



HAL
open science

Arbitrage et conciliation aux premiers siècles de l’Islam : théories, pratiques et usages sociaux

Mathieu Tillier

► **To cite this version:**

Mathieu Tillier. Arbitrage et conciliation aux premiers siècles de l’Islam : théories, pratiques et usages sociaux. *Revue des Mondes Musulmans et de la Méditerranée*, 2016, Arbitrage et conciliation dans l’Islam médiéval et moderne, 140. halshs-01503427

HAL Id: halshs-01503427

<https://shs.hal.science/halshs-01503427v1>

Submitted on 7 Apr 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Arbitrage et conciliation aux premiers siècles de l’Islam : théories, pratiques et usages sociaux

Mathieu Tillier*

Résumé : L’arbitrage (*tahkīm*) et l’arrangement à l’amiable conclu par le biais d’une conciliation (*ṣulḥ*) apparaissent à première vue comme des formes de justice parallèles aux juridictions étatiques. Fondé sur des sources narratives et juridiques, le présent article explore les articulations de ces systèmes aux institutions officielles et en relève les principaux usages judiciaires et sociaux dans l’Orient des quatre premiers siècles de l’Islam. Il apparaît que l’arbitrage fut très tôt intégré au système général de résolution des conflits, sous la forme d’une juridiction inférieure, dont la sentence contraignante était susceptible d’appel devant les tribunaux étatiques. Les cadis servaient par ailleurs de médiateurs lors de la conclusion d’arrangements à l’amiable. Si la théorie juridique tendit à minimiser ce rôle, le *ṣulḥ* entraînait dans des stratégies permettant aux plaideurs de réduire leurs pertes tout en accroissant leur capital symbolique.

Mots-clés : tribunal ; cadi ; médiation ; *tahkīm* ; *ṣulḥ* ; formulaires juridiques ; *shurūṭ* ; charité

Abstract: *Arbitration and conciliation during the first centuries of Islam: theory, practices, and social uses.* Arbitration (*tahkīm*) and settlement by mutual agreement achieved through conciliation (*ṣulḥ*) appear at first glance as forms of justice parallel to state courts. Based on narrative and legal sources, this article explores the articulations of such systems with official institutions and identifies their main judicial and social uses in the Eastern provinces of the caliphate during the first four centuries of Islam. It appears that early on, arbitration was integrated into the general system of conflict resolution, in the form of a lower court, whose binding sentence could be appealed to state courts. Qadis also served as mediators for amicable settlements. Although the legal theory tended to minimize that role, *ṣulḥ* was part of current strategies enabling litigants to reduce their losses while increasing their symbolic capital

Keywords: courts; qadi; mediation; *tahkīm*; *ṣulḥ*; legal formularies; *shurūṭ*; charity

INTRODUCTION

Si tu souhaites [apprendre] le droit, va trouver mon maître et celui d’al-Ḥasan b. Abī l-Ḥasan. Si tu désires une fatwa, sollicite ‘Abd al-Malik b. Ya‘lā. Si c’est un jugement (*qaḍā’*) que tu veux, va voir ‘Abbād b. Maṣṣūr. Si tu cherches la réconciliation (*ṣalāḥ*), adresse-toi à Ḥumayd al-Ṭawīl. Enfin, si tu aspiras au désordre, il te reste Ṣāliḥ al-Sadūsī. Sais-tu ce que te dira Ḥumayd ? « Abandonne une fraction de ce qui te revient de droit, accorde un délai pour une autre partie et prends ce qui reste. » Et sais-tu ce que te dira Ṣāliḥ al-Sadūsī ? « Nie devoir quoi que ce soit, revendique ce qui ne t’appartient pas et prétends avoir des témoins absents. » (Wakī‘, *Quḍāt* : I, 249-250)

* Université Paris-Sorbonne/UMR 8167 Orient et Méditerranée.

Ainsi Iyās b. Mu'āwiya (m. c. 121/739) présentait-il les voies juridiques disponibles dans la Baṣra de la première moitié du II^e/VIII^e siècle. Un individu qui ne souhaitait pas simplement connaître le droit, mais résoudre un conflit par l'intermédiaire d'un tiers, pouvait recourir soit à la justice institutionnalisée d'un *cadi* nommé par le pouvoir omeyyade, soit à une personne privée – sous forme de conciliation comme dans cet extrait, ou par la désignation d'un arbitre. Cette dichotomie suggère l'existence de systèmes parallèles de résolution des conflits, la justice de l'État et celle de particuliers progressant chacune de son côté sans rencontrer l'autre.

