûq al-nâss*.

- **Attributions religieuses.** Le *muhtasib* est chargé en vertu de ces attributions, dans le cas de la non observance de la prière régulière, notamment la prière du vendredi, de ramener les récalcitrants à l'observance stricte de cette disposition. La doctrine prévoit des sanctions disciplinaire à l'encontre des récalcitrants, *ta'dîb*.
- **Attributions temporelles.** On distingue entre les obligations qui s'imposent aux hommes, en général, et celle qui s'imposent à chaque homme, en particulier'. Comme exemples de la première catégorie, on cite l'obligation où se trouve l'ensemble des habitants d'une ville, au cas où l'administration publique ne dispose pas des fonds nécessaires, de réparer les murs de la cité ou les conduites des

⁶⁵³ Op.cit. p. 350.

eaux, d'assurer leurs besoins aux mendiants qui errent dans la ville. Quant aux obligations qui s'imposent aux individus en particulier, on cite, comme exemple, le cas de toute personne qui, tenue d'une dette quelconque, refuse injustement de l'exécuter ; le *muhtasib* a le droit de l'y contraindre, sur plainte du créancier. Mais les moyens de contrainte ne peuvent pas consister en un emprisonnement mais simplement en ce procédé dit *mulâzama*, qu'au besoin, on autorise le créancier lui-même à employer. Le procédé de la *mulâzama* comme le nom l'indique, consiste à accompagner constamment par soi-même ou par un tiers, le débiteur, dans quelque endroit qu'il se trouve, sauf lorsqu'il pénètre dans son domicile, à moins que le créancier ne lui assure lui-même ses moyens de subsistance et un logis.

- **Attributions mixtes.** – Les obligations qui donnent lieu à l'exercice de ces attributions sont, principalement, l'obligation des tuteurs de marier leurs pupilles, l'obligation des femmes veuves ou répudiées d'observer le délai de viduité, les obligations des pères envers leurs enfants, celles des patrons envers leurs esclaves, des gardiens d'animaux, de les nourrir et de ne pas leur infliger de mauvais traitements, etc. Pour l'observation de ces règles, le *muhtasib* dispose d'un pouvoir coercitif, et, le cas échéant d'un pouvoir de répression, comme la fustigation, et, même, le bannissement de la cité.

A- Attributions théoriques.

Al-Mawardî répartit les attributions qui découlent de la commanderie du bien et de la répression du mal, en trois catégories.

- 1- **Attributions religieuses.** La première catégorie a pour objet d'interdire et de réprimer les actes qui tendent à la violation positive

d'une règle religieuse. Cette première catégorie se subdivise elle-même ;

2 - en actes religieux proprement dits tels que le fait d'accomplir la prière contrairement aux rites légaux, *madâhib*, de rompre le jeûne du ramadan, de s'adonner, sans nécessité, à la mendicité, d'exercer l'enseignement de la Loi sans qu'on possède les connaissances nécessaires à cet effet, d'interpréter la Loi contrairement à la doctrine orthodoxe.

3 - en actes qu'on appelle *maḥdûrât*, interdits, tels que la consommation de boisson alcooliques, l'usage d'instruments de divertissements interdits, le fait de se trouver avec une femme dans une rue peu passante etc.

4 - en actes constituant des transactions illicites telles que le prêt à intérêt, les contrats dont la nullité est reconnue sans controverse, les fraudes commerciales, telles que la hausse injustifiée des prix, la falsification des denrées, les fraudes dans les poids et les mesures etc.

Relativement à tous ces actes, la doctrine juridique exige, pour l'intervention du *muḥtasib*, une condition supplémentaire : la publicité ; c'est pourquoi le *muḥtasib* n'a pas qualité pour faire des enquêtes dans le but de chercher des actes illicites non commis publiquement.

2-Attributions temporelles. Elles ont trait aux obligations de voisinage entre propriétaires. On y fait rentrer le contrôle des professions des médecins, apothicaires, bijoutiers, orfèvres, teinturiers etc....

3-Attributions mixtes. Elles consistent, notamment à interdire à chaque habitant d'avoir des vues sur l'intérieur des maisons de ses voisins, à contrôler la conduite des non musulmans en les contraignant à observer les règlements qui les concernent, à obliger les magistrats

judiciaires à juger les procès pendant devant eux et à les empêcher de commettre des dénis de justice, à interdire aux propriétaires d'esclaves et d'animaux de leur imposer des charges excédent leurs forces, à contraindre les propriétaires à assurer la subsistance et l'habillement de leurs esclaves, à interdire les chargements trop lourds des navires, etc.

Dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, le *muhtasib* peut appliquer les sanctions prévues par la doctrine juridique. Ces sanctions sont principalement la réprimande, les coups de fouet et même du bannissement, tout comme il appartient aux *muhtasib* d'assurer manu militari l'observation des obligations de *hisba*, par exemple en démolissant le mur qui empiète sur la propriété du voisin ou en faisant enlever l'étalage des marchandises des commerçants sur la voie publique, on en faisant enlever une partie de la cargaison d'un navire trop chargé.

Sur la question de savoir si le *nâzir fi al-hisba* est autorisé de se servir de son jugement en matière des infractions qui ne font pas consensus entre les savants, les *fuqahâ'* parmi les *Šafi'ites* restent partagés à ce sujet. *Abî Sa'îd al-Istahrî*, répond par l'affirmative. Selon lui le *muhtasib*, peut se servir de son effort individuel, *iğtihâd* et de son jugement personnel, *ra'yahu*. C'est pour cette raison, dit cet auteur que le *muhtasib* doit être un savant, *'âlim*, possédant les capacités de *muğtahid* en matière de droit.

D'autres *fuqahâ'* considèrent, cependant que le *muhtasib* n'a pas à se servir de son opinion personnelle, ni de son *iğtihâd*, ni même de se servir de l'opinion de son *madhab* en matière des infractions qui ne font pas l'unanimité des *fuqahâ'*. Selon cette opinion, le *muhtasib* ne doit pas être obligatoirement un *'âlim muğtahid* ; il suffit qu'il ait connaissance parfaite des infractions admises du consensus des savants musulmans.

B- Les attributions réelles. Il existe toute une littérature juridique qui

traite de la *ḥisba*. Nous avons déjà cité plus haut quelques uns des ouvrages qui traitent de cette charge. Une bibliographie exhaustive est donnée dans l'article relatif à la charge de la *ḥisba*, dans *l'Encyclopédie de l'Islam*. Chez *Ibn Ḥaldûn* et *al-Maqrizî*, pour ne citer que ces deux auteurs, la *ḥisba* accuse un caractère municipal prononcé. Ce sont les professions qui s'exercent à l'intérieur de la ville, dont le *muḥtasib* a le contrôle ; ce sont les situations de fait créées par la vie commune dans les cités qui suscitent son intervention. *Ibn Ḥaldûn*, dit que le *muḥtasib* est chargé de «veiller à l'intérêt général de la ville.»⁶⁵⁴. Cet auteur en relatant les attributions de *muḥtasib*, dit⁶⁵⁵, à propos de celui-ci, qu'il :

A - « doit rechercher les abus et appliquer les peines prévues et les mesures coercitives ».

B- « Il veille à la sauvegarde des intérêts du public dans la ville, ou il réside. Par exemple, il interdit de boucher les voies d'accès. ».

C- « Il empêche les charges excessives des portefaix et des bateliers. ».

D- « Il ordonne aux propriétaires d'immeubles qui menacent ruine de les faire démolir et de supprimer ainsi tout danger pour les passants. ».

E- « Il empêche les maîtres d'école de battre trop fort les jeunes élèves. ».

