

DE L'EVOLUTION DU DROIT PENAL DANS LES PAYS ARABES

Dr. ALY RACHED

*Professeur et Chef de la section de Droit Criminel
Université Ein Chams au Caire*

AVANT-PROPOS

I — OBJET ET OPPORTUNITE DE L'ETUDE

Il est à peine besoin de rappeler que la «Chariaa», ou législation musulmane, régissait pendant le Moyen-Age islamique — dans tous les domaines, y compris celui du droit pénal — la totalité de la communauté arabe, s'étendant du Golfe Arabe jusqu'à l'Océan Atlantique, sans compter la presqu'île ibérique, que l'Etat Ottoman acheva d'engloutir dans son Empire colossal. Ceci de même que le Droit romain était — à la même époque — à la base des législations européennes en général. Cependant, on ne manque pas de constater que la majorité écrasante des pays arabes ont fini par adopter une législation pénale tirée, directement ou indirectement, du Code Pénal napoléon, remanié en 1832. Les raisons qui ont amené les dits pays à se départir des prescriptions de la «Chariaa» — qui néanmoins continue pour eux à tenir lieu de droit commun —, furent, d'une part, l'abandon graduel, depuis des siècles, des prescriptions pénales islamiques, et l'option définitive, accomplie depuis plus d'un siècle, des principes de la législation pénale française, par l'Etat Ottoman, et, d'autre part, le démembrement de la communauté arabe — dont la «Chariaa» constituait l'un des fondements de son unité et l'une des particularités caractéristiques de sa civilisation — en Etats et pays indépendants l'un de l'autre mais néanmoins soumis, d'une manière ou d'une autre, à l'influence des Etats colonialistes occidentaux. Par ailleurs, il est à remarquer que la législation pénale d'origine européenne n'a rencontré aucune résistance sérieuse dans les pays arabes qui l'ont adoptée et qui s'y sont même promptement habitués, si bien que l'appel pour une reversion de ces

pays aux prescriptions des peines «houdouds», à part celles du «kissas» ou talion et de la «diah» (ou composition), apparaît plutôt de portée purement sentimentale.

Cela ne veut pas dire que l'on dénie à la législation pénale islamique sa compatibilité avec les sociétés arabes contemporaines. C'est ainsi qu'à l'exception des peines dites «houdouds» de la «Chariaa», — ainsi que la pratique du «kissas» ou talion bien entendu —, nous verrons que la législation pénale moderne ne diffère presque en rien du secteur pénal du droit musulman, soit quant aux normes et principes majeurs, ou quant aux délits et peines que le système islamique du «Taazir» peut embrasser sous toutes les formes connues par le droit pénal classique, voire les formes recommandées par le «droit criminel social» qui — pour notre part — représente la dernière étape dans l'évolution du droit pénal en général et qui n'est, en fin de compte, qu'une conception réaliste du droit criminel contemporain, inspirée par le mouvement de «défense sociale» dont le précurseur incontesté est l'éminent professeur Filippo Gramatica. Et c'est en vue de faire ressortir cette vérité que nous nous sommes attachés à esquisser l'évolution du droit pénal des pays arabes, à partir de la législation musulmane. Cette étude nous aidera, par ailleurs, à fournir une explication rationaliste de la non reversion des peines «houdouds» de la «Chariaa» — sans parler du «kissas» et de la «Diah» qui s'y rattachent — et, d'une façon générale, d'esquisser les perspectives de la législation pénale musulmane dans nos pays arabes, ce qui vaudra une réponse à la question épineuse et d'actualité posée à ce sujet.⁽¹⁾

II — PLAN DE L'ETUDE

En fait, l'évolution du droit pénal des pays arabes n'a connu que deux étapes décisives. La première, celle de l'application des prescriptions de la «Chariaa», occupe évidemment la phase la plus longue de l'histoire des sociétés arabes, et reste

(1) Voir notre article intitulé « Lumières sur le projet du Code Criminel social » (Revue l'Egypte Contemporaine, Avril 1968).

même toujours en vigueur dans un petit nombre d'entre elles. La seconde étape, celle de l'application de la législation d'appartenance européenne, ne débute franchement qu'avec la deuxième moitié du siècle écoulé. Nous sommes ainsi amenés à aborder successivement le droit pénal musulman dans son acception originelle, et l'introduction du droit pénal d'appartenance européenne dans les pays arabes. Il est naturel, enfin, que notre étude soit couronnée par une esquisse sur les perspectives de la législation pénale musulmane dans les dits pays.

Ainsi, notre étude comprendra trois chapitres, dont le premier sera consacré à l'exposé sommaire du droit pénal musulman. Dans le second chapitre, nous passerons en revue — dans un ordre à la fois géographique et chronologique — les divers pays arabes qui ont adopté la législation pénale d'appartenance européenne. Dans le dernier chapitre enfin, il s'agit de hasarder notre opinion sur l'avenir de la législation pénale islamique dans nos pays arabes en général; ce qui fera ressortir, d'une part, les raisons pour lesquelles l'idée d'un retour au système des «houdouds» — sans parler du «kissas» ou de la «diah» — dans la plupart de ces pays, est absolument chimérique; et montrera, d'autre part, le profit que les dits pays pourraient tirer du «taazir» islamique, en tant que système judiciaire, lorsqu'il s'agira de projeter une revision foncière et rationnelle de leurs législations criminelles, dans le cadre d'une conception sociale du droit criminel. Par ailleurs, nous tâcherons, dans une brève introduction, de donner une idée succincte du système pénal qui existait avant la naissance de l'Etat Arabe Musulman, c'est-à-dire durant l'époque pré-islamique dite «Gahiliah», étant donné l'intérêt que ceci représente pour l'étude historique et philosophique que nous entreprenons.

* * *

INTRODUCTION

LE SYSTEME PENAL DE LA PERIODE PRE-ISLAMIQUE

Il est hors de doute que le système pénal de la période dite «Gahiliah» est une illustration parfaite de l'étape primaire, dans l'histoire du droit pénal, à laquelle on a coutume de donner pour titre «la justice pénale privée». Il s'agit, en effet, de la

vengeance privée, domptée et réglementée par des systèmes tendant à en atténuer la rigueur, en tête desquels ceux du talion dit «Kissas», et de la composition dite «Diah». Il y a lieu même de croire que la période arabe pré-islamique a été le modèle de société qui inspira aux criminalistes, s'occupant de l'histoire du droit et de la sociologie criminelle, cette image qu'ils ont donnée du système de la peine privée. Cette période fournit en effet l'exemple le plus frappant de la société tribale, qui n'admet que la vengeance — et les institutions qu'elle engendre — pour les infractions contre les personnes, notamment le meurtre et les blessures avec toutes les conséquences qu'elles peuvent comporter. La preuve en est que si nous rencontrons toujours en vigueur ces systèmes ou d'autres similaires, nous ne leur trouverons pas d'autre champ social que les sociétés tribales dont la structure n'est pas très différente de certains aspects de la période pré-islamique. C'est que le système tribal est l'opposé du système étatique, où prend naissance la notion «d'infraction publique» de même que son pendant «la peine publique». Ce qui signifie que la peine, en tant que droit privé, est le summum qu'ait jamais atteint la «Gahilia» dans ses phases les plus reculées.

La «Gahilia» connut cependant, à sa dernière phase, les seigneuries et royaumes, en d'autres termes le système de l'Etat; elle connut par conséquent les infractions et peines publiques. La peine capitale qui était à la tête de ces dernières, épousait diverses formes d'exécution — dont la lapidation et le lancement de l'inculpé du haut d'un rocher — d'après le genre d'infraction, s'agissant d'adultère, de trahison ou de quelques forfaits semblables. L'enterrement à vif, quoique n'étant pas une peine mais une mesure préventive à l'égard des nouveaux-nés de sexe féminin afin de prévenir l'opprobre, était de même une pratique courante. On y pratiqua aussi l'ablation de la main en tant que peine publique pour le vol. Il va sans dire que cette phase de la période pré-islamique eut recours couramment au talion et à la «Diah». Cependant le talion ne signifiait pas la stricte similitude entre l'infraction et la peine au cas où la tribu de la victime était de condition supérieure à celle de l'agresseur. Dans ce cas on exigeait en effet le sang d'un homme libre pour celui de l'esclave, le sang de deux hommes libres pour celui d'un seul, le sang d'un homme pour celui d'une fem-

me. Dans le même ordre d'idées, le montant de la «diah» variait suivant la condition de la victime.

En fait, l'Islam a maintenu la totalité de ces peines après les avoir raffinées et réglementées. Ainsi, il imposa la talion rigoureux et la «Diah» à montant fixe, et subordonna la lapidation et l'ablation de la main à des conditions telles, que le recours à ces peines devint rare. Mais, bien entendu, il y ajouta d'autre part des cas d'incrimination ainsi que des peines tendant à assurer la sauvegarde de la religion et de la société islamiques, ce qui représente le côté spirituel — pour ainsi dire — de la législation pénale musulmane. Quant au côté temporel ne rentrant pas dans le domaine du talion ou de la composition — il fut assuré par le système du «Taazir».

CHAPITRE 1

LE DROIT PENAL MUSULMAN

Les sources de la législation pénale islamique se limitent au «Coran», et à la «Sunna» c'est-à-dire la tradition établie par le Prophète; quoique le système du «Taazir» — qui confie au «hakem» ou Magistrat la charge d'incriminer et de punir tous les forfaits qui ne sont pas du domaine des «Houdouds» ni celui du «Kissas» et de la «Diah», comme nous l'expliquerons plus tard — se prête à l'interprétation des jurisconsultes dite «Igtihad», laquelle représente dans les sources de la législation musulmane le facteur positif innovateur, aidant à son évolution et développement à travers les âges, afin qu'elle devienne, selon la volonté du Seigneur, valable pour tous temps et lieux. Quant aux prescriptions pénales mêmes de la «Chariaa», elles ne sont pas, certes, nombreuses, mais sont néanmoins d'une clarté tranchante, et fournissent les éléments d'une théorie complète de la responsabilité pénale, ayant toutes ses assises philosophiques. Ainsi nous avons jugé opportun de commencer par faire un exposé succinct des prescriptions pénales islamiques, afin de nous permettre de déduire une théorie d'ensemble du droit pénal musulman.

SECTION I

DES DELITS ET DES PEINES SELON LA CHARIAA

Classification tripartite.

La législation pénale islamique est fondée sur une division tripartite tant des infractions que des peines, où l'on prit soin — considération prise des droits qui naissent des actes incriminés — de distinguer d'une part entre les droits du Seigneur et ceux de l'individu et d'autre part entre l'ensemble de ces droits et ceux de la société. Ainsi, il y a des infractions où le droit de punir appartient au Seigneur soit exclusivement ou de façon prépondérante; et il s'agit là des peines dites « houdouds ». Il y a d'autres infractions, au contraire, dont le préjudice immédiat se limite aux seuls individus; portant atteinte à leur vie ou à leur corps. Partant, la repression de ces infractions relève—suivant les cas — entièrement ou dans une grande mesure, des individus lésés. Ce sont là les infractions du talion dit « Kissas » et ceux de la composition dite « Diah ». Il y a enfin des infractions qui n'ont originairement aucun lien ni avec les droits du Seigneur ou ceux des individus, mais qui constituent une violation des valeurs sociales communément admises, ou une atteinte aux diverses institutions sociales qui varient suivant les lieux et les époques. Ce sont les infractions du « Taazir ».

§ I — *Les crimes « houdouds »*

On désigne par « houdouds » — dont le singulier est un « had » — les peines qui sont la part du Seigneur pour les crimes présentant un grave danger pour la société islamique. C'est pourquoi elles sont fixées à l'avance par le législateur, ne laissant au « Magistrat », dit « Hakem », d'autre initiative que celle de les infliger telles quelles au coupable sans autre augmentation ou diminution, de même qu'elles ne sont susceptibles d'aucune remise, puisque les individus n'y possèdent aucun droit. Dans le même ordre d'idées, les infractions qui entraînent ces peines, et qu'on appelle pour cette raison les infractions « houdouds », sont restrictivement limitées en nombre par un texte coranique ou par la Sunna incontestée, soit la tradition établie par le Pro-

phète. Ces particularités distinctives des « houdouds » proviennent en fait de leur caractère incontestablement religieux, en ce sens que le Très Haut a institué les peines « houdouds » ainsi délimitées et déterminées, faisant d'elles un droit qui Lui est propre, non susceptible de remise ou de pardon, et ce en raison de l'intérêt qu'elles présentent dans la sauvegarde de la société qui a choisi l'Islam pour religion.