La qualité d'une anecdote se mesure néanmoins à sa concision, et le paysage judiciaire ainsi brossé à grands traits schématise des réalités judiciaires et sociales plus complexes. Comment la justice du *cadi* s'articulait-elle à l'adjudication de l'arbitre et à la conciliation du médiateur ? Dans quelle mesure les théoriciens musulmans concevaient-ils ces formes de résolution des conflits comme parties d'un même système ? Les sources disponibles pour les premiers siècles de l'hégire sont peu loquaces, car le rôle qu'elles assignent aux *cadis* – représentants officiels du pouvoir musulman – tend à occulter celui de personnages plus en retrait et moins emblématiques. Bien qu'éparses, des données concernant l'arbitrage et la conciliation existent néanmoins. Pour s'en tenir ici aux sources littéraires, les ouvrages de *fiqh* consacrent des développements conséquents aux règles de l'arbitrage (*taḥkīm*) et, surtout, de l'accord à l'amiable (*ṣulḥ*) souvent conclu au terme d'une conciliation ; les chroniques et les dictionnaires biographiques préservent, dispersées, quelques allusions à ces modes de résolution des conflits. Les rares études de l'arbitrage et de la conciliation jusqu'ici entreprises pour l'islam médiéval, notamment par Aida Othman (2005 et 2007) et Nedjmeddine Hentati (2007), s'attachent surtout à la théorie juridique. Mais outre qu'elles délaissent le droit non sunnite – alors que les chiïtes et les kharijites avaient plus de raisons que les sunnites de se détourner de la justice du pouvoir –, elles s'intéressent peu aux articulations de ces systèmes « parallèles » avec les institutions judiciaires officielles et à leurs usages sociaux.

Les pages qui suivent proposent quelques jalons permettant d'appréhender la place de l'arbitrage et de la conciliation dans l'Orient des premiers siècles de l'islam (principalement I^{er}-IV^e/VII^e-X^e siècle), leur rapport avec l'institution du *cadi*, ainsi que quelques-uns de leurs usages. M'appuyant sur les exemples historiques recensés par les sources narratives disponibles, je tenterai de retracer l'évolution initiale de chacune de ces pratiques et de leur appréciation par les musulmans. La théorie qui s'empara de ces modes de résolution pour leur offrir un cadre légal sera également explorée, afin de mieux comprendre leur place institutionnelle, leur rôle social et les stratégies judiciaires qu'elles purent susciter.

L'ARBITRAGE (TAḤKĪM)

Cadis et arbitres en interaction

L'arbitrage, une pratique islamique

De nombreux spécialistes ont encore tendance à concevoir les premiers temps de l'islam comme le prolongement de la seule culture arabe antéislamique, et ancrent l'institution du *cadi* dans les pratiques arbitrales de la péninsule Arabique. « Beaucoup » des premiers *cadis* se seraient appuyés sur leur expérience d'arbitres avant l'islam, lit-on sous la plume de Wael Hallaq (2005 : 36, 55 ; voir également Rebstock, 1999 : 2 ; Simonsohn, 2011 : 80). Si l'islam ne représenta pas une rupture avec l'Arabie, il se constitua néanmoins aussi par assimilation et transformation d'autres héritages antiques. De fait, le nombre de *cadis* recensés comme anciens *ḥakam*-s préislamiques est en réalité très faible. Le seul exemple est celui de Ka'b b. Dīnna, qui fut actif en Égypte (al-Kindī, *Quḍāt* : 305/trad. 54). Parmi les noms de *ḥakam*-s préislamiques transmis par la tradition musulmane, aucun n'est connu pour être devenu *cadi*.