F- « Son autorité ne se réduit pas à trancher les querelles ou les plaintes, mais il doit régler toute contestation portée à sa connaissance. Ses attributions ne s'étendent pas aux plaintes judiciaires en général, mais à tout ce qui touche aux fraudes ou aux malversations sur les denrées alimentaires ou sur les poids et mesures. ».

⁶⁵⁴ Ibid, p. 350.
⁶⁵⁵ op. cit. p. 350-351.

G- « Il doit aussi faire payer les débiteurs récalcitrants. En somme, il intervient pour régler les affaires simples et courantes, qui ne nécessitent pas l'intervention d'un juge, la production de preuves ou l'énoncé d'un verdict légal. Ce sont là les compétences du contrôleur des marchés, *muhtasib* ».

Le *muhtasib* est essentiellement un *sâhib al-sûq*⁶⁵⁶, un inspecteur ou contrôleur du marché. Son rôle dans les marchés consiste :

- « à surveiller les artisans et les marchands de produits d'alimentation et d'autres articles ».
- « il vérifie la qualité de viande de chez les bouchers, inspecte les restaurants, etc. ».
- « Le *muhtasib* a également la mission de contrôler les poids et les mesures. ».

Les auteurs, comme *al-Maqrizî* et *Ibn al-Furât* attribuent au *muhtasib* du temps des *Mamlûk*, la qualité de *nâzir fî diyyâr al-darb*, préposé à la direction de l'hôtel des monnaies, charge, qui en principe, constituait, selon *Ibn Haldûn*, une fonction distincte, ayant son titulaire propre⁶⁵⁷. Le contrôle du *muhtasib*, nous le verrons, s'étendait à tous les corps des métiers, depuis celui du boulangers, bouchers, tailleurs, jusqu'à ceux des médecins, vétérinaires, apothicaires, défenseurs en justice, notaires. On compte à peu près cent deux professions placées sous le contrôle de la *hisba*⁶⁵⁸. Le *muhtasib* est tenu de respecter scrupuleusement dans l'exercice de sa charge, les règles élaborées à cet effet. Ces règles sont tellement nombreuses de sorte que des ouvrages entiers leur ont été réservés. Voici quelques unes de ces règles :

- « Il n'est pas permis au *muhtasib* d'ordonner une tarification des

⁶⁵⁶ Emile Tyan, op. cit. p. 635.

⁶⁵⁷ Op. cit. p. 351.

⁶⁵⁸ Emile Tyan. op. p. 636.

marchandises et d'obliger les marchands à vendre aux prix fixes, mais il peut et doit interdire l'accaparement des produits d'alimentation, *ihtikâr*, et, le cas échéant, il peut saisir les produits accaparés et les vendre lui-même au juste prix. Mais la pratique ne s'est pas toujours conformée à cette règle. Si, pour certains articles de première nécessité, un prix est habituellement pratiqué, le *muhtasib* intervient pour réprimer toute hausse. »⁶⁵⁹.

- « De même, le *muhtasib* interdit l'introduction sur le marché de toutes marchandises nuisibles et malpropres. ».
- « Le *muhtasib* exerce aussi le contrôle sur les navires, en veillant à ce qu'ils ne soient pas chargés au-delà du jaugeage normal. ».
- « Le *muhtasib* avait également la charge de veiller au respect des mosquées.⁶⁶⁰

La compétence du *muhtasib* s'étend également à des professions que nous ne considérons plus comme relevant du *sûq* ; c'est ainsi qu'il contrôle apothicaires et médecins, et pénètre dans les écoles pour prévenir ou châtier les excès de dureté des maîtres. Par contre, le *muhtasib* ne sort pas des limites de la ville, et par conséquent laisse en dehors de son contrôle les *tuğğâr*, les marchands du commerce extérieur⁶⁶¹.

Pour les apothicaires et les droguistes, un modèle de diplôme de l'époque *mamlûk* indique que le *muhtasib* doit exiger d'eux la fourniture de cautions personnelles, garantissant qu'aucun médicament ne soit délivré sans ordonnance d'un homme. Il interdit également l'exercice de la médecine aux individus ne possédant de diplôme à cet effet.

Voici, par exemple, ce qui dit un traité de la *hisba* du XII siècle, celui de

⁶⁵⁹ Ibid. p. 637.

⁶⁶⁰ « S'il n'existait donc pas d'organisation d'ensemble touchant l'exercice du culte dans les mosquées, bien des usages politiquement et juridiquement importants devaient y être respectés. Il incombait au *muhtasib* d'y veiller et, à partir du XI siècle environ, ce dernier reçut mission de faire respecter le caractère sacré des mosquées et d'empêcher *qâdi* et maîtres d'écoles d'y tenir désormais séance. ». J et D. Sourdel. Op. cit. p. 439.

⁶⁶¹ E. I. art. *Hisba*. V. 504.

*al-Šayzarī*⁶⁶² relativement aux obligations que doit remplir le *muḥtasib* vis-à-vis des médecins :

- « Il incombe à l'inspecteur de faire prêter le serment d'Hippocrate, *'ahd Bûqrât* à tous les médecins »,
- et « de les faire jurer de ne pas prescrire à quelqu'un un remède nuisible, de ne pas lui composer un poison, de ne pas donner la prescription d'un poison à quelqu'un de public, de ne pas prescrire aux femmes un médicament causant l'avortement, ni aux hommes un médicament causant la stérilité. ».
- « Ils doivent détourner leurs regards des femmes quand ils entrent dans la maison du malade, ne pas divulguer les secrets et ne pas déchirer un voile. »⁶⁶³.
- « Quant aux oculistes, l'inspecteur doit les examiner d'après le Livre de *Hunayn Ibn Ishâq*, c'est-à-dire les Dix discours sur l'œil⁶⁶⁴. A celui qu'il trouve à l'examen versé dans l'anatomie des sept tuniques de l'œil et de ses trois humeurs, de ses trois maladies et les subdivisions de ces maladies, qui sait composer les collyres secs *akḥal* et qui connaît les mélanges des drogues, *aqâqîr*. Le *muḥtasib* doit délivrer le permis d'entreprendre le traitement des yeux du public. Il ne doit pas négliger le soin des instruments de sa spécialité comme les crochets pour le pannus, *sabal* et le ptérigion, *zafar*, le racleur du trachome, *ğarab*, les lancettes de la phlébotomie, les boîtes pour les sondes à collyres et autres »⁶⁶⁵.
- Quant aux rebouteux, *muğabbirûn*, orthopédistes, *al-Šayzarī*⁶⁶⁶, dit :

⁶⁶² *Kitâb Nihâyat al-rutba fî talab al-hisba*, Le Caire, 1946 édité par al-Bâz al-Arînî.

⁶⁶³ *Les mardis de Dâr el-Salam*, Librairie Philosophique, j. Vrin, Paris, 1956, MCMLIII, p. 185.

⁶⁶⁴ Les dix discours sur l'œil sont appelés également dans le *Fihrist* d'*Ibn al-Nadîm*, *Kitâb 'ilâğ al-'ayn* et par *al-Râzî*, *kitâb al-'ayn*. *Ishâq Ibn Hunayn* explique lui-même au début du dixième discours qui traite des remèdes oculaires qu'il avait écrit les neuf premiers discours au cours des trente années précédentes et que, pour répondre au désir de ses amis, il les avait réunis en volume en y ajoutant un dixième discours à la demande de son neveu *Hubayš*.

⁶⁶⁵ Voir : *Les Mardis de Dâr el-Salam*, op. cit. p. 185.

⁶⁶⁶ *Ibid.* p. 185.

« Aucun d'eux ne doit exercer sa profession sans qu'on ait constaté préalablement sa connaissance du sixième livre du traité de *Paul d'Eugène* sur la réduction des fractures ; et il doit connaître le nombre des os humains,- qui sont au nombre de deux cent quarante-huit, - et la forme et la grandeur de chacun d'eux, afin qu'il soit capable de le réduire, au cas d'une fracture ou luxation, à sa forme antérieure. Le *muhtasib* doit les examiner sur tout cela. »⁶⁶⁷.