Les crimes « houdouds » sont à titre limitatif : le vol, le banditisme de grand chemin ou pillage, l'adultère, la diffamation de la femme mariée, l'usage des boissons alcooliques. Il faut y ajouter le crime de « rebellion », c'est-à-dire le fait d'un groupe de personnes qui s'insurgent contre la société islamique et leur adoption d'une conception ou doctrine hérétique. Les docteurs et interprétateurs de l'Islam ne sont pas tous d'accord quant à l'inclusion de cette dernière infraction dans les « houdouds ». Nous nous limiterons donc ici à faire l'exposé des cinq autres infractions, autour desquelles n'existe aucun désaccord.

1. *Le Vol.*

L'acte du vol, dans la conception de la « Chariaa » ne diffère presque pas de la notion de « soustraction », qui est l'essence de cette infraction en législation pénale moderne. C'est en effet l'appropriation frauduleuse du bien d'autrui, équivalente de la formule courante dans la terminologie moderne qui est « la soustraction d'un bien meuble appartenant à autrui », et ce, étant donné que le terme « soustraction » signifie l'appropriation du bien d'autrui sans le consentement de son possesseur ou à son insu.

La peine « Had » du vol est, suivant la « Chariaa », l'ablation de la main, d'après la parole du Seigneur dans la « surate » de la « Table » : « Coupez les mains des voleurs, hommes ou femmes, en châtiment de leurs crimes. C'est le châtiment divin exemplaire établi contre eux ». Le caractère religieux de cette peine apparaît manifestement de ce qu'elle représente un « châtiment divin exemplaire », comme le qualifie le texte coranique, lequel ne saurait avoir pour but que l'expiation d'un péché de caractère religieux; ce qui n'empêche, par ailleurs, que l'ablation

de la main représente en même temps une sanction à la fois équitable et intimidante contre le fait délictueux en soi.

Cependant, ce qui empêche, dans la plupart des cas, l'infliction au voleur de cette peine, c'est le fait qu'elle implique la réalisation de toutes les conditions additionnelles exigées à cet égard par la majorité des docteurs de l'Islam, et parmi lesquelles il est nécessaire que le bien objet du vol soit d'un taux déterminé qu'on appelle « taux de l'ablation », et que le dit bien ait été placé sous sûreté. Il est de toutes façons incontestable que la « chariaa » éprouve une grande gêne quant à l'infliction de la peine de l'ablation. La preuve en est qu'elle insiste, dans ce cas exprès, à stipuler que le coupable jouisse de discernement et de l'état de majorité, alors qu'il s'agit là d'une double condition de la responsabilité pénale en général selon la « Chariaa », comme nous le montrerons plus tard. Ceci à part le principe qui proclame « pas de houdouds » en cas de doute — ce que nous développerons prochainement, — et qui exprime en soi, l'embarras à infliger les « Houdouds » d'une façon générale.

2 — *L'attaque à main armée et le banditisme de grand chemin.*

Il s'agit du crime d'attaque à main armée contre les croquants et du banditisme de grand chemin, châtiés par la peine de mort, le supplice de la croix, l'ablation des mains et des pieds, le bannissement, et ce suivant les paroles du Très Haut dans la « Surate » de la « Table » : Le châtiment de ceux qui combattent contre Dieu et son Prophète et luttent pour répandre la corruption sur terre sera soit la mort, le supplice de la croix, l'ablation inversement d'une main et d'un pied, ou le bannissement ».

De grandes divergences opposent les différents rites et les docteurs de l'Islam quant à l'interprétation de ce texte coranique. Nous pensons que bon nombre de ces différends viendraient à disparaître si l'on arrivait à distinguer dans ce texte deux infractions différentes, quoiqu'étant assujetties aux mêmes peines en raison du danger commun qu'elles représentent. La première infraction est celle de l'attaque à main armée des adhérents à la foi musulmane et leur pillage; tandis que la seconde infrac-

tion est celle du banditisme de grand chemin, même sans armes. Ce qui nous semble appuyer ce point de vue c'est la liberté laissée au « Hakem » du choix de l'une des quatre peines rapportées dans le texte, afin qu'il puisse appliquer à chaque cas la peine qui lui convient, en rapport avec le degré de gravité matérielle et morale de la forfaiture pouvant varier considérablement d'une infraction à l'autre. Ce qui, de plus, nous confirme dans cette conviction, c'est qu'il s'agit, en l'occurrence, du seul cas de crimes « houdouds » où le choix se fait entre plusieurs peines. Nul doute que les circonstances historiques ont été à la base du lien existant entre ces deux infractions. En effet, l'attaque armée des croyants — au temps du Prophète — s'accompagnait ordinairement de banditisme de grand chemin. C'est précisément ce même lien historique entre les deux crimes qui rejette le caractère manifestement religieux du premier sur le banditisme de grand chemin, et le fait inclure, par conséquent, dans la catégorie des « houdouds ».

3 — *L'adultère.*

Dans la conception de la « Chariaa », l'adultère consiste — d'après le Grand Iman Abou Hanifa El Nooman — dans le fait pour l'homme d'avoir eu un rapport sexuel illégal avec une femme, et ce en parfaite connaissance de cause. D'après les Chaféites et les Hambalites, l'adultère comprend également la sodomie pratiquée sur une femme.

Le châtiment de l'adultère diffère suivant que le coupable est ou non marié. La peine pour la personne non mariée est de cent coups de fouet, suivant le texte coranique rapporté par la « surate » de « La Lumière », qui dit : « La femme et l'homme convaincus d'adultère seront punis de cent coups de fouet chacun ».

Quant à la personne mariée, convaincue d'adultère, le châtiment est la lapidation. Ce châtiment est édicté par la « Sunnah » incontestée.

Il est certes le plus atroce de tous les « houdouds » ; et c'est pour cette raison que son infliction est subordonnée à de sérieux

ses exigences. Ainsi, le coupable doit avoir consommé son mariage, être croyant, libre, majeur et jouissant du discernement. Ce sont là des conditions qui ont certes pour effet de réduire au minimum les cas susceptibles de mériter ce châtiment. Il est par ailleurs constant que ce fut à l'occasion de l'infliction de la lapidation — probablement pour la première fois dans l'Islam — que le Prophète a énoncé ces paroles : « Repoussez les houdouds par le doute; si le coupable a une échappatoire, libérez-le; il est préférable que l'Iman se trompe en accordant le pardon qu'en infligeant la peine ».

Ces paroles du Prophète sont certainement à l'origine de l'adage bien connu : « l'élargissement d'un coupable vaut mieux que l'injustice subie par un innocent ». Elles sont aussi en parfaite concordance la source de la règle juridique établie en législation moderne qui interprète le doute en faveur de l'accusé. Quoiqu'il en soit, il est notoirement établi que la lapidation n'a connu d'application au début de l'Islam que deux fois aux temps du Prophète et une troisième fois aux temps du quatrième Khalife Majeur Ali.

Il est, enfin, hors de doute que l'adultère — en tant que crime à caractère foncièrement religieux, châtié pour cette raison même par la lapidation — était connu bien avant l'Islam chez beaucoup de peuples de l'antiquité — sans parler des Arabes de la « Gahilie », et continua même à revêtir ce caractère, et à subir les peines les plus sévères en vertu du droit canon, durant tout le Moyen Age en Europe.

4 — *La diffamation.*

La diffamation, selon la « Chariaa », est le fait de calomnier d'adultère une femme mariée. La peine de ce crime a été fixée par la « Surate » de « La Lumière » ainsi conçue : « Ceux qui accusent d'adultère une femme mariée, sans avoir quatre témoins à l'appui, seront punis de quatre-vingts coups de fouet. Reconnus infâmes, ils ne seront plus reçus en témoignage ».

Le caractère religieux de ce crime est également manifeste, celui-ci étant lié à l'accusation d'adultère. Ceci explique, d'ail-

leurs, son inclusion dans la catégorie des « Houdouds », ainsi que les conditions auxquelles est subordonnée l'infliction du châtiment qui lui est propre, lesquelles sont de nature à restreindre l'application de ce châtiment. Il faut en effet que le calomniateur soit majeur, jouissant de la raison, et que la femme diffamée soit mariée, musulmane, libre, jouissant de la raison et d'une conduite irréprochable excluant tout soupçon d'adultère.

Une opinion bien connue de l'Iman Malek, chef du rite malékite permet à la femme diffamée d'accorder le pardon au diffamateur, et de le soustraire ainsi à l'infliction du châtiment. Mais cette opinion est contestée; car elle aurait pour effet de distraire la diffamation — ainsi décrite — des crimes « houdouds », dont les faits incriminés, ainsi que le châtiment y correspondant, n'ont été au préalable limitativement et exclusivement fixés, que parce qu'ils relèvent du droit du Seigneur.

5 — *L'usage du vin ou ivresse.*

Il est incontestable que l'usage du vin et — à plus forte raison — l'ivresse qui s'ensuit, sont prohibées, d'une part, suivant le texte coranique de la Surate » de « La Table » condamnant l'usage du vin, et, d'autre part, suivant les paroles du Prophète répondant — à l'année de son dernier pèlerinage — à une question relative aux boissons : « Le vin est en lui-même prohibé, ainsi que l'ivresse provenant de n'importe quelle boisson. »

D'après l'opinion unanime des docteurs de l'Islam, le vin prohibé quelqu'en soit la quantité, est celui extrait du raisin, tandis que les vins non extraits du raisin sont l'objet de controverses quant à leur inclusion parmi les vins prohibés, quoiqu'il y ait accord quant à la prohibition de l'ivresse qui en découle. Suivant l'opinion de l'Iman Abou Hanafi, ce qui, dans les autres vins alcoolisés est prohibé, c'est l'ivresse qui en découle et non la substance.

La peine du crime de l'ivresse a été fixée à quatre-vingts coups de fouet au temps du Khalife Omar. Elle fut, au temps du Prophète, la bastonnade indéterminée. C'est la raison pour

laquelle une grande divergence existe en doctrine musulmane sur la nature de cette infraction. En fait, puisque le Prophète n'a pas fixé le taux du châtiment, il en découle que l'opinion qui soutient l'inclusion de l'usage du vin dans la rubrique du « Taazir » trouve une certaine justification. Mais ce qui implique l'inclusion de cette infraction dans la rubrique des « houdouds », c'est son caractère religieux qui trouve sa confirmation dans l'histoire de la prohibition de l'usage du vin dans l'Islam après qu'il fut toléré. Il se peut que cette considération aide à trancher le désaccord violent qui existe en doctrine musulmane sur cette infraction et sa nature ainsi que sur ce que l'on entend par le mot « alcool ». Nous pouvons affirmer, en base de cette considération, que ce qui entre dans les « houdouds », c'est l'ivresse, c'est-à-dire la perte de conscience consécutive à l'usage du vin, tandis que le simple usage de celui-ci sans provocation d'ivresse constitue seulement un délit du ressort du « Taazir ».

§ II — Les crimes du « Kissas » et de la « Diah »

Le « Kissas », ou talion, est, selon les prescriptions de la « Chariaa », une peine fixée à l'avance tels les « houdouds », avec cette différence qu'elle constitue un droit individuel, c'est-à-dire appartenant à la victime ou à son vengeur; d'où la possibilité pour chacun d'eux d'en accorder le pardon, entraînant ainsi sa remise. Ce caractère, qui fait rapprocher le « Kissas » des « Houdouds », provient de ce que les textes coraniques stipulent expressément que le châtiment corresponde exactement au fait incriminé; d'où la limitation du domaine d'application du « Kissas » aux seuls crimes du sang, tel le meurtre, la mutilation des membres du corps ou toutes autres blessures ou infirmités.

Conformément à la « Chariaa », le « Kissas » est dû pour certains crimes, à moins que l'ayant droit n'y substitue la « Diah » ou en proclame la déchéance. Pour d'autres délits, la « Diah » est seule due. Nous donnons ci-après un aperçu succinct de ces deux catégories d'infractions :

A — Crimes du « Kissas » ou de la « Diah »

1 — *Homicide volontaire* — Le « Kissas » a été prescrit pour les crimes d'homicide volontaire par plus d'un texte corani-

que. Ainsi la « Surate de la Vache » rapporte qu'un homme libre sera mis à mort pour un homme libre, l'esclave pour un esclave, la femme pour une femme. La « Surate de la Table » affirme de même que le « Kissas » est prescrit « âme pour âme ».