La continuité par les hommes entre l'arbitrage arabe antéislamique et la judicature est donc loin d'être établie. Il demeure que la pratique de l'arbitrage elle-même subsista. Les sources narratives, qui s'intéressent avant tout à la justice institutionnalisée par le pouvoir musulman, y font de rares allusions. Le terme *ḥakam* lui-même est peu usité : c'est l'expression *ij' al baynī wa-bayna-ka [raġulan]* (litt. « nomme quelqu'un entre toi et moi »), prononcée par un des adversaires, qui signale en général la désignation d'un arbitre d'un commun accord (voir Abū Hilāl, *Califes* : 36), ou le verbe *irtadā* (« agréer [pour arbitre] ») (voir Wakī', *Quḍāt* : I, 309)¹. Quelques récits ponctuels permettent de relever des situations d'arbitrage. Le plus célèbre eut lieu entre 'Alī et Mu'āwiya, d'abord à Dūmat al-Jandal puis à Adhrūḥ (37-38/657-658) (M. Djebli, « Taḥkīm », *EI*² : X, 116). En raison de la gravité du conflit politique, ou peut-être par analogie avec le verset 4 : 35 relatif aux conflits conjugaux, deux arbitres furent nommés ('Amr b. al-'Āṣ et Abū Mūsā al-Ash'arī), avec pour mission de s'accorder sur la sentence. L'arbitrage aboutit au fiasco que l'on sait, car les deux hommes ne surent – ou ne voulurent – parler d'une seule voix. De fait, les autres exemples que l'on peut relever aux débuts de l'islam font tous figurer un arbitre unique.

Les premiers cas d'arbitrage remontent au califat de 'Umar (r. 13-23/634-644). Le Compagnon médinois Zayd b. Thābit, un lettré aux compétences juridiques reconnues, exerça dit-on la fonction de juge officiel pour ce calife et son successeur (Wakī', *Quḍāt* : I, 107). Mais il aurait aussi été saisi comme arbitre (*ḥakam*) par consensus de deux parties, notamment lors d'un conflit entre 'Umar et Ubayy b. Ka'b (Ibn Shabba, *Ta'riḫ* : II, 755 ; Wakī', *Quḍāt* : I, 108-109 ; Abū Hilāl, *Califes* : 10/trad. 27). Il est difficile de déterminer dans quelle mesure ses fonctions officielles se distinguaient de son rôle d'arbitre : peut-être que ces deux rôles, qui se séparèrent par la suite, étaient encore confondus et qu'en dépit de sa position officielle, l'accord des parties sur sa personne demeurait nécessaire². Muḥammad n'avait fait figure que d'arbitre préférentiel, même si dans le Coran il semble revendiquer une autorité plus exclusive (Othman, 2005 : 73). Ubayy b. Ka'b fut investi par 'Umar et al-'Abbās lors d'un conflit relatif à une propriété de ce dernier, que le calife souhaitait intégrer à la mosquée de Médine (Ibn Sa'd, *Ṭabaqāt* : IV, 21-22 ; Abū Hilāl, *Califes* : 6/trad. 23). Selon la tradition, 'Umar et un autre adversaire auraient désigné l'Irakien Shurayḥ arbitre de leur litige concernant un cheval (Ibn Sa'd, *Ṭabaqāt* : VI, 132 ; Wakī', *Quḍāt* : II, 189). 'Abd Allāh b. Mas'ūd serait également intervenu comme arbitre entre le calife 'Uthmān et un individu victime des Banū Umayya (Ibn Shabba, *Ta'riḫ* : III, 1052-53 ; Abū Hilāl, *Califes* : 7/trad. 24). Ibn Abī Shayba mentionne encore l'exemple de 'Abīda al-Salmānī (m. 72/691)³, réputé pour ses connaissances juridiques, qui fut pris pour arbitre par des plaideurs (Ibn Abī Shayba, *Muṣannaf* : VII, 698). L'on associait certes l'usage d'aller trouver un arbitre à son domicile à une maxime supposée d'origine arabe antéislamique (*fī bayti-hi yu'tā l-ḥakam*)⁴, mais celle-ci avait été reprise par le calife 'Umar ('Abd al-Razzāq, *Muṣannaf* : VIII, 472 ; Ibn Shabba, *Ta'riḫ* : II, 755 ; al-Balādhurī, *Ashraf*, IVa : 132-3 ; al-Bayḥaqī, *Sunan* : X, 136, 144, 145 ; Abū Hilāl, *Califes* : 10). Soulignons par ailleurs que l'arbitrage était pratiqué avant l'islam partout au Proche-Orient, tant dans les territoires ghassānides/jafnides (voir Kaimio, 2001 : 723) et byzantins (MacCoull, 2009 : 114, 132) que dans les communautés zoroastriennes (Macuch, 1981 : 14) et juives de l'empire sassanide (Herman, 2012 : 197-8). Il serait donc hasardeux de voir dans l'arbitrage pratiqué par

¹ Notons toutefois que le verbe *ḥakkama* (« nommer un arbitre ») apparaît aussi, comme dans Wakī', *Quḍāt* : I, 337.