- Voilà enfin ce qu'il demande aux chirurgiens : « Quant aux chirurgiens, il faut la connaissance de Galien qui est connu comme *Qatağanis* sur les plaies et les emplâtres ; ils doivent connaître aussi l'anatomie, les organes du corps humain et leur contenu de muscles, veines, artères et nerfs, pour les éviter au cas d'incision, d'abcès ou d'excision d'hémorroïdes. Il doit avoir avec lui une collection, garniture de lancettes à pointes arrondies et à pointes obliques, des lances, la hache pour le front, la scie pour l'amputation, le perforateur pour l'oreille, la lancette feuille de rose, pour les athéromes, *şal'*, une boîte d'emplâtres et le remède d'oliban qui arrête les hémorragies. Il en est qui dupent le public à l'aide de morceaux d'os qu'ils ont avec eux et qu'ils cachent dans la plaie et l'extraient ensuite en présence des gens en prétendant que c'est l'effet de leurs médicaments pénétrants qui les a fait sortir.»⁶⁶⁸.

Le *muhtasib* assurait la police des mœurs.

- « Il pénètre au moment où on l'attend le moins, dans les cafés et les caves, brise les instruments de musique, les bouteilles et les jarres de vin. »⁶⁶⁹.
- Dans les villes le *muhtasib* : « veille sur les mœurs publiques. Il exerce son contrôle sur les maisons de tolérance et, en général, sur

⁶⁶⁷ Ibid. p. 185.

⁶⁶⁸ Ibid. p. 186.

⁶⁶⁹ E.I.V. 505

toutes les femmes de mauvaise vie. »⁶⁷⁰.

- Le trafic et la consommation des boissons alcooliques, des stupéfiants sont soumis à son contrôle. Ces attributions faisaient même parfois l'objet d'affermage spécial⁶⁷¹. *Al-Maqrizî* rapporte que : « *Šarâf al-Dîn al-Fârisî*, ministre sous le règne du premier sultan *mamlûk Aybek*, « donna en affermage le contrôle du vin. Du *ħašîš* et des maisons de tolérance. »⁶⁷². Le système de l'affermage de l'*ih̡tisâb* a été aboli à *Istanbul* en 1242/1826, et remplacé par une intendance *ih̡tisab nazirîti* dirigée par un fonctionnaire officiel d'*ih̡tisâb nazirî*⁶⁷³.

Pour mieux contrôler les différends corps de métiers contre les formes d'escroqueries et de malversations, le *muħtasib* désignait un auxiliaire dans chacune des corporations ou dans les différents corps de métiers. Cet auxiliaire est connu sous le nom de '*arîf*. Le '*arîf* est donc le personnage de confiance, c'est un agent précieux qui permet au *muħtasib* de mieux contrôler les professions dans la ville. Le '*arîf* est choisi dans chaque profession et chargé de rapporter au *muħtasib* tous les renseignements concernant ses confrères et l'état des affaires de la profession.

Pour le cas des professions en lien direct avec la justice, le '*arîf* veille à ce que les documents rédigés par les scribes ne renferment aucune injure ou diffamation à l'égard de quiconque. Les scribes doivent prêter serment auprès du *muħtasib* d'exercer leur profession conformément aux usages établis. Quant aux notaires, le *muħtasib* ne doit permettre l'exercice de cette profession qu'aux personnes honorables, ayant des connaissances juridiques suffisantes⁶⁷⁴.

Le champ d'intervention de la *ħisba* aussi étendu qu'il soit, ne devait, selon *Ibn Ĥaldûn* s'étendre sur celui du *qâdî* ordinaire. Les attributions du

⁶⁷⁰ Emile Tyan. op. cit. p. 639.

⁶⁷¹ Ibid. p. 639.

⁶⁷² Op ; cit. III, 146

⁶⁷³ E.I. V. 506.

⁶⁷⁴ Emile Tyan. op. cit. p. 640-41.

muhtasib, dit *Ibn Haldûn* : « ne s'étendent pas aux plaintes judiciaires en général, mais à tout ce qui touche aux fraudes ou aux malversations sur les denrées alimentaires ou sur les poids et mesures. Il doit aussi faire payer les débiteurs récalcitrants. En somme, il intervient pour régler les petites affaires simples et courantes, qui ne nécessitent pas l'intervention d'un juge, la production de preuves ou l'énoncé d'un verdict légal.»⁶⁷⁵. Les limites entre les affaires qui reviennent au *muhtasib* et celles qui incombent au *qâdî* et au chef de la *şurta* sont à peine visible, dans le sens que toutes ces juridictions oeuvrent pour le même but, à savoir l'intérêt général conformément à la notion religieuse de la commanderie du bien et la répression du mal. Mais, les juristes eurent soin de délimiter les attributions de chacune de ces juridictions.

La différence entre ces juridictions est, sur certains ordres de faits, moins dans leur nature que dans la manière dont il les abordent : le *qâdî* juge des faits pour lesquelles il y'a eu une plainte et enquête sur leur vérité, et la *şurta* intervient pour les délits et crimes exigeant action de la force publique ; le *muhtasib*, au contraire, n'a à s'occuper que de faits patents, incontestés ; il ne fait pas d'enquête, mais il intervient de lui-même, sans attendre de plainte. En raison même de la nature de sa fonction, dit *Emile Tyan* : « le *muhtasib* possède le droit d'action d'office. Dans les situations mêmes où l'intérêt d'un particulier est engagé, la procédure de la *hisba* n'a pas besoin, pour être mise en mouvement, de l'action de ce particulier. C'est là une règle sur laquelle insistent les auteurs d'une façon toute spéciale, et elle constitue un des traits qui distinguent la *hisba* du pouvoir judiciaire proprement dit. Mais cette procédure d'action d'office n'exclut pas la possibilité pour le particulier, victime d'une violation de droit, dans une matière rentrant dans la compétence du *muhtasib*, de le saisir lui-même

⁶⁷⁵ Op. cit. p. 351.

de sa plainte. »⁶⁷⁶.

Al-Mawardî énumérant les lieux de ressemblance et les lieux de différence entre les attributions du *muhtasib* et celle du *qâdî* ordinaire dit : « Saches que la *hisba* est « une juridiction intermédiaire, *wâṣiṭa*, entre la juridiction du *qâdî* ordinaire et celle des *mazâlim*. Toutefois, concernant les liens qui existent entre le *qadâ'* et la *hisba*, ils sont de deux sortes.

1 - La juridiction du *muhtasib* possède la qualité d'entendre les plaintes formulées devant lui, selon la procédure accusatoire laquelle procédure consiste à écouter les déclarations du demandeur et du défendeur. Mais ne possédant pas la plénitude du pouvoir juridictionnel, le *muhtasib* intervient uniquement dans les affaires concernant les intérêts privés des particuliers, *ḥuqûq al-adamiyyîn*. Son intervention dans ces affaires, est encore limitée à trois cas d'affaires. le premier cas où il y'a des fraudes sur les poids et mesures ; les tromperies et fraudes dans la vente ; le retard de paiement d'une dette.

2 Le *muhtasib* peut contraindre le défendeur à restituer ou à reconnaître le droit d'autrui relativement aux affaires qui relèvent de ses compétences.

La juridiction du *muhtasib* est, cependant, inférieure à celle du *qâdî* de deux points de vue.