Aucune divergence n'existe en doctrine musulmane quant à la notion du « dol », qui est l'élément moral constitutif de l'homicide volontaire, et qui n'a d'autre signification que l'intention de donner la mort à la victime. Il en va autrement quant au moyen de conclure à l'existence de cet élément, c'est-à-dire le moyen de sa preuve en d'autres termes. Ainsi, d'après le Grand Iman Abou Hanifa, l'homicide s'avère volontaire s'il a été fait usage d'armes ou de tout autre objet susceptible d'occasionner l'écartèlement des membres du corps. Les grands docteurs hanafites Abou Youssouf et Mohammad y ajoutent tout moyen occasionnant d'ordinaire la mort, tel l'assassinat par immersion dans l'eau, par strangulation, par lancement d'une grande hauteur, par l'administration, en connaissance de cause, d'un poison foudroyant. Suivant l'Iman El Chafei, l'homicide est volontaire s'il se produit à l'aide de tous moyens qui occasionnent par fortes présomptions la mort. Ce sont là autant de tentatives en vue d'établir des critères propres à la preuve de l'intention, laquelle est par son essence une question d'intériorité que l'on ne peut retenir par des preuves proprement matérielles, mais que l'on peut néanmoins déceler à l'aide de tous moyens disponibles en l'état des faits spécifiques à chaque cas, et dont l'appréciation est laissée à la conviction intime du juge, conviction qui peut se former en dehors de toute preuve palpable. Les docteurs du droit musulman sont néanmoins excusables en entreprenant ces tentatives, parce qu'ils se conforment ainsi aux principes de la législation musulmane, qui édicte la nécessité de juger les choses d'après leur apparence et non suivant l'intention. Il s'agit là d'un système de preuve qui rappelle celui des « preuves légales », qui avait prévalu en Europe même dans les législations du Moyen Age, et qui est toujours valable en matière civile. De tous les docteurs de la « Chariaa », ne dérogent à cette règle que les Hambalites, qui professent la recherche de la vérité partout à l'aide de tout moyen, et ne retiennent d'autre preuve que celle basée sur la certitude et la conviction. C'est là le système de

preuve par l'intime conviction du juge, qui est, dans nos législations contemporaines, valable en matière criminelle.(1)

Le « Kissas », imposé en cas d'homicide volontaire, est justifié par deux raisons. C'est là, d'une part, un moyen catégorique pour prévenir de graves dangers auxquels s'exposerait la collectivité du fait de la vengeance réciproque — parfois interminable — à laquelle mène le meurtre généralement dans les communautés tribales. Le « Kissas » constitue, d'autre part, une peine intimidante au plus haut degré. Un verset coranique a résumé ce double but utilitaire du talion en disant : « Le Kissas vous préservera la vie ».

Cependant, la prévalence du droit individuel engendré par l'homicide donne au vengeur la faculté de substituer la « Diah » au « Kissas », ou d'accorder le pardon au meurtrier. Ce pardon emporte ainsi la déchéance de la peine du « Kissas » comme il emporte aussi, suivant l'opinion dominante professée par l'Imar Malek, la déchéance de la « Diah ». Néanmoins, la déchéance du « Kissas » ou de la « Diah » n'empêche pas le recours au « Taazir » pour l'homicide volontaire.

2 — *Infirmités et blessures volontaires* — Le « Kissas » est également dû pour les blessures et infirmités de différentes sortes occasionnées volontairement. C'est en effet ce qu'affirme la « Surate de la Table » en disant «... oeil pour oeil, nez pour nez, oreille pour oreille, dent pour dent et blessure pour blessure ». Il va sans dire que le « Kissas » n'est praticable, dans ces cas, qu'autant qu'il y a possibilité d'opérer la même infirmité ou blessure sur le coupable.

Il est à noter, par ailleurs, qu'ici encore la victime possède également le droit d'accorder le pardon pour le « Kissas », et d'y substituer la « Diah », ou bien de proclamer la déchéance absolue de l'un et de l'autre. Néanmoins, rien n'empêche, dans ce cas, le recours au « Taazir », comme il en est pour l'homicide volontaire.

(1) Voir notre travail « De l'intime conviction du juge », thèse de doctorat en droit (Paris 1942). Édition Pédone.

B — *Délits de la «Diah» seule :*

1 — *Homicide et lésions involontaires* — Si l'homicide ou les infirmités et blessures sont involontaires, la «Diah» est seule dûe, à l'exclusion du « Kissas ».

Dans ces cas, comme il en est en cas de dol, la « Diah » est sûrement une peine, quoiqu'elle comporte en même temps l'idée de dommages-intérêts. Le caractère de « peine » provient de ce que la « Diah », légalement évaluée à l'avance, est obligatoire au même titre que le « Kissas ». Ce caractère est cependant plus manifeste en cas de dol, du fait que le pardon, qui produit la déchéance de la « Diah » — de même que le « Kissas » — n'exclue pas la possibilité d'avoir recours au « Taazir »; ce qui signifie, par voie indirecte, que la «Diah» est substantiellement une peine puisqu'elle est ainsi remplaçable par une autre. Partant de cette analyse, on peut affirmer que la « Chariaa » a conçu l'incrimination de la simple faute, dans les cas qui revêtent une certaine gravité; ce qui correspond, en législation moderne, aux « délits non intentionnels ».

2 — *Homicide semi-volontaire* — Il s'agit de ce que nous connaissons, en législation moderne, sous le nom de « coups occasionnant la mort ». C'est là une infraction volontaire à sa phase initiale qui est celle de porter des coups, et involontaire à sa phase terminale qui est la mort. Une grande divergence divise les docteurs de la « Chariaa » quant à la nature de cette infraction; certains d'entre eux n'admettant pas cette forme d'homicide. Même ceux qui l'admettent sont forcément amenés à aborder la difficulté de la preuve du défaut de l'intention de donner la mort, laquelle est ici la même, bien entendu, que celle qui surgit à propos de l'homicide volontaire.

Pour ceux qui admettent l'homicide semi-volontaire, la peine en est la « Diah », mais au taux élevé exigé en cas de sa substitution au « Kissas », dû originellement pour l'homicide volontaire.

§ III — *Les infractions "Taazir"*

Le « Taazir » veut dire la peine non fixée à l'avance, pour toute infraction ne rentrant pas dans les domaines des « Houdouds » ou du « Kissas ». Cette définition révèle la nature du « Taazir » et la fin qui en est recherchée, c'est-à-dire sa fonction. Il s'agit là, en effet, des peines établies dans le seul intérêt général de la société, à l'exclusion de toutes autres considérations religieuses propres aux « Houdouds », ou de considérations individuelles et privées relatives au « Kissas » et à la « Diah ». Telle est la raison pour laquelle les infractions du « Taazir » occupent une place prépondérante dans le droit pénal musulman; et c'est pourquoi aussi elles embrassent tout ce que nous appelons volontiers « infractions purement légales », c'est-à-dire celles instituées par la loi en vue uniquement d'assurer la sauvegarde de certains régimes politiques, administratifs, économiques, financiers et même civils.

Le « Taazir », au double sens d'incrimination et de répression était en principe confié au « Hakem » qui avait, aux premiers temps de l'Islam, le pouvoir de gouverner avec en même temps le pouvoir de légiférer et celui de rendre la justice. Situation similaire à celle de nombreux systèmes qui ont prévalu dans le monde au Moyen Age. Lorsque l'Etat Musulman prit de l'extension, le « Hakem », c'est-à-dire soit le Khalife ou le Wali — suivant les circonstances et les époques — confiait au juge l'administration de la peine avec obligation de se conformer à un tableau limitatif des actes incriminés et des peines correspondantes. Il s'agit là d'un tableau que le « Hakem » établit en vertu de la « Syassa-el-Chariaa » — c'est-à-dire politique législative musulmane — lui donnant le droit de légiférer pour tous les cas non prévus par un texte exprès, à condition toutefois d'éviter toute contradiction avec les préceptes et principes généraux consacrés par la « Chariaa », ou avec les textes impératifs exprès, telle que l'infliction de la peine capitale au nom du « Taazir » pour des cas autres que ceux prévus par les « Houdouds » ou le « Kissas », notamment le banditisme de grand chemin et l'homicide volontaire. Par ailleurs, l'incrimination par voie de « Taazir » devait prendre en considération l'atteinte aux valeurs sociales, aux principes de la morale ou aux

institutions établies; de même qu'elle cherchait dans la peine qu'elle soit proportionnée à la gravité des actes incriminés. Cependant, lorsque l'Etat islamique des temps modernes a entrepris la séparation des pouvoirs, le « Taazir » au sens d'incrimination est devenu de l'attribution du « législateur », tandis que au sens d'infliction de la peine, il est devenu de la compétence du juge. Ce qui revient à dire que le système du « Taazir » s'est scindé en deux parts équivalentes, et par là même, il a perdu sa physionomie originelle pour s'engager dans la voie de la codification et de la justice pénale soumise à la règle «Nullum crimen nulla penae sine lege»; autrement dit, il s'est transformé — pour ainsi dire — en une sorte de « Houdouds » temporels, par opposition aux vrais «Houdouds» à caractère religieux comme nous l'avons expliqué.

Quoi qu'il en soit, les infractions qui sont du ressort du «Taazir» comprennent: l'homicide et blessures involontaires, ou même intentionnelles, chaque fois que les conditions requises pour l'application du «Kissas» ne sont pas réunies; l'attentat à la pudeur et aux moeurs; l'adultère qui ne satisfait pas aux conditions du châtiment figurant dans la liste des «houdouds»; l'injure à laquelle s'adjoint la diffamation telle que nous la concevons en droit pénal positif, ainsi que celle au sens de la «Chariaa» lorsqu'elle ne répond pas aux conditions requises pour rentrer dans le domaine des «Houdouds»; l'escroquerie et l'abus de confiance, ainsi que tous les délits contre les biens, y compris le vol ne méritant pas l'ablation de la main pour insuffisance des conditions requises à cet effet; le faux en écriture et le parjure; la dénonciation calomnieuse; le fait de tuer ou de causer une lésion grave — sans nécessité — aux animaux domestiques; la violation de la propriété d'autrui, les crimes et délits contre la sûreté de l'Etat tant extérieure qu'intérieure; la corruption; le faux monnayage; l'altération des poids et mesures. En somme, tous les actes qu'une société évoluée exige l'incrimination en vue de la protection du seul intérêt général de la communauté.

Quant aux peines applicables à titre de «Taazir», on peut citer: la peine capitale, à condition toutefois que ce soit en remplacement de la même peine applicable en principe à titre de

«Houdouds» ou de «Kissas»; l'emprisonnement, la fustigation, l'admonestation, le blâme et le dénigrement publics du délinquant; le bannissement; l'amende et la confiscation. En un mot, toute peine jugée utile aux fins de sanctionner les actes délictueux ou d'imposer le respect des institutions établies, par voie de la menace pénale.

C'est ainsi que les modalités du «Taazir» peuvent embrasser toutes les innovations admises par les législations contemporaines sous la qualification de «mesures» soit pénales ou de défense sociale. En fait, le mot «Taazir» lui-même n'inspire au fond d'autre sens que celui de «mesure» de redressement ou de rééducation, fondée sur la seule fin utilitaire, et ceci d'autant plus que les «houdouds» et le «kissas» assurent la fonction retributive ou de justice, tant divine que privée.

Il va sans dire que l'unique fonction utilitaire du «Taazir» explique que celui-ci pourrait se substituer aux «Houdouds» au cas où, pour quelque cause que ce soit, il y a empêchement à leur infliction; de même qu'il pourrait remplacer le «Kissas» et la «Diah» en cas de pardon ou de remise de la part de la victime ou de l'ayant droit. Bien mieux, l'intérêt social admet, conformément à l'opinion dominante, le cumul du «Taazir» et des «Houdouds» ou du «Kissas». C'est ainsi que le Prophète ordonna à ses compagnons de réprimander le coupable en cas d'usage du vin après qu'il aura subi le châtement de la fustigation. Les Chaféites admettent aussi ce cumul du «Taazir» et des «Houdouds»: tel le fait de suspendre, pendant un certain temps, au cou du voleur la main qu'on vient de lui couper, et ce, en tant que peine accessoire ou complémentaire; tel le fait aussi de dépasser les quarante coups de fouet fixés — selon l'Iman El Chaféi — pour l'usage du vin. On rapporte également que les Hanafites et les Malékites recommandent le bannissement en sus du châtement de fustigation, encouru par le coupable — non marié — convaincu d'adultère.