1 - Le premier point : Le *muhtasib* n'a pas qualité à entendre toutes sortes de plaintes, telles que les plaintes relatives aux contrats, les transactions etc. Le *muhtasib* ne peut suppléer le *qâdî* dans ces plaintes et à plus forte raison de les juger, sauf, en cas où il lui est fait une extension expresse de compétence en ces matières. Dans ce cas, le *muhtasib* peut cumuler entre la *hisba* et le *qadâ'*.

2 - La compétence judiciaire du *muhtasib* ne comportant pas la

⁶⁷⁶ Op. cit. p. 646

plénitude du pouvoir juridictionnel, comme nous avons noté précédemment, ne peut juger que dans les cas où il n'existe pas entre les parties une contestation sur le fond même du droit, où sa violation est déjà reconnue. Le *muhtasib* n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la valeur des preuves produites, sur le bien fondé des prétentions. Ceux-ci relèvent de la compétence du juge.

La juridiction du *muhtasib*, peut être considéré avantagée par rapport à la juridiction du *qâdi* à deux points de vue.

1 - Le *muhtasib* possède le droit d'action d'office, tandis que le juge ordinaire ne peut agir que sur dépôt de plainte d'un particulier. La procédure de la *hisba* n'a pas besoin, pour être en mouvement, de l'action d'un particulier.

2 - Le *muhtasib* possède un pouvoir de contrainte que le juge ordinaire ne possède pas. La *hisba*, dit *al-Mawardî*, est institué dans un but dissuasif et que le titulaire de cette charge ne doit pas abuser de ce pouvoir.

Dans l'exercice de ses attributions, le *muhtasib* jouit d'un pouvoir prétorien aussi bien en ce qui concerne l'incrimination qu'en ce qui concerne la détermination des sanctions applicables. Ce pouvoir est encore est encore plus large que celui de la *šurta* en raison de ce que les matières qui rentrent dans la compétence de la *hisba* ne font pas déjà l'objet d'une réglementation précisée et fixée dans la Loi religieuse, tandis que la *šurta* se heurte, pour certaines des matières de sa compétence, à une telle réglementation. Le *muhtasib* n'a à tenir compte que de la coutume, des usages. Ainsi c'est seulement par référence aux us et coutumes de la ville que seront déterminées les contraventions de voirie. Les textes disent bien : la jurisprudence du *muhtasib* est une jurisprudence coutumière et non une jurisprudence légale. Les mêmes principes sont appliqués quant à la détermination des peines applicables. Le *muhtasib*, dit *Ibn Haldûn*,

recherche les actions interdites et les réprime suivant leur gravité. Le *muhtasib* sanctionne les délits relevant de sa compétence conformément au principe du *ta'zîr*. Les manuels de la *hisba* rappellent que le *muhtasib* est libre appréciateur des circonstances de chaque cas et de la sanction appropriée qu'il postule⁶⁷⁷.

Les sanctions qu'applique le *muhtasib* sont principalement de nature répressive, comportant, le cas échéant, le redressement des situations injustes. Les mesures répressives que le *muhtasib* prend à l'égard du contrevenant doivent servir de leçon pour les éventuels contrevenants pour ne pas commettre les actes répréhensibles. La sanction du *muhtasib* a pour objet, non pas de relever la contravention et de lui appliquer la sanction appropriée, mais d'enrayer les conséquences de la fraude et les moyens qui ont servi la consommer : saisie et confiscation des poids ou mesures, remise de l'ayant droit de ce qui lui est encore dû ou restitution du trop-perçu, et, ensuite l'infliction d'une mesure répressive au contrevenant. Mais la sanction peut être de nature exclusivement civile dans un conflit de voisins, le *muhtasib* pourrait se contenter de faire disparaître la situation préjudiciable : démolir le mur dépassant la limite, couper les branches de l'arbre se répandant sur la propriété du voisin⁶⁷⁸.

La nature de la sanction qu'inflige le *muhtasib* varie selon les cas. Nous avons déjà noté plus haut les différentes manières pour lesquelles opte le *muhtasib* pour appliquer les sanctions. Il est retenu généralement selon les cas de contravention que le *muhtasib* utilise soit :

- 1 - La réprimande, *tawbiḥ*.
- 2 - La fustigation qui comporte deux degrés de gravité. La fustigation simple avec le fouet ; la fustigation aggravée est infligée avec la *dirra*, constituée par un nerf de bœuf ou de chameau. *Al-Mawardî* précise

⁶⁷⁷ Emile Tyan. op. cit. pp. 648, 649.

⁶⁷⁸ Ibid. p. 649.

bien que nonobstant le pouvoir dissuasif qui est attribué au *muhtasib*, celui-ci ne doit dépasser, dans l'application des peines des limites inappropriées. D'après certains auteurs, le *muhtasib* ne doit pas dépasser, dans l'application de cette peine, le maximum légal de la fustigation, qui est de quarante coups.⁶⁷⁹.

⁶⁷⁹ Emile Tyan, op. cit. p. 649.

CONCLUSION GENERALE.

Ce travail, en voulant examiner les enjeux derrière lesquelles se cachaient les origines de l'organisation judiciaire musulmane, s'est confronté à l'étendue complexité dont nous étions averties, dès le commencement. Mais, nous n'avions pas voulu abreuver le lecteur par des événements et des anecdotes historiques interminables. Nous avons privilégié celles qui étaient déterminante dans l'élaboration et les diverses mutations de cette organisation. En quelque sorte nous avons privilégié des événements fondateurs.

Notre synthèse a apporté des minis secousses dans le domaine de notre recherche. Nous avons malmené quelques certitudes, secoué quelques branches, contribuant, ainsi, modestement, à apporter un éclairage nouveau sur les origines et l'évolution de l'organisation judiciaire musulmane, à travers une approche qui avait comme fil conducteur l'identification du processus de construction de l'organisation judiciaire musulmane, lequel processus, nous l'avons déjà précisé, se caractérise à la fois par des aspects de continuités et de ruptures. En fait, nous avons bien insisté sur la relation d'interdépendance existant entre l'architecture générale de la société et la justice. Nous avons également réussi amplement à montrer et établir la dialectique entre le pouvoir politique et l'organisation judiciaire autour de la figure centrale du calife. Ceci n'exclut guère que ce dernier, dans toutes les circonstances, a toujours cherché à légitimer cette organisation par l'aval des oulémas. Lors des résistances et en dépit, sa volonté finit toujours par passer, par diverses contournement et tactiques.

Mais la pierre angulaire de notre travail c'est l'examen du passage entre la période préislamique et la période de l'institutionnalisation de la fonction judiciaire. Nous avons soutenu à l'encontre de plusieurs études le fait d'une rupture progressive.

Il est vrai que l'image qu'offrait l'organisation de la justice musulmane au temps du Prophète, à peine précise qu'ordonnée, se prêtait à la confondre avec l'organisation de la justice en usage dans l'Arabie préislamique, conclusion à laquelle est parvenu les auteurs modernistes. Mais, la réalité est que les origines de l'organisation judiciaire musulmane se sont constituées à partir d'un long processus de maturation amorcé depuis l'installation de *Muhammad* à *Médine* et ayant prit forme sous les *Umayyades*. Ce fut dans la perspective de s'assurer de la loyauté des oulémas dont ils étaient issus le juge que, les *Umayyades* songèrent à les intégrer dans cette fameuse cascade de représentation délégation. Les *Umayyades* s'appliquèrent à nommer particulièrement des candidats sunnites, à priori, sans opposition avouée à leur règne. L'institutionnalisation de la fonction du *qâdî*, sous les *Umayyades* permit à cette charge de se frayer la place de choix au sein des institutions de l'Etat. La place du magistrat nouvellement acquise, au sein de la société, ne pouvait s'opérer, sans susciter quelques craintes pour le pouvoir. Celle-ci s'est traduite à travers les diverses mesures prises régulièrement par le pouvoir en place. Il est vrai que sous les *Abbassides* l'institution de la magistrature judiciaire devint importante, au point d'acquérir une grande autonomie. Les *Abbassides* qui légitimèrent leur accès au pouvoir par voie de filiation à la famille du prophète se montrèrent tolérants à l'égard des oulémas en général. Toutefois, ce fut sous leur règne, que le contrôle de l'appareil judiciaire était le plus visible et l'institution du juge en chef le *qâdî al-qudât*, en est un exemple. La justice et son organisation judiciaire représentaient de tels enjeux qu'il était impensable de ne pas la contrôler. Le contrôle de la justice sera renforcé ultérieurement sous les *Abbassides* par la création d'un tribunal extraordinaire, le *naẓar fî al-maẓâlîm*, présidé par le calife et composé par des membres du corps judiciaire et administratif. Grossièrement, le conseil des *maẓâlîm* peut être traduit par la

justice suprême du calife qui constituera en définitif le dernier recours des plaignants. Mais, le calife dans ce haut lieu de la magistrature ne statue pas seul, il devait être assisté nécessairement par un magistrat judiciaire. Si les lieux où l'on rend la justice changent, si les juridictions d'ordre judiciaire changent également d'appellations, l'importance de la magistrature judiciaire, elle, restait intacte. Divers auteurs ont voulu voir dans l'émergence de ces diverses juridictions extraordinaires, la chute du tribunal ordinaire. Nous avons déjà expliqué qu'au contraire, son autorité n'a fait que se renforcer au fil des époques et périodes. Car le lien qui la liait avec les différentes classes du peuple ne pouvait autoriser sa chute. Le juge musulman, quant à lui, avait toutes les occasions pour se mêler aux gens, particulièrement à la mosquée où il était amené à conduire la prière, etc. Comment peut-on imaginer, étant donnée cette proximité entre le juge et les usagers, qu'un divorce entre eux puisse être possible. C'est probablement, pour recentrer les regards de la masse vers le pouvoir central que ce dernier ouvrait dans le sens de réclamer les procès devant son *mağlis*, en l'occurrence, les *mazâlim*. Ceci dit, les enjeux qui ont motivés la naissance de la juridiction des *mazâlim*, hormis celles que nous avons notées dans le développement, restent difficiles à cerner et cela constitue une des limites de notre travail.

L'origine de l'institution du *qâdî al-quḍât*, bien que certaines études les ramènent aux *Sassanides*, nous restons circonspects, mais nous n'avons pas pu établir une filiation sérieuse.

Comme nous n'avons pas pu établir l'origine de la fameuse épître de 'Umar sur la judicature.

Nous avons limité notre sujet à la période qui a annoncé l'avènement des Ottomans, sans pouvoir aborder l'état de l'organisation judiciaire sous leur règne. Cela certes peut porter préjudice à l'examen complet, car, une mutation sérieuse s'est opérée avec eux dans les conséquences restent

visibles sur l'organisation judiciaire d'une bonne partie du monde musulman, mais l'étendue est pleine d'embûches et exige la compétence ainsi que la maîtrise du persan, du turc, etc.

Sur le plan bibliographique, nous avons relevé une pauvreté des fonds des bibliothèques officiels.

Au bout de notre travail, il nous semble à étayer les points suivants :

- La différence entre la situation en *Andalousie* du fait qu'il n'y a eu que l'Ecole mâlikite et l'Orient où dominent plusieurs Ecoles. De là découlait une différence dans le rapport entre les Oulémas et le pouvoir politique dans les deux entités. Quelles sont les retombées sur l'organisation judiciaire ?
- Les survivances de la période andalouse dans l'organisation judiciaire actuelle de l'Espagne.
- Quels sont les éléments historiques et les mécanismes qui nous permettent de comprendre le passage d'une justice par la force à une justice de droit dans la période préislamique ? Nous n'avons qu'effleuré le sujet, il reste à apporter d'autres contributions.
- Comment s'est amorcée la disparition progressive de certaines juridictions extrajudiciaires, telles que la juridiction du *qâdi al-miyâh*, magistrat chargé des litiges relatifs aux eaux ? et comment s'opère actuellement la naissance des juridictions extrajudiciaires d'inspiration double, à la fois occidentale sous des appellations anciennes ?
- Quelles sont les retombées de la période coloniale sur l'organisation judiciaire dans le monde musulman ?

Nous espérons que nous avons déposé quelques petites pierres qui jalonnent le processus de l'organisation judiciaire musulmane et avoir dépoussiéré quelques sources avec un simple geste de changement d'angle

qui pour nous a changé à son tour notre perspective sur l'ensemble de l'Histoire du monde musulman.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE.

Sources de langue arabe.

Abbâr (Ibn), *al-Mu‘ğam fî ashâb al-Qâdî al-Şadañî*, éd. Codéra.

Al-Añîr (Ibn), *Annales du Maghreb et d’Espagne*, trad., et ann., Fagnan.

Al-Fardî (Ibn), *Târiḥ ‘ulamâ’ al-Andalus*, éd. Codera. Sans date.

Al-Farra (Ibn), *al-Aḥkâm al-sulṭaniyya*, Imprimerie Ḥalabî, Le Caire, 1938.

Başkuwwal (Ibn), *Kitâb al-Şila fî târiḥ a’immat al-Andalus*, éd. Codera.

Battûta (Ibn), *Tuḥfat al-nuzẓâr fî ġarâ’ib al-amşâr*, Imprimerie Wâd al-Nîl, le Caire.

Buḥârî (al), *Les traditions islamiques islamiques*, 4 vol., Paris, 1903-1914, trad. A. Houdas et W. Marçais.

Durayd (Ibn), *Kitâb al-iştiqâq*, éd. Wüstenfeld.

Farḥûn (Ibn), *Tabşirat al-ḥukkam*, Le Caire, 1301 de l’H.

Ġazâlî (al), *Ihyâ’ ‘ulûm al-dîn*, Dâr al-Kutub al-‘Ilmiyya, Beyrouth, ss., date.

Ġazâlî (al), *L’Obligation d’ordonner le bien et d’interdire le mal*, Livre, XIX- Vol. II, de l’Ihyâ’ ‘Ulûm al-dîn, traduction Léon Bercher, Imprimerie N. Bascone et S. Muscat, Tunis, 1961.

Ḥaldûn (Ibn), *al-Muqaddima*, Dâr al-Ġîl, Beyrouth.

Ḥallikân (Ibn), *wafâyat al-A ‘yân*, Imprimerie Bulâq.

Ḥaraşî (al), *Commentaire du Muḥtaşar de Ḥalîl*, avec glossaire d’al-‘Adawî. Le Caire, 1317 H.

Harûn ‘Abd al-Salam, *Tahdîb sîrat Ibn Hişâm*, Dâr al-Buḥût al-‘Ilmiyya, Koweit, 5 Edi. 1406/1986.

Hazm (Ibn), *Mağmû‘at rasâ‘il fî usûl al-tafsîr wa usûl al-fiqh*, Imprimerie al-Fayhâ’, Damas, 1331/1912.

Ibn ‘Abdûn, *Traité de Ibn ‘Abdûn*; éd. et publié par Lévi-Provençal in *Journal asiatique*, 1934.

Ibn ‘Abidîn, *Radd al-muhtâr, dit ḥâšiyat Ibn ‘Abidîn*.

Ibn ‘Idârî al-Murrakušî, *Kitâb al-bayân al-muğrib*, nouvelle édition publiée d’après l’édition de 1848-1851 de R. Dozy, t. I, Colin et Lévi-Provençal, Leiden, E.J.Brill, 1948.

Ibn al-Qayyim al-Ġûziyya, *al-Turuq al-ḥukmiyya fî al-siyâssa al-šar‘iyya*, Le Caire, 1317 de l’hégire.