SECTION II

THEORIE GENERALE DU DROIT PENAL ISLAMIQUE

Les prescriptions que nous venons de résumer, relatives aux délits et aux peines, reflètent des particularités éminentes formant la théorie d'ensemble du droit pénal islamique. Il s'agit quant au cachet général, d'une législation pénale mixte unissant à la fois le caractère spirituel et le caractère temporel, et où se conjuguent la notion de peine publique et celle de peine privée. Quant à la notion de responsabilité pénale, il s'agit d'une législation classique fondée essentiellement sur l'idée de justice, tantôt divine et tantôt humaine, mais basée toujours sur le principe de la culpabilité et du libre-arbitre. Pour ce qui est, enfin de la fin ou fonction, il s'agit d'une législation essentiellement punitive et rétributive, sans négliger toutefois la fonction utilitaire et politique. Il est clair donc que le double cachet général mixte des prescriptions pénales de la « Chariaa », continue son chemin sur les deux autres plans.

§ I — *Double caractère mixte*

A — *Legislation à la fois Spirituelle et Temporelle*

La législation islamique en général est empreinte incontestablement d'un caractère spirituel que justifie, bien entendu, le fait que le « Coran » et la « Sunna » ont posé les principes majeurs de la « Chariaa », ainsi que certaines de ses prescriptions dont celles d'ordre pénal que nous venons d'exposer. Dans ces dernières se rencontrent, en vérité, les trois doctrines qui cherchent à justifier le droit social de punir ou « la peine publique » en d'autres termes; à savoir, les doctrines religieuse, morale et utilitaire. A cette occasion, on ne manque de constater que la « Chariaa » — qui constitue l'une des législations du Moyen Age les plus brillantes — offre un exemple frappant du cumul des trois doctrines en question.

Le fondement spirituel de la « peine » dans la « Chariaa » réside incontestablement dans le système des « Houdouds ». En

effet, quelque puisse être l'interprétation que l'on donne au droit du Seigneur, auquel se rattachent les « Houdouds », en disant précisément qu'il s'agit là de l'intérêt général de la société islamique, il n'appartient à personne d'esquiver la réalité de l'empreinte purement religieuse prise par presque la totalité des infractions « houdouds », que ce soit l'adultère, la diffamation, l'usage du vin, l'attaque à main armée des croyants et même le banditisme de grand chemin. De plus, la plupart des peines prévues pour ces « Houdouds » — y compris celle du vol, au sujet duquel on pourrait soulever des doutes quant à son caractère religieux — sont empreintes de sévérité excessive, que seul un but d'expiation divine peut justifier. Ceci est confirmé, d'autre part, du sens propre du terme « Houdouds » qui veut dire peines d'un taux unique qu'il n'appartient ni au Hakem ni au juge d'augmenter, de diminuer ou d'en accorder le pardon. Ce sont là les caractéristiques de la peine religieuse et de la justice divine qui n'est soumise ni aux choses d'ici-bas, ni aux communs des mortels. Cette conception est, en troisième lieu, confirmée par l'opinion professée par un grand nombre de docteurs de l'Islam sur la possibilité de l'adjonction du « Taazir » aux « Houdouds » dans certains cas, en tant que peine complémentaire; tel le bannissement infligé au non-marié convaincu d'adultère, la fustigation à quarante coups de fouet de plus, dans le cas d'usage du vin. Ce qui veut dire que le droit de la Société dans les infractions « Houdouds » est différent du droit du Seigneur retenu dans les peines qui s'y rattachent. En conclusion, les « Houdouds » de la « Chariaa » sont empreintes, sans exception, d'un pur caractère religieux qui leur provient soit du côté de l'infraction ou du côté de la peine correspondante, et peut-être même provient-il des deux côtés à la fois.

Quant au caractère temporel de la législation pénale islamique, les crimes du « Kissas » et les infractions du « Taazir » en sont une manifestation éloquentة. Dans les crimes du « Kissas » on a pris surtout en considération le droit privé de l'individu, ce qui permet d'y substituer la « Diah » ou d'en accorder le pardon total. Les incriminations à titre de « Taazir » sont la part exclusive de la Société qui établit les infractions et institue les peines qui leur sont adéquates, ou toute autre mesure susceptible d'assurer l'intérêt social. Dans l'un et l'autre cas, il n'y

a donc aucune trace de l'idée d'expiation religieuse spécifique aux « Houdouds ». Ce sont, par contre, des considérations purement temporelles, tantôt individuelles et tantôt sociales, qui sont retenues, à savoir la justice privée ou l'utilité générale, ou même ces deux notions à la fois.

B — *Double système de peine privée et publique*

L'étude prospective des prescriptions pénales islamiques montre, sans grande peine, qu'elles allient le système de la peine privée connue dans la période pré-islamique « Gahiliah », à celui de la peine publique qui est l'une des particularités de l'Etat moderne. Ce système mixte se justifie par le fait que la « Chariaa » est apparue dans une société tribale, dont il n'était ni aisé, ni sage de contrarier les institutions connues et admises, et auxquelles elle s'était habituée depuis de longues générations et de nombreux siècles. C'est ainsi que la « Chariaa » a maintenu le système du « Kissas » et celui de la « Diah » après les avoir empreints d'un certain cachet public, par l'imposition d'une équivalence parfaite pour le « Kissas » et d'évaluations équitables pour la « Diah ». Mais la « Chariaa » prescrit aussi les « houdouds » qui sont des peines publiques d'intimidation, ayant pour but la sauvegarde et l'épuration de la société islamique. Elle a en outre confié au Khalife ou au Hakem le pouvoir d'incrimination à titre de « Taazir », c'est-à-dire de prescrire des peines publiques pour des infractions également publiques, et ce dans le seul intérêt de la société.

§ II — *Théorie classique de la responsabilité pénale*

Toute législation qui adopte le châtiment ou « peine » en tant que moyen primordial de faire face au crime, est une législation punitive et rétributive dans la forme et dans le fond. L'on entend par là — quant au fond — l'édification de la responsabilité pénale sur la notion de justice, soit religieuse cherchant l'expiation du péché, soit morale ayant pour souci le double but de faire expier la faute du coupable et de calmer le sentiment de réprobation sociale suscité par le crime. C'est précisément cette même notion qu'a cristallisée l'Ecole Classi-

que de Beccaria il y a deux siècles, en l'encadrant de deux fameux principes de portée constitutionnelle, à savoir : le principe de la responsabilité morale, fondée sur le dogme du libre-arbitre, et le principe de la légalité qu'a rendu notoire l'adage « Nullum crimen nulla penae sine lege ». Or, la législation pénale islamique a professé ces deux principes majeurs douze siècles avant Beccaria et son époque.(1)

En effet, seuls sont pénalement responsables — selon la « Chariaa » — les personnes majeures douées de discernement, ayant perpétré un fait incriminé. Ce double principe de causalité matérielle et morale est expressément affirmé par plusieurs textes coraniques, telle la « Surate » de « l'Etoile » où il est dit « Nul ne sera tenu du péché d'autrui, à chacun selon ses agissements... » Ainsi, la responsabilité pénale est à la fois personnelle et morale, c'est-à-dire fonction de la culpabilité dont seuls les individus présentant les conditions de la capacité juridique sont redevables.

Le principe de la légalité, qui est une garantie suprême des libertés individuelles, et dont l'expression la plus élémentaire est la nécessité de l'avertissement préalable au châtement, est également consacré dans la « Surate » du « Voyage Nocturne » où il est dit : « Nous n'aurions pas infligé des tourments avant d'avoir envoyé un Prophète ». Ce texte sacré se réfère certes au châtement de l'au-delà; mais il faut néanmoins convenir qu'il établit une norme générale, valable à fortiori pour les châtements terrestres décidés par les humains mortels qui ne sont point infaillibles. Nul doute que ce principe est littéralement appliqué dans le domaine des crimes «Houdouds». Mais il est également en vigueur dans le domaine du « Taazir » — qu'il soit du ressort du Hakem ou du juge — pour autant que l'incrimination dans ce domaine est fonction de ce qu'admet le « Orf » ou coutume. Ceci revient à dire que la législation pénale musulmane connaît le principe de la légalité sous ses deux modalités, à savoir celle que nous qualifions volontiers de « textuelle »,

(1) Conf. Charles (R.) : Histoire du droit pénal (Collection Que Sais-Je ? No. 690) — Le droit musulman (ibid No. 702) p. 37 et suiv.

illustrée par l'adage « nul délit, nulle peine sans texte », et celle coutumière qui régit — comme on le sait — la Common Law anglo-américaine dans le domaine des incriminations traditionnelles. C'est là une nouvelle manifestation du caractère mixte de la législation pénale musulmane, que nous avons précédemment constaté.

Aussi, sommes-nous en mesure d'affirmer, une fois de plus, que la « Chariaa » est échafaudée — au criminel — sur la théorie classique de la responsabilité pénale, dont l'Ecole Classique, instaurée par Beccaria, a eu le mérite de fournir la formulation philosophique, et que le Code Pénal napoléonien acheva d'illustrer et de propager à travers le monde depuis le début du siècle passé. Nous tenons à souligner cette vérité, car elle est à notre sens décisive — comme nous le verrons — quant à l'explication du fait que le dit Code ait été accueilli favorablement en pays d'Islam, depuis l'Etat Ottoman jusqu'aux Etats Arabes de nos jours.

§ III *Embryon d'une politique criminelle sociale*

Si les Houdouds » sont la part exclusive du Seigneur, et si le « Kissas » et la « Diah » relèvent du domaine propre au droit de l'individu, — le « Taazir » appartient par contre, indubitablement et exclusivement, au droit de la société. C'est même à ce titre que les « Houdouds » et le « Kissas » ainsi que la « Diah » peuvent se convertir en « Taazir » — comme nous l'avons déjà signalé — toutes les fois que l'intérêt de la société l'exige. Ainsi la législation pénale islamique, quoiqu'étant une législation purement punitive quant aux « Houdouds » et au « Kissas », prend énormément en considération la fonction utilitaire ou politique, c'est-à-dire la fonction de défense sociale, par la voie du « Taazir », lequel occupe la plus grande part dans la politique criminelle. Il est constant, en effet, que la conception du « Taazir », même au début de sa légifération, tournait autour de la notion de redressement par toute mesure ou tout moyen adéquats, vu les circonstances propres à l'infraction et au délinquant. Ce sens est pris du terme même de « Taazir » et de sa portée étymologique; à part le fait aussi que ce système est

basé sur la liberté laissée au « Hakem » « d'individualiser » la peine pour ainsi dire. La notion de « peine » dans le Taazir n'est donc pas une notion inéluctable comme ceci est certainement le cas tant pour les « Houdouds » que pour le « Kissas ». Cela revient à dire que le système du « Taazir » a fourni la notion de défense sociale, par voie de mesures même non punitives, par redressement du délinquant, treize siècles avant la profession de foi qu'en a fait d'une manière sentimentale l'Ecole pénitentiaire néo-classique, et que les écoles éclectiques qui ont suivi la révolution positiviste, ont par un contexte réaliste et scientifique mis par la suite en valeur sous le mot d'ordre d'« individualisation du traitement pénitentiaire ».

Allant plus loin, on peut dire que la notion du « Taazir » serait susceptible d'embrasser la politique de défense sociale dans ses aspects humanitaires les plus récents, présentés par la troisième révolution pénale au lendemain de la dernière guerre mondiale et où le droit pénal — ou plutôt la politique criminelle — prend comme pivot la « société » elle-même, et non plus l'infraction ou le délinquant, et où il prend uniquement comme fin et fonction la défense sociale expurgée de tout sentiment vindicatif ou répressif — ayant recours à cet effet à tous les moyens humanitaires, rééducatifs et curatifs. Il est manifeste que la politique contemporaine de défense sociale humanitaire répugne à la peine capitale, soit qu'elle prenne la qualification de peine ou celle de mesure de sûreté, et préconise au contraire la privation de la liberté sur le plan de l'une ou de l'autre de ces deux qualifications, parce que cette privation de liberté peut embrasser, par sa nature, tous les buts poursuivis par la politique criminelle sociale, sans heurter la dignité humaine dans le traitement du délinquant. Nous remarquons ici d'emblée la conformité du système du « Taazir » avec cette double tendance. En effet, si la peine capitale est, au nom du « taazir », admise dans certains cas — où son application à titre de « Houdouds » ou de « Kissas » est écartée — il n'empêche qu'une étude sérieuse montre que le « Taazir » — d'après le sens étymologique qu'il comporte et d'après la fin utilitaire et sociale qu'il recherche — réprouve par sa nature l'idée d'extermination, justifiée dans les « Houdouds » par des considérations religieuses, et dans le « Kissas » par des considérations de ven-

geance et de justice. En revanche, le « Taazir » a embrassé, dès les premières années de l'Etat islamique naissant, la peine privative de liberté, c'est-à-dire l'emprisonnement et la réclusion.

Pour conclure, nous dirons que le système du « Taazir » est recevable de la conception du « droit pénal social ». On peut ainsi justifier la réforme des législations pénales d'origine européenne, transposées dans les pays arabes, de façon à ce qu'elles s'adaptent à ce courant, réalisant par là l'affirmation que la Chariaa — même sur le plan général — est valable en tous temps et tous lieux. Quant au degré de conformité de ces législations aux prescriptions mêmes de la Chariaa, nous verrons que la difficulté se limite uniquement aux « Houdouds »; et même qu'il s'agit là d'une difficulté plutôt illusoire que réelle.

CHAPITRE II

LA LEGISLATION PENALE MODERNE DANS LES PAYS ARABES

Les prescriptions pénales édictées par la Chariaa demeurèrent, au cours d'environ neuf siècles de l'Hégire, en vigueur dans les collectivités arabes tant en Orient qu'en Occident, y compris l'Andalousie. Elles connurent, en général, une application saine, escortée par les efforts des jurisconsultes musulmans — se basant toujours sur les normes et principes majeurs de la Chariaa, — pour les rendre compatibles avec les besoins de ces sociétés, variant en fonction de chaque lieu et époque. Il en fut ainsi jusqu'au jour où, d'un côté l'Etat arabe en Andalousie parvint à la désagrégation et à l'effondrement, et, d'un autre côté l'Etat Ottoman — à la suite de la conquête de Byzance et l'augmentation par conséquent du nombre des citoyens non musulmans dans l'Empire — eut l'audace, au milieu du 15^e siècle, de toucher aux houdouds, en y substituant des dispositions temporelles.

L'Etat Ottoman confia, en outre, le pouvoir du « Taazir » aux juges, tout en les astreignant à l'application de peines déter-

minées, telles la fustigation et l'amende. Ce qui revient à dire que l'Etat Ottoman acheva — de bonne heure — de détruire tout le système pénal musulman tel qu'il fut échafaudé par la Chariaa. Cette volte-face donna libre accès, quatre siècles durant, aux législations positives dans le domaine pénal, jusqu'à l'avènement, au siècle passé, du code pénal napoléonien édicté en 1810, et qui fut adopté comme modèle par de nombreux Etats en Europe et ailleurs. C'est alors que la première « loi pénale ottomane » fut promulguée en 1840, prenant ses sources dans le code français et rompant définitivement tous liens avec les prescriptions de la Chariaa. En 1858 fut promulguée une nouvelle « loi pénale ottomane » ayant figure d'un véritable code pénal moderne, et puisée entièrement du code classique napoléonien amendé en 1832.

Nul doute que l'abandon par l'Etat Ottoman, depuis ces temps reculés, des prescriptions pénales islamiques, qui ne sont pas du ressort du « Taazir », a eu pour effet d'encourager les pays arabes, dépendants de cet Empire, de s'en départir à leur tour. Seuls ont échappé à ce destin les pays — tel le Maroc — que les Ottomans ne sont pas arrivés à dominer, ou ceux dont les conditions sociales furent un obstacle à pareille conversion, tel que le Hedjaz et le Negd. Ce dernier facteur est précisément la cause pour laquelle des pays tels que le Yemen et la Séoudie appliquent à ce jour les prescriptions de la Chariaa, quelque puissent être les déviations entâchant cette application. Les pays du Maghreb (Occident Arabe) continuèrent à appliquer les prescriptions pénales islamiques jusqu'au jour où ils furent occupés par les Français. L'introduction de la législation française dans ces pays s'inscrivait dans l'ordre des tentatives de « francisation » des pays d'Afrique du Nord, soumis sous une forme ou une autre au pouvoir de la France. Les autres pays arabes suivirent l'exemple de l'Etat Ottoman, adoptant à différentes dates — selon leurs conditions respectives — une législation pénale moderne d'origine européenne.

Nous donnons dans les pages qui suivent un aperçu succinct de cette évolution, en commençant par l'Orient Arabe, et en suivant un ordre chronologique quant à l'introduction de la législation européenne moderne. Il est à noter, cependant, que

deux considérations essentielles nous amènent à fournir d'amples détails sur les faits relatifs à l'évolution de la législation pénale égyptienne, par laquelle nous commençons notre exposé. C'est, en premier lieu, que l'Egypte a été le premier pays arabe ayant substitué la législation européenne moderne aux prescriptions pénales musulmanes, sous l'effet d'une évolution indépendante de celle suivie par la législation pénale ottomane. Et c'est, en second lieu, le fait que le code pénal égyptien a été adopté comme source directe par nombre de codes pénaux récemment établis dans les autres pays arabes.

§ 1 — *La législation égyptienne*

Depuis Méhémet-Ali jusqu'en 1883.

En fait, l'Egypte a précédé l'Etat Ottoman lui-même dans l'adoption des dispositions de la législation pénale d'origine européenne. C'est qu'en effet le « Wali » (gouverneur d'une province ottomane) « Méhémet-Ali », qui parvint à s'assurer une sorte d'autonomie dans le gouvernement du pays et surtout sur le plan législatif, a commencé en 1830 par promulguer une loi pénale connue sous le nom de « loi de l'agriculture ». Il y fit inclure des dispositions relatives à une catégorie d'infractions se rapportant à la vie dans les champs, dont les unes comportent une atteinte aux intérêts agricoles des individus, — tel le déplacement de la limite des champs, le vol du bétail et des denrées agricoles, la dégradation des « sakiahs » (moulins de puits artésiens), l'incendie aux greniers... et dont les autres comportent une atteinte aux intérêts de l'Etat en province, tel le détournement des deniers publics ou le refus de les acquitter, la négligence dans les travaux relatifs aux canaux et digues, l'abus d'autorité, les voies de fait contre les fonctionnaires de l'Etat... Cette loi a prévu dans le chapitre relatif aux peines, qui sont évidemment de l'ordre du « Taazir », la peine capitale, l'exil, la fustigation. En 1837 Méhémet-Ali promulgua une nouvelle loi pénale qualifiée de « politique », où il est question d'organisation et de protection de l'activité de l'Etat. Cette loi s'occupa surtout des fonctionnaires publics, rapportant en détail les infractions qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions et qui portent

atteinte soit aux intérêts du gouvernement ou à ceux des individus, et prescrivant les peines encourues pour ces infractions. Nombreuses furent alors les lois pénales de cet ordre, à tel point qu'il devint malaisé de s'y référer. C'est alors que l'on pensa, à la veille de la mort de Méhémet-Ali, à entreprendre la coordination et la codification des dispositions qu'elles contiennent dans une seule loi d'ensemble qui fut prête en 1848, et promulguée sous forme de code avec pour titre « loi des sélections », comportant 203 articles. Cette loi fut nommée ainsi parce qu'elle joignit aux prescriptions de la Chariaa relatives au « Kissas » et à la « Diah » pour les crimes et délits contre les personnes, les dispositions choisies dans les différentes législations innovées par Méhémet-Ali, ainsi que certaines dispositions empruntées directement à la partie générale du code napoléonien, telle que la défense légitime, ou de sa partie spéciale, telle que l'escroquerie et le faux en écriture.

Loi pénale Hamayoni.

Le wali « Mohammed Said », qui succéda quelques années après, voulut prendre comme exemple la deuxième loi pénale ottomane édictée en 1851. Ainsi il promulgua en 1855 ce qu'il dénomma « loi pénale hamayoni » — même titre donné à la « loi pénale ottomane », — qui est en fait le premier code pénal paru en Egypte sur le style moderne. Ce code a assuré un certain équilibre entre, d'une part, les prescriptions de la Chariaa restées encore en vigueur dans le domaine du « Kissas » et de la « Diah », en plus de certaines infractions dont les peines sont déterminées au préalable à titre de « Taazir », et d'autre part, les innovations enregistrées par l'évolution de la pensée pénale en Europe jusqu'au milieu du 19^e siècle, et représentées par le code français néo-classique soit le code napoléonien remanié en 1832.

Le Code de 1883.

La loi pénale hamayoni marqua ainsi un grand bond en avant, ouvrant largement la voie au pas décisif subséquent, et qui eut pour conséquence l'abandon presque total de ce qui restait encore des prescriptions pénales islamiques. Les Tribunaux

« Mixtes » furent institués en 1875 pour les étrangers d'Egypte, et on leur affecta un code pénal ainsi qu'un code d'instruction criminelle, qui furent copiés sur les deux codes français correspondants. En 1883, furent institués, à l'intention des citoyens égyptiens, les tribunaux nationaux (connus alors sous le nom de tribunaux indigènes) pour prendre dans les deux domaines civil et pénal, lieu et place des tribunaux « charéis » (ceux qui appliquent les prescriptions de la Chariaa) ainsi que les autres juridictions que les successeurs de Méhémet-Ali avaient innovées. Les nouveaux tribunaux ont été pourvus de deux codes criminels empruntés aux deux codes mixtes correspondants, après qu'ils furent touchés de quelques modifications — de forme, en général — exigées par les conditions de la situation. C'est ainsi que le code français néo-classique fit sa pénétration en Egypte, qui devint ainsi le premier pays arabe à avoir promulgué un code pénal d'origine européenne.

Il est intéressant de noter à cet égard qu'au moment de l'introduction de la législation pénale moderne en Egypte, il ne restait plus en vigueur des prescriptions pénales musulmanes spécifiques, c'est-à-dire celles qui n'appartiennent pas au domaine du « taazir » — dont la législation moderne n'est que l'application et la codification, — que certaines prescriptions relatives au « Kissas » et à la « Diah ». Quant aux « Houdouds », l'Egypte s'en était déjà complètement départie depuis des centaines d'années, suivant ainsi l'exemple de l'Etat Ottoman lui-même. Nous savons par ailleurs, que le « Kissas » et la « Diah » sont de l'ordre des peines auxquelles se rattache le droit privé de l'individu et qui peuvent être l'objet d'une remise, sans pour autant que cela puisse empêcher la repression par le « Taazir » pour les crimes et délits qui en relèvent. Or le nouveau code n'a fait que suivre ce principe, écartant ainsi totalement le « Kissas » et y substituant les peines adéquates à titre de « Taazir ». Quant à la « Diah », le nouveau code la maintint pour les cas d'homicide et de blessures, et ce en vertu d'un texte exprès qui fut maintenu dans l'article 216 du code de 1904, demeuré en vigueur jusqu'en 1937, stipulant : « Dans tous les cas prévus dans ce chapitre pour lesquels la « Diah », ou prix du sang, sera prononcée par la Chariaa, il sera réglé conformément à cette loi pour tous ceux qui en sont justiciables, sans préjudice

des peines édictées par le présent code ». Ceci veut dire que le maintien de la « Diah » n'exclut pas l'application des peines édictées par le nouveau code à titre de « taazir ».

Ainsi, le code pénal de 1883 n'a rien apporté de nouveau quant à l'abandon des prescriptions pénales islamiques, l'unique innovation se limitant, en effet, à la codification des différentes peines « taazir » — y compris les cas du « Kissas » et de la « Diah » — sur un style moderne que l'Etat Ottoman avait préalablement adopté depuis quelques années déjà. En fait, cette considération importante nous fournit, ensemble avec d'autres considérations, l'interprétation de cette vérité historique, à savoir que les esprits ont agréé avec quiétude la législation pénale nouvelle et s'y sont accoutumés après quelques années.(1)

Le Code de 1904.