Ibn Kaṭîr, *Tafsîr al-qurân al-‘aẓîm*, Dâr al-Kutub al-‘Ilmiyya, Beyrouth, 1420/1990.

Ibn Qudâmâ al-Maqdisî, *al-Muğnî ‘alâ muḥtasar al-Ḥirâkî*, Manâr, 1367 de l’H. 9 vol.

Lévi-Provençal, *Documents arabes inédits sur la vie sociale et économique en Occident musulman au moyen âge, trois traités hispaniques de ḥisba*, texte arabe, Le Caire, Imprimerie de l’Institut français d’Archéologie Orientale, 1955.

Mawardî (al), *al-Aḥkâm al-sulṭâniyya wa al-willâyât al-diniyya*, al-Maktab al-Islâmî, Beyrouth, 1416/1996.

Nuwayrî (al) *nihâyat al-‘arb fî funûn al-‘adab*, éd. Dâr al-Kutub al-Miṣriyya.

Sa‘d (Ibn), *Kitâb al-tabaqât al-Kabîr*, ed. Sachau.

Šâfi‘î (al), *Kitâb al-Umm*, Dâr al-Fikr lî al-Ṭibâ‘a, 1410, 1990.

Sarahsî (al), *al-Mabšûṭ*, Imprimerie al-Sa‘âda, Le Caire, 1331 H. 10 vol.

Sâbi‘ (al), *kitâb al-wuzarâ‘*, éd. Amedroz.

Suyûṭî (al), *târiḥ al-ḥulafâ‘*, Imprimerie al-Muḥammadiyya, 1305/1887.

Tabarî (al), *târiḥ al-rusul wa al-mulûk*, éd. De Goeje.

Wâqidî (al), *Kitâb Futûḥ al-šâm*.

Ya‘qûbî (al), *târiḥ*, ed. Houtsma.

Yûsuf (Abû), *Kitâb al-Ḥarâğ*, Imprimerie Salafiyya, le Caire. 1346/1927.

Ouvrages de langue arabe.

Abû Tâlib Hâmid Muḥammad, *al-Tanzîm al-qaḍâ’î al-islâmî*, Maṭba‘at al-Sa‘âda, le Caire, 1402/1982.

Al-Bağî Maḥmûd, *Muṭul ‘ulyâ min quḍât al-Islâm*, présenté et corrigé par Muḥammad al-Wîṣî, al-Yamâma, Damas, 1418/1998.

Al-Kandhouli Muḥammad Yûsuf, *Ḥayât al-saḥâba*, t. III, Dâr al-Ma‘rifâ, Beyrouth, ss., date.

al-Munağğid Salah al-Dîn, *Le concept de justice sociale en Islam*, Editions Publisud, Paris, 1982.

Bencheikh Jame Eddine et Miquel André, *D’Arabie et d’Islam*, Editions Odile Jacob, Paris, 1992.

Bercher Léon, *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, Tunis, 1926.

Berque Jacques, *Le Coran, Essai de traduction*, édition revue et corrigée, Albin Michel, Paris, 1995.

Burlot Jean, *La civilisation islamique*, Hachette, Paris, 1990.

Caratini Roger, *Le Génie de l’Islamisme*, Michel Lafon, 1992.

Chelhod Joseph, *Les sacrifices chez les Arabes*, Presses universitaires de France, Paris, 1955.

De Monfred Henry, *Les derniers jours de l’Arabie Heureuse*, Gallimard, Paris, 1935.

Diehl et Marçais Georges, *Histoire du Moyen Age*, le monde orientale de 395 à 1081, Les Presses Universitaires de France, Paris, 1936.

Dozy, *Essai sur l’histoire de l’islamisme*, trad, Chauvin, Paris, 1879.

Encyclopaedia Universalis, S. A., Paris, 1976.

Encyclopédie de l'Islam, 2^{ème} éditions, J. Brill,

Fahd Taoufik, *Le Panthéon de l'Arabie centrale à la veille de l'Hégire*, Librairie Orientaliste Paul Geuthner, Paris, 1968.

Fahd Toufik, *Etudes d'Histoire et civilisation arabes et islamiques*, Les Editions ISIS, Istanbul, 2001.

Fahd Toufik, *L'Arabie préislamique et son environnement historique et culturel*, Actes du colloque de Strasbourg 24-27 Juin, 1987, édité par Fahd Toufik, 1989.

Ġabbour 'abd al-Nour et Suhayl Idrîs, *al-Manhal*, Dâr al-'Ilm li al-malâyyîn, Dâr al-Adab, Beyrouth, 1986.

Gardet Louis, *La Cité musulmane*, Paris, 1961.

Gaudefroy-Demombyns, Maurice, *Les institutions musulmanes*, Flammarion, Paris, 1953.

Gaudefroy-Demombyns, Maurice, *Mahomet*, Albin Michel, 1957 et 1969.

Gaudfroy-Demombynes et Platonov, *Le Monde musulman et bysantin jusqu'aux croisades*, Paris, 1931.

Goldziher, *Le dogme et la loi de l'Islam*, Paris, 1920.

Haldûn (Ibn), *Les Prolégomènes*, traduit en français et commentés par De Slane, Librairie Orientale Paul Guethener, Paris, 1934.

Haldûn (Ibn), *Muqaddima*, trad., et présenté et annoté par Vincent Monteil, Sinbad, Beyrouth, 1967-1968.

Hallaf 'Abd al-Wahhab, *Ilm uşûl al-fiqh*, Le Caire, 1376/1956.

Hişâm (Ibn), *La Biographie du Prophète, Mahomet*, texte traduit et annoté par Atallah Wahîb, Paris, 2003.

Hitti Philip, *Précis d'histoire des Arabes*, traduction de Maurice Planiol, Payot, Paris, 1950.

- Huart Claude**, *Histoire des Arabes*, Librairie Paul Geuthener, Paris, 1913.
- Ḥammâdî Idrîs**, *al-Ḥitâb al-šar‘î*, Al-Markaz al-Taqâfi al-‘Arabî, Casablanca, 1994.
- Khoury Raïf Georges**, *Les légendes prophétiques dans l’Islam, depuis le Ier siècle jusqu’au IIIe siècle de l’Hégire*, OTTO HARRASSOWITZ-WIESBADEN, 1978.
- Lammens Henri**, *L’Arabie Occidentale avant l’Hégire*, Imprimerie Catholique, 1928.
- Lammens Henri**, *L’Islam, Croyances et Institutions*, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1926.
- Lammens, Henri**, *L’Islam*, Editions du Triendent, Paris, 1993.
- Laoust Henri**, *Les Gouverneurs de Damas sous les Mamlûks et les premiers Ottomans*, Institut Français de Damas, Damas, 1952.
- Laroui Abdallah**, *L’idéologie Arabe contemporaine*, François maspero, Paris, 1977.
- Laroui Abdellah**, *Islam et histoire*, Albin Michel, Paris, 1999.
- Lévi-Provençal**, *Histoire de l’Espagne musulmane*, t. III, Paris, 1953.
- Linant De Bellefonds**, *Traité de droit musulman comparé*, Paris-La Haye, 1955.
- Maḥmûd Maḥdî al-Istanbûlî**, *Ibn Taymiyya batal al-islâh al-dînî*, 2 éd., Dâr al-‘Arabiyya li al-Tibbâ‘a wa al-Našr, Beyrouth, 1398/1988.
- Milliot Louis**, *Introduction à l’étude du droit musulman*, Recueil Sirey, Paris, 1953.
- Muḥammad Fu’ad ‘Abd al-Bâqî**, *al-Mu‘ğam al-mufahras li alfâd al-Qur’ân al-Karîm*, Dâr al-Hadîṭ, le Caire, 1417/1996.
- Muḥammad Ḥamîdullah**, *Traduction du Saint Coran*, Paris, 1959.
- Muḥammad ‘Abd al-Raḥîm**, *Quḍât ‘âdilûn fî dilli al-Islâm*, al-Yamâma, Damas, 1409, 1989.