L'application pratique du nouveau code démontra la nécessité d'en combler les lacunes, ou d'y apporter les modifications susceptibles de le rendre en harmonie avec les besoins et conditions de la société égyptienne, — autant de considérations qui donnèrent lieu à diverses reprises à la promulgation d'une multitude de décrets. La tendance se fit, en 1898, pour une modification de la nouvelle législation dont le but était au début l'intégration pure et simple de ces divers décrets épars dans le «code pénal». On considéra ensuite que la revision devait être plus large pouvant englober la reformulation de certains textes entachés d'ambiguïté, et l'introduction de certains systèmes et principes modernes que l'on avait omis en 1883 ou qui virent le jour après cette date. Le code nouveau fut édicté en 1904. Ceux qui en assumèrent l'élaboration ont déclaré dans la «note explicative» qu'ils ne se limitaient pas à prendre pour modèle la législation française, restée néanmoins la source principale, mais puisèrent aussi dans certaines législations alors récentes,

(1) Voir sur l'explication d'ensemble de cette constatation notre article « Lumières sur le projet du Code Criminel Social » (revue l'Egypte Contemporaine — Avril 1968).

telles que le Code italien néo-classique de 1889, le Code belge de 1867, le Code hindou entré en vigueur à partir de 1862, le Code soudanais de 1899, — observation faite que ces deux derniers codes sont empruntés à la législation anglaise.

Projet de Code de 1917.

Lorsqu'on pensa, suite au déclenchement de la première guerre mondiale, à l'abolition, dès la fin des hostilités, des privilèges étrangers ou «Capitulations», une commission fut constituée en vue de la revision des législations égyptiennes pour les rendre applicables tant aux égyptiens qu'aux étrangers, à la suite de l'abolition de ces capitulations, et des «tribunaux mixtes» auxquels elles avaient donné naissance depuis 1875. Il fut établi entre les années 1914 à 1917 un nouveau projet de code pénal fondé pour une large part sur le code de 1904, avec de plus amples emprunts, — à travers les législations soudanaise et hindoue, — des dispositions de la législation anglaise. Néanmoins, ce projet ne vit pas le jour parce que l'espoir qui avait motivé la refonte ne fut pas réalisé. En effet, ce projet, consacré par la «Commission des Capitulations» et dénommé «Projet Brunyate» du nom du Conseiller anglais qui en avait assumé la supervision, fut complètement délaissé, suite au déclenchement de la révolution de 1919 et au silence qui se fit quant à l'abolition des capitulations.

Le Code de 1937.

Lorsqu'en 1936, à la suite de la signature du traité anglo-égyptien, l'on pensa à nouveau à l'abolition des capitulations, il se forma, au Ministère de la Justice, une commission qui acheva au début de 1937 l'élaboration d'un nouveau projet de code pénal applicable après l'abolition des capitulations, tant aux égyptiens qu'aux étrangers. Peu de temps après fut signée la Convention de Montreux qui abolissait le système capitulaire. C'est alors que fut promulgué, par la loi No. 58 de l'année 1937, le code remanié, toujours en vigueur à ce jour. Ce code ne diffère en rien de celui de 1904, sauf les modifications apportées à certains textes pour les rendre applicables aux étrangers ou

l'annulation de certains autres dans le même but — telle l'annulation de l'article 216 relatif aux dispositions de la «Diah» — et l'inclusion des dispositions qui avaient fait l'objet, après 1904, de certaines lois indépendantes, de même que les apports — peu nombreux d'ailleurs — exigés par l'application pratique, sans parler bien entendu du changement du numérotage des articles que ces modifications avaient inévitablement nécessité.

En réalité, le code de 1937 est demeuré quant à ses fondements, une législation purement néo-classique, mettant peu à profit le mouvement éclectique qui s'était répandu depuis avant la première guerre mondiale jusqu'au déclenchement de celle de 1939. Même le système de «l'établissement spécial» affecté aux délinquants d'habitude, introduit en 1908 et inclus dans le nouveau code sous les articles 52 et 53, et dont le but était d'en faire, en application de la politique de l'école positiviste, une mesure de redressement social pour cette catégorie de criminels, — ce système a tôt fait de perdre dans l'application pratique tout sens utilitaire, se convertissant en une forme de peine de travaux forcés, ce qui en entraîna d'ailleurs l'abandon en 1956. On peut faire la même constatation quant aux jeunes délinquants à la phase de l'adolescence, pour lesquels le code de 1937 continua à consacrer un traitement essentiellement pénal, quoique confiant au juge le pouvoir de substituer les mesures éducatives — telle une «école de réforme» — à la peine d'emprisonnement.

Projets subséquents de révision.

Au lendemain de la fin de la dernière guerre mondiale, l'opinion tendit à une refonte radicale de l'ensemble de la législation pénale, afin de la rendre, d'une part en harmonie avec l'évolution des conditions sociales, et d'autre part, au niveau du développement imprimé par la pensée pénale mondiale sur le plan de la politique criminelle. Il s'est alors formé, au sein du Ministère de la Justice, une commission dont l'activité eut pour résultat la promulgation en 1950, du nouveau code de procédure pénale. Quant au «code pénal», la commission en charge de sa révision a en fait achevé, entre les années 1946 et 1952,

l'élaboration d'un projet qui fit de larges emprunts aux innovations introduites par les législations européennes, qui avaient récemment subi des transformations inspirées par le mouvement éclectique. L'innovation la plus saillante empruntée à ces législations a été le système des «mesures de sûreté». Ce projet ne vit pas le jour, quoique le législateur de la révolution de 1952 ait puisé de sa «partie spéciale» un grand nombre de dispositions lors du remaniement qu'il effectua à cette même partie du code qui reste toujours en vigueur à ce jour.

Immédiatement après la réalisation, au début de 1958, de l'unité entre l'Egypte et la Syrie, on pensa à l'unification des législations des deux provinces de la «République Arabe Unie». Une commission préparatoire — acheva au bout d'un an d'élaborer un projet mettant beaucoup à profit le code syrien ainsi que le projet égyptien qui avait été parachevé en 1952. Le projet ainsi préparé fût ensuite adopté par une commission conjointe représentant les deux provinces et qui finit par l'adopter. Cependant, la séparation qui se produisit entre la Syrie et l'Egypte fut un obstacle à la promulgation de ce «projet unifié», comme on a l'habitude de le qualifier couramment. Néanmoins, malgré que l'on s'en est depuis lors départi, le dit projet fut à la base des tentatives réitérées de revision qui n'ont pas cessé jusqu'au début de 1966, où se constitua au Ministère de la Justice et sous la présidence du ministre en charge, une commission — dont je fus membre — ayant pour mission d'effectuer la revision du projet qui était l'aboutissement des tentatives précédentes, et qui ne marquait pas de grandes différences avec le projet unifié. Cette commission put ainsi, avant la fin de l'année 1968, élaborer un projet de code pénal, inspiré dans une certaine mesure par la politique de défense sociale qui est le trait distinctif de l'étape actuelle du droit pénal évolué.

§ 2 — *La législation soudanaise*

Dès le moment où les anglais s'assurèrent du Soudan par la convention qu'ils passèrent avec l'Egypte, instituant le «condominium», ils promulguèrent en 1899 une législation pénale puisée du code pénal hindou de 1862. Les conditions de l'Inde res-

semblaient alors, à beaucoup d'égards, à celles du Soudan, surtout quant à l'application des prescriptions de la « Chariaa ». Ce code hindou avait puisé ses dispositions de la Common Law, ainsi que du code Livingstone en vigueur aux Etats-Unis dans la Louisiane, ensemble avec certains principes de la législation pénale française qu'aucune législation pénale nouvellement établie au cours du siècle écoulé ne pouvait ignorer, même si elle était fortement rattachée aux principes directeurs du droit anglais. Le code actuellement en vigueur au Soudan y fut promulgué en 1925 en langue anglaise. Il est exactement le même que le code précédent touché par quelques modifications. Le code de 1925 n'a été transposé en langue arabe que tout récemment

Le Soudan est, après l'Egypte, le second pays arabe ayant adopté une législation pénale nouvelle. Cependant, la disparité des conditions historiques propres à chacun de ces deux pays eut pour effet de rallier l'un d'eux au groupe des Etats du code napoléonien, et l'autre à celui des Etats de législation anglaise, et ce quoique ces deux pays ne forment en fait qu'une seule et même communauté, sans parler bien entendu des multiples traits d'union entre eux. Cet état de choses n'a évidemment pas empêché l'intégration par le code soudanais de nombre de principes et théories tirées de la législation française, qui lui parvinrent soit par le code hindou ou par le « code pénal » égyptien. Il est à noter, par ailleurs, que le seul fait d'avoir codifié la législation pénale soudanaise, en application du principe de la légalité « textuelle » tel qu'il fut proclamé par la « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » révolutionnaire, introduit cette législation dans la « zone » du Code napoléonien, et l'éloigne d'autant de la Common Law anglaise qui est — en principe — une législation essentiellement coutumière.

§ 3 — *La législation irakienne*

Jusqu'à son occupation par les forces britanniques au cours de la première guerre mondiale, l'Irak continua à suivre l'Etat ottoman dans le domaine du droit pénal, se conformant ainsi d'abord aux prescriptions de la Chariaa, puis au code pénal ottoman de filiation française édicté en 1858. Lors de cette occupa-

tion, le commandant général des forces britanniques promulgua en 1918 le code pénal qui est toujours en vigueur, et qu'on qualifie de « bagdadien » du fait que son application se limitait au début à la région de Bagdad.

L'opinion est presque unanime aujourd'hui, pour dire que ce code pénal a eu pour source le projet égyptien qui avait été établi en 1917 sous la supervision du Conseiller anglais « Brunyate ». Ceci nonobstant le fait que la note explicative accompagnant ce code ait déclaré qu'il fut tiré de la « loi pénale ottomane ». Mais quelque puisse être l'opinion à ce sujet, il est néanmoins incontestable que le code pénal bagdadien ressemble au projet égyptien quant au fait qu'il se base essentiellement sur les fondements de la législation pénale française tels qu'ils furent embrassés par le code pénal égyptien de 1904, et quant au fait aussi qu'il ait, quoique dans une plus grande proportion, adopté — dans certains points de détail — des dispositions tirées de la loi anglaise, soit directement ou par l'intermédiaire des législations soudanaise et hindoue.

La conclusion d'ensemble que l'on peut donc ainsi tirer quant au caractère du code pénal irakien, c'est qu'il appartient au groupe des codes qui tournent, sur le plan philosophique et doctrinal, dans le giron du code napoléonien, et ce en dépit du fait qu'il semble avoir subi l'influence de la législation anglaise, dans une proportion bien plus grande que pour le code pénal égyptien.

§ 4 & 5 — *Les législations libanaise et syrienne*

La « loi pénale ottomane » est demeurée en vigueur au Liban jusqu'à la proclamation de l'indépendance de ce pays. Le code pénal libanais actuel a été promulgué avant la fin de la deuxième guerre mondiale, par un décret-loi de mars 1943. Ce code était entièrement français de caractère, non seulement quant à son origine et l'esprit qui l'a animé, mais aussi quant à la langue employée dans sa rédaction. Ce code fut, en effet, édicté dès l'abord en langue française, et demeura ainsi durant quelques années. En 1949, une commission syrienne fut chargée

de traduire ce code en langue arabe, en vue de la promulgation d'un code pénal moderne qui remplacerait en Syrie la « loi pénale ottomane ». En fait, ce pays promulgua un code nouveau en juin 1949 qui est une copie presque littérale du code libanais, avec une différence de numérotage due au fait que certains articles — relatifs aux forces militaires françaises qui occupaient alors le Liban — avaient été écartés.

On peut dire que tant le Liban que la Syrie se sont d'emblée ralliés, par ce nouveau code, à la « zone » de la législation pénale française, à laquelle les avaient précédé l'Egypte aussi bien que l'Irak. Il nous faut cependant signaler que la commission chargée de la préparation du code libanais a effectué de larges emprunts dans les codes européens relativement récents à cette époque, en tête desquels le code suisse de 1937. Telle est la raison de l'existence dans les codes libanais et syriens de certains signes distinctifs du mouvement éclectique qui a suivi la révolution positiviste, et le plus éminent est, en fait, le système des « mesures de sûreté ».

§ 6 — *La législation jordanienne*

L'évolution de la législation pénale jordanienne s'est effectuée dans des conditions semblables à celles traversées dans les autres pays arabes, soumis tout d'abord aux prescriptions de la « Chariaa », puis à la « loi pénale ottomane ». Cette loi demeura en vigueur en Jordanie jusqu'à la promulgation, par la loi No. 85/1951, du nouveau « code pénal » jordanien dont l'article 460 prescrit que la « loi pénale ottomane » ainsi que les autres lois additionnelles — comme nous le savons déjà — ne sont plus valables.

En fait, le nouveau code est tiré du code syrien de 1949 qui est une pure traduction du code libanais. Il représente, en conséquence, la phase éclectique qui joint les peines aux « mesures de sûreté ». Celles-ci font, en effet, l'objet de la section II du chapitre II du livre consacré aux dispositions générales, la section I du même chapitre traitant des « peines ».

§ 7 — *La législation koweitienne*

Dès l'accession, il y a quelques années, du Koweit à l'indépendance, ce pays a promptement élaboré des législations qui lui sont propres, afin de corroborer cette indépendance de toutes les manifestations d'un Etat souverain. C'est ainsi que, sur le plan de la législation criminelle, il fut promulgué en 1960 un code pénal dont le code égyptien est la source principale, avec des emprunts faits au code syrien ainsi qu'aux codes européens les plus récents.

On ne peut, en fait, tirer du code koweitien aucune conclusion distinctive quelconque quant à l'évolution du droit pénal dans les pays arabes. C'est que le Koweit qui, quelques dizaines d'années auparavant, n'était qu'une petite contrée de la presqu'île arabique, parfaitement semblable à toutes les autres, et partant, soumise aux mêmes conditions à tous les points de vue, s'est vu du jour au lendemain métamorphosé en une société modernisée à l'excès quant à la structure politique, économique et urbaine, contrairement à la structure sociale qui est restée de caractère plutôt tribal. Il est donc impossible de parvenir, en base d'une législation qui semble avoir été formulée pour satisfaire les exigences de la structure de ce pays sur le premier plan, à une conclusion quelconque relativement à la question qui nous occupe; car le droit pénal ne saurait évidemment être séparé, quant à son évolution, du processus suivi par la société et par le cours de sa civilisation à travers l'histoire.

Ceci explique, d'ailleurs, le fait que des tentatives réitérées furent entreprises pour remanier le code pénal koweitien, qu'on attaqua, dès sa promulgation, l'accusant d'avoir transplanté dans une terre purement arabe et islamique, des dispositions très modernes d'origine européenne. Ainsi, on a fait courir, en base de cet argument, qu'on devrait plutôt faire appel aux prescriptions pénales islamiques, effectivement en vigueur dans la Séoudie, son grand pays voisin. Aussi, le gouvernement présentait-il à l'Assemblée Nationale, en 1963, un projet de «code pénal» remanié dont l'examen fut entrepris jusqu'en 1965 par une commission parlementaire. Il fut alors soumis à l'assemblée ensemble avec le rapport de la dite commission. Des divergences de points

de vue surgirent lors de la discussion de ce projet et un grand nombre de ses articles fut renvoyé à la commission pour y subir un nouvel examen. Finalement, le gouvernement retira le projet en son entier afin qu'il soit soumis à l'examen d'une commission gouvernementale et populaire, et en vue de faire état du désir général de le marquer par des options plus larges de certaines prescriptions de la Loi Musulmane.

§ 8 — *La législation tunisienne*

Ainsi qu'il en fut des autres pays arabes dépendant de l'Etat Ottoman, la Tunisie appliquait tour à tour les prescriptions pénales islamiques et la « loi pénale ottomane ». Vers la fin du siècle écoulé, la Tunisie fut soumise à la domination française, et quelques années plus tard fut promulgué — en 1913 — le premier code pénal tunisien élaboré sur le style moderne, ayant pour titre la « Midjalla » pénale. La législation napoléonienne a été forcément la source principale de ce code, quoique certaines de ses dispositions soient tirées des législations ottomane, égyptienne et italienne.

Il semble bien que la Tunisie a été tellement imprégnée de l'esprit des institutions françaises, qu'elle s'est complètement libérée de toute entrave que les prescriptions de la « Chariaa » auraient imposée. Relevons, à titre d'exemple, que la Tunisie n'a éprouvé aucune gêne pour l'incrimination de la polygamie, sans que cela soit commandé par l'intérêt général de la société, ainsi que l'exige la théorie musulmane des « masaleh morsala » ou théorie des « intérêts prééminents de la société ». Nous voyons ainsi l'article 18 de la loi tunisienne sur le statut personnel instituer cette infraction en stipulant que : « tout individu déjà marié, qui contracte un nouveau mariage avant la rupture du précédent lien conjugal, sera puni d'un an de réclusion et d'une amende de 240.000 francs ou de l'une des deux peines, même si le dernier mariage n'a pas été conclu conformément aux dispositions de la loi... »

Il est vrai que la loi irakienne No. 188/1959 sur le statut personnel a eu recours aussi à une incrimination similaire, puis-

que l'article 3 de cette loi subordonne le mariage avec plus d'une femme à l'autorisation préalable du juge, laquelle implique deux conditions (alinéas 4 et 5). Cet article stipule ensuite — dans l'alinéa 6 — que : « Tout individu qui contracte mariage avec plus d'une femme, contrairement à ce qui est énoncé dans les alinéas 4 et 5, sera puni de l'emprisonnement pour une durée ne dépassant pas un an ou d'une amende de cent dinars au maximum, ou des deux peines cumulativement ». Il nous appartient cependant de relever que les conditions qui furent à l'origine de cette incrimination en Irak sont absolument différentes de celles qui l'entourèrent en Tunisie, comme en témoigne à l'évidence l'embarras dans lequel s'est trouvé le législateur irakien, face aux prescriptions de la « Chariaa », l'empêchant ainsi de paralyser la licence à la polygamie donnée par celle-ci. La loi irakienne se limite, en effet, à la subordination de cette licence à l'autorisation du juge, portant ainsi l'incrimination sur le mépris de cette condition tandis que la loi tunisienne est de caractère si absolu qu'elle aboutit à paralyser la licence en question elle-même.

§ 9 — *La législation lybienne*

La Lybie a été le premier pays de l'Occident arabe ayant accédé à l'indépendance. Cela est dû à la défaite de l'Italie, qui dominait ce pays, dans la deuxième guerre mondiale, perdant ainsi définitivement ses colonies et les terres lybiennes qu'elle avait annexées à son territoire national. Nul doute que la Lybie se soumit, en tant que province ottomane, aux prescriptions de la « Chariaa » appliquées par l'Etat Ottoman. Il semble bien qu'au moment où l'Italie entreprit, en 1911, l'invasion des terres lybiennes, la « loi pénale ottomane » était d'une façon générale appliquée dans les villes et les agglomérations urbaines, contrairement au Sahara où il était malaisé aux tribus qui y vivaient de se soumettre à ses dispositions, sans lien avec la « Chariaa » ou avec les traditions coutumières qui s'y rapprochent. Lorsque les terres lybiennes furent annexées à l'Italie en tant que partie intégrante de son territoire national, la législation italienne prit lieu et place de la « loi pénale ottomane » là où elle était en vigueur. La situation est demeurée inchangée jusqu'à la fin de

la deuxième guerre mondiale. C'est alors que les autorités militaires britanniques édictèrent en 1947 le premier code pénal propre à la Lybie. Ce code fut en 1953 publié au Journal Officiel après qu'une commission formée de certains juristes égyptiens en ait modifié la formulation, d'où il se trouve fortement influencé par le code pénal égyptien. Certaines de ses dispositions ont été par la suite modifiées en vertu des lois No. 48/1956 et 18/1962. On peut ainsi comprendre le code lybien actuel dans le groupe des codes pénaux d'origine française.

§ 10 — *La législation marocaine*

Le Maroc appliquait, en tant que pays musulman, les prescriptions de la « Chariaa ». N'ayant jamais cependant été soumis à l'Etat Ottoman, il ne fit pas cas de la « loi pénale ottomane ». Lorsqu'il devint protectorat français, à la veille de la première guerre mondiale, les autorités françaises maintinrent pour un certain temps ses institutions judiciaires, jusqu'au jour où fut promulguée en Tunisie la « Midjalla pénale ». Encouragées par ce fait, les autorités françaises appliquèrent, en vertu du zahir (décret) du 12/8/1913, le code pénal français, soit un mois seulement après l'édition du code tunisien. Sous le règne du Sultan Ben Arafa fut promulgué le premier code marocain, en langue française, sous le nom de « Droit Criminel », en vertu du zahir du 24 octobre 1953. C'était, en l'occurrence, en tous points, le code français expurgé de certaines dispositions incompatibles avec le Maroc, et augmenté de certaines innovations auxquelles avait abouti le mouvement éclectique qui suivit la révolution positiviste, telles qu'elles avaient été consacrées par certaines législations pénales relativement récentes en Europe, tels le code italien de 1930 et le code suisse de 1937. Lorsque le roi Mohammed V. reprit en mains les rennes du pouvoir, un code pénal fut mis en préparation et a été en fait promulgué en langue arabe le 26 novembre 1962. Ce code, actuellement en vigueur, ne diffère du précédent que par le fait qu'il accorde une plus grande part aux applications du courant éclectique dans le domaine de la politique criminelle, tout en maintenant tels quels les fondements classiques du droit pénal.

§ 11 — *La législation algérienne*

Nul doute que l'Algérie appliquait, lors de son invasion par la France avant le milieu du siècle passé, les prescriptions de la « Chariaa », exactement comme ce fut le cas des autres pays arabes qui dépendaient alors de l'Etat Ottoman. Dès que la situation devint stable pour les autorités françaises, celles-ci se hâtèrent d'y imposer des dispositions tirées de la législation pénale française, et le code pénal napoléonien même fut mis en vigueur dès l'annexion de l'Algérie à la France en tant que partie intégrante de son territoire national. Mais sitôt que l'Algérie acquit son indépendance, il y a quelques années, elle se hâta d'arabiser sa législation. En effet, par l'ordonnance No. 156/1966, fut édicté le « code pénal » qui n'est rien d'autre que le code français, tout en faisant siennes les conclusions du mouvement éclectique, fait qui apparaît à l'évidence de la lecture du premier alinéa de l'article 4, par lequel débute le livre premier de la première partie de ce code, sous le titre « des peines et mesures de sûreté ». Ce texte prescrit en effet que : « La répression des infractions se fera par l'application des peines; leur prévention se fera par l'application des mesures de sûreté ». Ceci implique donc que le code algérien a pour fondement le droit pénal classique, et que les « mesures de sûreté » se limitent à « l'état dangereux », tel que décrit à l'article 19 du dit code.

CHAPITRE III

PERSPECTIVES DE LA LEGISLATION PENALE ISLAMIQUE

En fait, l'étude de l'avenir des prescriptions relatives à l'incrimination et à la répression édictées par la « Chariaa », — et la part qu'occuperaient ces prescriptions dans les législations des différents pays arabes, au cas où celles-ci viendraient à subir une profonde réforme entièrement libérée de toutes entraves, hormis celles relevant de l'intérêt général et le souci d'adaptation aux conditions de civilisation de la société à ses divers niveaux, — cette étude, disons-nous, n'appartient pas d'une manière directe au sujet que nous traitons, où il ne s'agit que d'entreprendre l'examen de l'évolution de la pensée et de la légis-

lation pénales des pays arabes, ce qui nous oblige forcément à nous arrêter à l'étape actuelle qui se caractérise par l'adoption par la grande majorité de ces pays de la législation européenne moderne, abandonnant ainsi catégoriquement les prescriptions islamiques « orthodoxes » pour ainsi dire.

La question est cependant délicate et d'une importance vitale, vu les conditions de transformation radicale que traversent les sociétés arabes à l'heure actuelle. Elle est même effectivement soulevée dans chaque pays arabe, débarrassé déjà du complexe d'imitation aveugle que lui avait engendré sa vassalité de naguère à l'égard d'une puissance colonisatrice étrangère, et tenant en mains le pouvoir révolutionnaire de changement en vue de s'adapter tant à son legs de civilisation qu'à ses besoins progressistes actuels. Nous ne saurions, dans ces conditions, passer sous silence pareille question, ou nous abstenir d'y donner une réponse d'une façon ou d'une autre. Force donc est d'aborder la dite question en toute franchise, ne serait-ce que dans le cadre des spéculations personnelles que justifient, néanmoins, les conclusions tirées de l'évolution, que nous venons de retracer, du droit pénal dans les pays arabes depuis l'origine jusqu'à ce jour.

Toute la difficulté réside dans les « Houdouds ».