Nöldeke T. *Orientalische skizzen*, Berlin, 1892.

Ouvrages de langue française.

Rašid Rida, *al-ḥilâfa aw al-imâma al-‘uzma*, Le Califat ou Grand Imamât, Le Caire, 1992.

Schacht Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, trad., par aul Kempf et 3abd al-Mağîd Turkî, Paris, 1983.

Sourdel Dominique et Janine, *La civilisation de l’Islam classique*, Artaud, Paris, 1968.

Tyan Emile, *l’Histoire de l’organisation judiciaire en pays d’Islam*, B.J. BRILL, Leiden, 1960.

Tyan Emile, *Le Notariat et le régime de la preuve par écrit, dans la pratique du droit musulman*, 2^{ème} édition, sans date.

Tyan Emile, *Le système de responsabilité délictuelle, en droit musulman*, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1926.

Tabarî, (al), *De la Création à David*, Sindbad, Paris, 1984.

Van Den Berg, *Principes de droit musulman selon les rites d’Abû Ḥanîfa et de Sâfi ‘î*, Batavia, 1883. Trad., de France de Tersant, 1894-1895.

Watt Williams Montgomery, *Mahomet à la Meque*, Payot, Paris, 1958.

Watt Williams Montgomery, *Mahomet à Médine*, Payot, Paris, 1959.

Watt Williams Montgomery, *Mahomet*, Payot, Paris, 1962.

Zeghidour Slimane, *La vie quotidienne à la Mecque de Mahomet à nos jours*, Hachette, Paris, 1989.

Lichtenstäter, *Women in the Aiyam al Arab*, Londres, 1939

Cheikho Louis, *Les poétesses arabes*, Beyrouth, 1897.

Revue, magazines et collections.

- **Charles Raymond**, *Le droit musulman*, Que sais-je, Presses

Universitaires de France, 6^édi. Paris, 1982.

- *Les Mardis de Dâr al-Salam*, sommaire MCMLIII, Librairie Philosophique, Paris, 1956.

- *Mağallat al-mulḥaq al-qadâ'î*, Institut nationale des études judiciaires, numéro 12-13, avril, Imprimerie al-Ummiyya, Rabat, 1984.

- REMALD, *L'institution de diwân al-mazâlim*, Editions Maghrébines, Casablanca, 2002.

- **Soyer jean Claude**, *Manuel de droit pénale et procédure pénale*, 7^e Edi., LG.D.J, Paris, 1987.

- **Weil Alex**, *Droit Civil*, 3^ème édit., Dalloz, Paris, 1973.

INDEX GENERAL.

‘Abd al-Karīm, 177
‘Abd al-Mālik ‘Ibn Marwān, 284
‘Abd al-Muṭṭalib, 293
‘Abd al-Qays, 244
‘Alī ‘Abd al-Rāziq, 123, 124
‘Āli, 159, 284, 293
‘Abd al-Muṭṭalib, 80, 87
‘Alī ‘Abd al-Rāziq, 124
‘Alī, 110, 145, 147
‘Alqama, 97
‘Alqama, 97
‘Āmir, 87
‘Āmir, 287
‘Īssā ‘Ibn al-Munkadir, 177
‘Īssā Ibn al-Munkadir, 177
‘Umar Ibn ‘Abd al-‘Azīz, 173
‘Utmān, 65, 284
‘Utmān, 157

A

Abraham, 103, 104, 106, 119
Abū ‘Ubayd, 172, 183
Abū al-Fidā’, 359, 362
Abū Bakr, 108, 110, 124, 140, 152, 284, 315, 317
Abū Bakr, 108, 124, 152, 315, 317
Abū Futrus, 165
Abū Ḥanīfa, 195
Abū Sufyān, 108, 156
Abū Sugā’, 107
Abū Ṭālib, 87
Abū Ya3lā al-Farrā’, 238
Abū Yūsuf, 173, 178, 255, 262
Abū Yūsuf, 173, 255
Afrique du Nord, 163, 165
Akṭam Ibn Šayfi, 87
Al- Nuwayrī, 217
al-‘Ās, 87
al-Buhārī, 18
Al-Buhārī, 18, 19, 20, 128, 316
Al-Buhārī, 19, 20, 128
Alepp, 171
Alexandrie, 102, 185
Alger, 161, 167
Algérie, 168
Al-Hamadānī, 8, 124, 152, 317
Al-Kindī, 183, 187, 330
Al-Kindī, 187, 330
Al-Ma’ mūn, 246
Al-Makkarī, 173, 255
Al-Maqrizī, 239, 314, 336, 346
Al-Mas3ūdī, 70
Al-Mawardī, 19, 53, 151, 187, 191, 192, 195, 198, 199, 200, 201, 220, 232, 238, 241, 242, 245, 251, 258, 266, 273, 295, 299, 328, 339, 348, 351
Al-Muhtadī, 246

Al-Nuwayrī, 30, 211, 238
Al-Nuwayrī, 30, 238
Al-Qalqašandī, 30, 238
Al-Qalqašandī, 281, 282, 313
Al-Qaraḫī, 106
Al-Šāfi’i, 144
Al-Šafi3ī, 220
al-Sarah3ī, 213
Al-Sarah3ī, 139
Al-Šayrazī, 190
Al-Šuyūtī, 170, 321
Andalousie, 165, 177, 180, 181, 355
Andalus, 177, 180, 181, 238, 355
André Miquel, 139, 170
Antioche, 169
Aqra’ Ibn Ḥābis, 87
Aragon, 166
Awhad al-Dīn, 35, 106, 117, 123, 359
Aybek, 346

B

Bakkar Ibn Qutayba, 176
Bakkar Ibn Qutayba, 176, 182
Barqûq, 257, 274
Baybar, 169, 274
Bilāl ‘Ibn ‘Abī Burda, 65, 87
Bilāl Ibn Abī Burda, 172
Buhārī, 18, 19, 20, 35, 128, 357
Buqrāt, 246

C

Constantine, 167

D

Damas, 6, 11, 12, 158, 159, 160, 161, 164, 165, 168, 169, 170, 171, 172, 176, 178, 181, 183, 184, 186, 196, 204, 262, 315, 321, 323, 325, 335, 358, 359, 361, 362
De Slane, 301, 361
Dominique et Janine Sourdel, 105
Dozy, 18, 19, 20, 35, 128, 301, 358, 360

E

Egypte, 102, 124, 144, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 176, 177, 181, 183, 184, 190, 204, 217, 252, 262, 265, 274, 278, 279, 286, 304, 319, 335, 336
Emile Tyan, 19, 51, 54, 56, 59, 60, 61, 66, 71, 72, 73, 77, 81, 83, 84, 89, 91, 92, 97, 136, 139, 140, 142, 154, 155, 173, 176, 177, 178, 179, 180, 183, 187, 188, 193, 196, 200, 201, 204, 207, 208, 211, 212, 214, 215, 216, 240, 241, 243, 254, 259, 260, 261, 268, 272, 273, 278, 279, 280, 281, 283, 284, 286, 289, 290, 291, 294, 301, 302, 304, 305, 314, 315, 316, 318, 321, 322, 323, 325, 327, 328, 329, 335, 336, 342, 343, 346, 347, 348, 350, 351

F

Fagnan, 9, 173, 200, 251, 302, 357
Fès, 6, 161
Firdûsi, 164

G

Gaudefroy-Demombynes, 63, 106, 301
Ġawhar, 168
Ġawt 'Ibn Sulaymân, 279
Gaylân Ibn Salamâ, 87
Gaza, 18, 185
Ġazâlî, 332, 357
Ġazna, 164
Goldziher, 76, 360
Goldziher., 76, 360
Grenade, 6, 161, 166, 167, 180