Nous savons de ce qui précède que les prescriptions de la « Chariaa » relatives à l'incrimination et à la répression se divisent en trois catégories, suivant qu'elles sont du ressort des « Houdouds », du « Kissas » ou du « Taazir ». Il n'y a certes aucune difficulté quant aux prescriptions relatives au « Kissas » ou son substitut la « Diah ». Elles sont, en effet, la part de l'individu et il n'y a aucun mal à ce que la législation pénale en entreprenne la réglementation sur un autre style pouvant garantir aux individus leurs droits civils privés, et donnant à la société la plénitude de son droit social, voire de son devoir, de se prémunir des infractions qui entraînent le « Kissas » suivant la « Chariaa », et ce par tous les moyens qu'elle estime propres à assurer l'intérêt général et satisfaire les besoins de la défense sociale. Nous avons remarqué, par ailleurs, que

le système du « Taazir » peut embrasser toutes les infractions y compris celles du ressort des « Houdouds » et du « Kissas », toutes les fois qu'il y a impossibilité, pour quelque raison que ce soit, d'infliger le châtement. Nous savons aussi que c'est bien le système du « Taazir » qui a ouvert le chemin à l'existence des « codes pénaux », d'abord dans l'Etat Ottoman, puis dans les pays arabes soit en Orient soit en Occident; ces codes n'étant en effet autre chose que la consécration des différentes « taazirates » — c'est-à-dire incriminations — adoptées par le « législateur », lequel tient dans les régimes modernes lieu et place du « Hakem » muni, en vertu de la « Chariaa », du pouvoir du « taazir ». Bien mieux, nous avons vu que ce système du « taazir » se prête à merveille pour opérer une réforme dans les pays arabes, de la législation pénale dans le sens social auquel a abouti l'évolution de la pensée pénale mondiale à l'étape actuelle, et ayant pour mot d'ordre « la défense sociale » par tous les moyens humanitaires.

Il ne reste plus alors que le problème concernant les « houdouds ». La question qui se pose à cet égard est de savoir s'il y a une possibilité quelconque d'un retour à ces incriminations par la majorité écrasante des pays arabes qui les avaient complètement abandonnées depuis des siècles. Pour notre part, il n'y a absolument aucune difficulté à répondre à cette question même. En effet, nous ne pouvons pas nous imaginer une reversibilité possible des « houdouds » dans ces pays après leur accession à la dernière étape dans l'évolution de la pensée pénale; et leur éloignement définitif et entier par conséquent de l'étape qui tolérât, même pour des cas déterminés, l'institution de la peine sur une base religieuse. La difficulté réside par contre dans l'accommodement entre l'obligation des sociétés arabes aux « houdouds » — qui, par définition, sont immuables, ne pouvant donc subir ni changement ni modification par le fait qu'elles font partie des prescriptions impératives de la « Chariaa » — et le droit légitime qui appartient à ces sociétés d'entreprendre la transformation de leurs institutions et législations en fonction des conditions sociales en continuel changement et transformation.

L'opinion dominante en doctrine musulmane est que les « houdouds », aussi bien que la religion elle-même, sont valables

pour tous les temps et lieux. Et pourtant les docteurs de l'Islam ne s'appuient pas — pour formuler cette opinion — sur le caractère religieux des «houdouds», mais la fondent plutôt à partir de l'intérêt général. En vue de consolider cette opinion, ils interprètent le « droit du Seigneur » auquel se rattache la peine encourue à titre de «houdouds», comme étant, en dernière analyse, le droit de la société, puisque, disent-ils, le mal engendré par ces infractions se répercute sur l'ensemble de la collectivité sociale, et qu'il est dans la possibilité des «houdouds» de prévenir et combattre ce mal, et de réaliser ainsi l'intérêt social sur le double plan de la sécurité et de la sûreté. Nous sommes entièrement d'accord avec cette opinion, pourvu que l'on vise par ces paroles les sociétés islamiques sous leur forme initiale du début de l'Islam, laquelle est une forme de communauté qu'il est rare de rencontrer, même à l'état proche, dans nos sociétés contemporaines. Dans de semblables sociétés modèles, personne ne discute de la validité des «houdouds» à caractère religieux pour le bien de la collectivité et le bien-être de ses membres, et il n'y a aucune objection à ce que le droit du Seigneur soit synonyme de celui de la société, puisqu'il n'y a alors aucune séparation entre le spirituel et le temporel. Nous insistons et répétons ici, ce que nous avons dit à maintes reprises, que ce que l'on entend par caractère religieux des «houdouds», c'est le fait qu'ils ont été imposés pour la sauvegarde de la religion et de la communauté musulmanes en tant que tout inséparable.

En admettant cette interprétation, et il semble bien que l'on ne puisse faire autrement, toute cause de gêne disparaît quant à l'attitude des pays arabes quant aux «houdouds», sans même qu'il soit besoin de chercher à savoir sur quel pays retombe la responsabilité d'avoir le premier abandonné ces prescriptions depuis des siècles, ou de rechercher les causes de désagrégation de la communauté arabe en Etats à structure complexe, et dont les conditions sont devenues, en conséquence, profondément différentes de ce qu'elles étaient dans la société islamique modèle des premiers temps. D'autres considérations diverses viennent de même atténuer, dans une grande mesure, l'attitude négative prise à l'égard des «houdouds». Notons en tête de ces considérations, que le Droit Musulman lui-même ressent une grande gêne à l'application de ces «houdouds», ainsi qu'il résulte du principe

qui dit que « le doute repousse les houdouds » et les applications notoires que ce principe a eues dans l'histoire du droit musulman, à tel point que le châtement de l'adultère — qui est la lapidation — n'a été infligé que trois fois durant la vie du Prophète et le règne des quatre premiers Khalifes majeurs. Parmi ces considérations, relevons aussi la rareté des questions relatives aux « houdouds » qui jouissent de l'unanimité de la doctrine ainsi que la difficulté, dans la plupart des cas, à réunir les conditions d'application de ceux-ci.

Par ailleurs, nous avons eu l'occasion, — dans un article où nous avons essayé de fournir une explication de l'attitude négative du nouveau projet de code pénal de la R.A.U. à l'égard des « houdouds », ⁽¹⁾ — de hasarder cette considération que les « houdouds » ne sont que des « formes » de peines exterminatoires et corporelles, qui ne sont pas spécifiquement exclusives de la « Chariaa », mais qui étaient monnaie courante dans les autres collectivités humaines avant et après la mission du Prophète et qu'elles subsistaient encore jusqu'en plein 18^e siècle en Europe même. Nous avons voulu en déduire que le sens religieux inhérent à ces peines, et qui est l'expiation du forfait, qui représente alors un péché, n'est pas lié à leurs formes spécifiques, mais se rattache plutôt au sens en soi de mortification et de souffrance. Même en admettant que le sens religieux se rattache aux formes précises mêmes des « houdouds », il n'en reste pas moins qu'il faut convenir que seuls en sont passibles les fidèles qui professent la foi musulmane. Nous sommes convaincus que c'est cette manière de voir qui a inspiré le grand Iman Abou Hanafi El Nooman lorsqu'il a professé la non-application des « Houdouds » islamiques aux personnes qui demandent asile à l'Islam, c'est-à-dire aux étrangers qui résident d'une manière provisoire dans « Dar El Islam », c'est-à-dire terre d'Islam; et que c'est à partir de cette jurisprudence que l'Etat Ottoman commença — au 15^e siècle, à la suite de la conquête de Byzance et l'accroissement, par conséquent, du nombre de non-musulmans résidant en territoire d'Islam, — de glisser sur la pente

(1) « Lumières sur le projet du Code criminel social » (prec. cit.)

qui le conduisit au régime des «capitulations» instauré en faveur des étrangers, ainsi qu'à l'abandon total des prescriptions pénales islamiques. Appliquant cette logique des choses à nos sociétés arabes contemporaines, où le nombre d'habitants non musulmans a augmenté dans une plus grande proportion et où il se trouve même que la religion chrétienne est celle de certains Etats arabes, nous arrivons à la conclusion inéluctable de la nécessité pour la législation pénale de se départir des «houdouds». Il en va ainsi parce qu'il s'agit en l'occurrence d'une législation liée à la souveraineté de l'Etat, obligatoire en conséquence à tous ceux qui résident sur son territoire sans aucune distinction ou exception, et ne pouvant ainsi comprendre des dispositions qui seraient applicables aux musulmans et non aux autres.

Si le «complexe» des «houdouds» venait ainsi à disparaître, il ne restera plus dans les législations pénales modernes des pays arabes, une cause de heurt avec les fondements sur lesquels se base la législation pénale islamique, les mêmes, comme nous l'avons vu, qui sont à la base du droit pénal moderne. Quant aux dispositions relatives à l'incrimination et à la répression en législation moderne, elles ne sont pas autre chose que la consécration légale et la codification des différentes applications du «Taazir», qui ont fait leur preuve d'adaptabilité aux conditions sociales dans chaque pays, et qui sont, de par leur nature, susceptibles de tout changement, modification et transformation, et ce en vertu du principe de la «Syassa El-Charéi» ainsi que celui des «masaleh morsala» ou «intérêts prééminents de la société», — ces deux principes étant de l'essence de la législation musulmane en général. Nous avons précédemment observé que le système du «Taazir» peut, à la lumière de ces deux principes, embrasser non seulement l'idée de rééducation de la personne même du coupable et de son redressement par des mesures pénales et non pénales, — ce qui représente le maximum atteint par les écoles éclectiques à l'étape qui a suivi la révolution pénale positiviste, — mais il embrasse aussi beaucoup plus que ceci à notre avis, tels les mots d'ordre professés par le droit pénal à son étape sociale et humanitaire présente, quant à considérer la «société» elle-même et sa prémunition contre la criminalité, l'axe

autour duquel tourne la politique criminelle sur tous ses plans: législatif, judiciaire et exécutif. Il est même à remarquer que ce système, ainsi que nous l'avons expliqué, répugne par sa nature à la «peine capitale», préconisant au contraire la «privation de la liberté» comme peine et mesure sociale, ouvrant l'opportunité à la rééducation, au redressement, à la réadaptation et à la resocialisation.

En fait, le système du «Taazir» et les deux principes qui l'animent sont, dans le domaine de la défense sociale, d'une souplesse sans limites. C'est ainsi, à titre d'exemple, qu'il permet dans les sociétés menacées — du fait de «l'explosion démographique» — de famine ou de destruction, le recours à l'incrimination de la polygamie faite sans autorisation de la justice, au même titre qu'il permet l'incrimination de l'avortement dans les sociétés qui souffrent au contraire de la dénatalité. La conclusion que l'on tire de ce parallèle c'est que le système du «Taazir» est valide pour toutes les sociétés quelles que soient les situations contradictoires où elles se trouvent et la disparité de leurs conditions.

CONCLUSION

Qu'il nous soit permis, enfin, de dire, en guise de conclusion générale de cet exposé, que la législation pénale islamique est une législation modèle propre à une société islamique modèle, exactement comme il en fut des principes de «Cesare Beccaria» qui représentaient les fondements d'une législation pénale modèle pour une société chrétienne modèle, et que la révolution française a essayé de réaliser il y a deux siècles. Lorsque les conditions et systèmes propres à chaque société ont changé tant ici que là, et qu'en conséquence les déviations se sont infiltrées dans ces législations et principes modèles par l'application qui en fut faite, il devint nécessaire de trouver une formule nouvelle de défense de la société contre une criminalité en continuel accroissement. Il s'agit d'une formule qui serait certes liée au contexte même du régime social qui assure l'égalité, le bien-être et la sécurité pour tous les cito-

yens. C'est la formule du «droit de défense sociale» préconisée par la troisième révolution pénale, représentant ce qui devrait être à l'avenir, et celle du «droit pénal social», pour laquelle nous avons opté pour nos sociétés à l'étape actuelle de leur évolution. Cette dernière formule ne signifie pas qu'il s'agit en l'occurrence d'un système juridique donné à structure complète, ou d'une conception philosophique et doctrinale déterminée; mais que c'est là l'expression d'une politique criminelle d'ensemble à la fois réaliste et rationnelle, dont certains éléments peuvent varier en fonction des différentes sociétés et de la disparité de leurs conditions. C'est ainsi que les prescriptions pénales islamiques, y compris les «houdouds» ou les prescriptions qui s'en rapprochent, peuvent convenir à certaines sociétés arabes même à nos jours, comme en témoigne indubitablement l'exemple vivant de la Séoudie et du Yémen.