H

Hadiġa, 108
Hârûn al-Rašîd, 176, 178
Henri Laoust, 124
Hims, 161
Hippocrate, 344
Hišâm II, 166
Hurasân, 161, 164
Hâġib Ibn Zurârâ., 87

I

Ibn Abî al-Šawârib, 196
Ibn Ubayy., 127
Ibn Abbâr, 300, 303
Ibn al-'Awwâm., 217, 244
Ibn al-Furât., 252, 259, 274
Ibn al-Atîr, 164
Ibn Baskuwwal, 317, 329, 335
Ibn Durayd., 77
Ibn Farhûn., 334
Ibn Haldûn, 6, 45, 120, 154, 171, 190, 206, 209, 210, 239, 246, 250, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 292, 293, 299, 301, 302, 303, 314, 321, 322, 323, 324, 328, 335, 337, 341, 342, 347, 350
Ibn Hallikân, 170, 176
Ibn Hallikân., 170
Ibn Hišâm, 80, 117, 120, 128, 129, 177, 358
Ibn Hišâm., 358
Ibn Hišâm., 117, 358
Ibn Katîr, 28, 29, 30, 107, 112
Ibn Katîr., 128, 129, 131, 143, 226, 358
Ibn Taymiyya, 187, 330
Ibn Tuġġ, 184
Ibn Ubayy., 116
Ibn Wâ'il, 87
Irak, 144, 158, 159, 162, 176, 299
Isabelle de Castille, 166
Istanbul, 171, 256, 346

J

Jacques Berque, 106, 331
Jatrippa, 111
Jorgen, 253, 256, 273

Joseph Chelhod, 29, 66
Joseph Chelhod., 29, 30, 66, 68, 96
Joseph Schacht, 9, 130, 157, 173, 178, 197, 200, 237, 251, 256, 258
Joseph Schacht., 9, 173, 200, 251

K

Kâfûr, 274
Kairouan, 161, 167
Krach des Chevaliers, 169
Kûfa, 158, 176
Kunbar, 284

L

La Mecque, 10, 13, 28, 56, 76, 100, 103, 104, 106, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 151, 156, 158, 159, 171, 174, 353, 363
Lammens, 59, 60, 68, 69, 71, 72, 77, 78, 79, 80, 83, 84, 88, 104, 361
Le Caire, 87, 124, 166, 171, 211, 216, 248, 304, 329, 344, 357, 358, 359, 361
Léon Bercher, 135, 141, 308
Lévi-Provençal, 358, 361
Lévi-Provençal., 358, 361
Liban, 23, 26, 56, 85, 102, 104, 112, 156, 158, 163, 168, 169, 171, 182, 252, 286
Louis Milliot, 49, 207, 218
Louis Milliot., 49, 218, 362

M

Maghreb, 6, 18, 161, 165, 166, 181, 319, 335, 357
Maghreb Central, 166
Maqrizî, 169, 170, 239, 245, 252, 255, 265, 286, 290, 291, 314, 336, 341, 342, 346
Margoliouth, 154
Maroc, 161, 276, 287
Mawardî, 151, 191, 197, 198, 199, 200, 201, 205, 238, 242, 246, 254, 260, 263, 264, 265, 269, 270, 284, 291, 295, 297, 298, 299, 302, 308, 310, 312, 326, 328, 349, 358
Médine, 28, 56, 76, 100, 103, 104, 106, 108, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 127, 128, 129, 132, 151, 156, 159, 174, 353, 363
Minâ, 103, 108, 111, 117, 121
Mišr, 358
Montgomery Watt, 100
Moyen Orient, 75, 171, 256, 346, 360
Mu'âwiyya, 108
Mu'âwiyya, 51, 156, 180, 284
Mun 'âwiyya., 181
Mubarrad, 154
Mubarrad., 154
Mudar., 41
Muhammad, 105, 106
Muhammad., 106, 117, 359
Muhammad, 18, 84, 87, 103, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 114, 118, 119, 120, 121, 123, 124, 126, 127, 129, 131, 156, 183, 184, 353, 359, 362

N

Négus., 107
Nicholson, 66
Nöldeke, 113, 362
Nuwayrî, 30, 170, 211, 212, 217, 238, 255,
358

P

Palestine, 111, 165, 183
Paul d'Eugène, 345
Philip Hitti, 66
Planov, 253, 256, 273
Portugal, 166
Ptolémée, 102, 103, 111

Q

Qalawûn, 171, 274, 290
Qalawûn., 171, 290
Qayrawân, 168, 274, 285
Qays 'Ibn Sa3d, 316
Qays., 36, 244
Qinišrîn, 183
Qurayš., 32, 34, 53, 242, 243
Qurayš., 65, 87
Qûs, 18, 185

R

Rabî'a Ibn Hidâ', 87
Rabî'a Ibn Muḥâšin, 87
Richard Bell, 114
Roger Caratini, 29, 30, 107, 109
Roger Caratini., 29, 30, 107
Rosenthal, 154
Rosenthal., 154

S

Salmâ Ibn Nawfal, 87
Samarra, 56, 112, 115, 158, 182, 322
Samra bint Gandab, 244
Santillana, 154
Santillana., 154
Sarahsî., 20, 139, 142
Sélim I, 108, 156
Séville, 166, 216, 304
Syrie, 56, 85, 102, 104, 112, 156, 158, 163,
168, 169, 171, 182, 252, 286

T

Tage, 166
Tahert, 161
Tamerlan, 6, 171
Tayfûr, 190, 335
Tayfûr., 190
Tolède, 166, 177
Transoxiane, 105, 161
Tumayl., 196
Tunisie, 161, 168, 276, 287

V

Van Den Berg, 318, 363
Volubilis, 161

Y

Ya'mur Ibn al-Şudâh, 87
Ya'qûbî, 86
Ya'qûbî, 176, 325, 359
Yahyâ Ibn 'Umar, 33
Yarfa', 284
Yatrib, 103, 108, 111, 117, 121
Yémen, 103, 104, 151

Cette étude procède à l'examen de l'histoire et de l'évolution de l'organisation judiciaire musulmane. Elle insiste sur la dynamique interne des sociétés musulmane et l'impact de leurs diverses mutations sur la structure et le déploiement de cette organisation. Elle relève la complexité des mécanismes et souligne la dialectique : justice et pouvoir.

Pour ce faire, elle balise le terrain et l'environnement de l'Arabie préislamique tout en montrant son poids sur cette organisation. Mais elle pointe surtout la rupture. Comme elle évoque son évolution de la période abbasside jusqu'au morcellement de l'Empire musulman. Et elle offre une large place à l'examen des juridictions extraordinaires.

Mots-clés.

Le *ta'r*, ou vengeance privée, *al-diyya*, composition légale, *al-ḥakam*, arbitre, *al-qīṣāṣ*, talion, *al-'afw*, pardon, *al-qaḍā'*, la judicature, *al-qāḍī*, le magistrat judiciaire, *al-ṣarī'a*, la loi religieuse, *al-fiqh*, la jurisprudence, *al-'umma*, la communauté des musulman, *Sunna*, faits et gestes du Prophète, *al-bayyina*, la preuve, *al-'iqrār*, l'aveu, *'adūl*, les témoins des juges ou notaire, *fatwa*, consultations juridiques, *al-mazālim*, tribunal du redressement des torts, *al-ṣurṭa*, la police, *qāḍī al-'askar*, le juge du corps de l'armée, *al-ḥāḡib*, le chambellan, *al-muḥtasib*, inspecteur des mœurs.