² Si les sources chiites affirment qu'il rendit la justice selon le *ḥukm al-jāhiliyya* (les lois de l'antéislam, expression tirée du Coran, 5 : 50), l'accusation est polémique et vise à discréditer un fidèle de 'Uthmān. Al-Kulaynī, *Furū'* : V, 446. Voir M. Lecker, « Zayd b. Thābit », *EI*² : XI, 515.

³ Voir al-Zirikī, 1997 : IV, 199 ; al-Dhahabī, *Siyar* : IV, 40-44.

⁴ Chez les lexicographes arabes, cette maxime renvoie à une fable animalière préislamique dans laquelle une hyène et un renard en conflit à propos d'une datte vont s'en remettre à l'arbitrage d'un ours. Ibn 'Abd Rabbih, *'Iqd* : IV, 124 ; Abū Hilāl, *Jamhara* : I, 368 ; al-Nīsābūrī, *Majma'* : II, 72.

les musulmans le seul héritage de l’Arabie païenne : d’autres modèles purent participer à l’élaboration d’une forme d’arbitrage qui était dorénavant islamique.

L’exemple de Shurayḥ suggère que la reconnaissance de compétences arbitrales par le jeune pouvoir musulman ouvrait la porte à un poste de juge officiel. C’est après avoir eu recours à son arbitrage, dit la tradition, que ‘Umar le nomma *cadi* ; plus tard, lorsque ‘Alī réclama à un juif une cotte de maille qu’il prétendait lui appartenir, il porta plainte à Kūfa devant Shurayḥ qui n’est alors plus présenté comme un arbitre, mais bien comme un juge (Wakī‘, *Quḍāt* : II, 189, 194-5). Un tel parcours se retrouve encore à l’époque marwānide. Vers 95/713, Iyās b. Mu‘āwiya arbitra une dispute dans un marché ; l’on raconte qu’il fut nommé *cadi* quelques jours plus tard (Wakī‘, *Quḍāt* : I, 364-5). Le fameux al-Ḥasan al-Baṣrī (m. 110/728) intervint comme arbitre avant d’être nommé *cadi* en 99/717-718 ou 101/719-720 (Wakī‘, *Quḍāt* : I, 309, 337)⁵. Si ces exemples témoignent bien du lien qui existait entre arbitrage et judicature dans la carrière de certains *cadis*, il ne s’agit point d’arbitres antéislamiques, mais de *ḥakam*-s ayant exercé en Islam, reconnus compétents en tant que musulmans.

Entre défiance et intégration au système judiciaire

Le recours à un arbitre en Islam est parfois interprété comme une solution par défaut, adoptée quand aucun juge n’était accessible (Othman, 2007: 68). Plusieurs récits révèlent cependant qu’à l’époque omeyyade, l’arbitrage pouvait s’articuler aux institutions judiciaires officielles. À Kūfa, un plaideur vint se plaindre au *cadi* ‘Abd Allāh b. ‘Utba (en poste de c. 65 à 67/684-5 à 686-7) d’une sentence vraisemblablement rendue par un arbitre, et le *cadi* l’abrogea (Wakī‘, *Quḍāt* : II, 406). Le tribunal pouvait donc servir d’appel contre la justice arbitrale. L’exemple d’al-Ḥasan al-Baṣrī est plus éloquent encore. Deux groupes l’agrèèrent comme arbitre de leur dispute, mais une fois la sentence prononcée, la partie perdante refusa de s’y soumettre. Le *cadi* d’alors, Mūsā b. Anas⁶, écrivit au chef de la police, ‘Umar b. Yazīd b. ‘Umayr :

« De Mūsā b. Anas à ‘Umar b. Yazīd. Quant au sujet de cette lettre : les Āl al-Qāsim b. Sulaymān et Khālīd b. Ṣafwān ont agréé al-Ḥasan [comme arbitre] de leur litige et celui-ci a rendu sa sentence. Mais ils ont refusé de s’en satisfaire (*an yardāw*). Fais donc exécuter la décision d’al-Ḥasan à leur encontre, ordonne-leur de payer ce à quoi ils ont été condamnés, et qu’ils s’en accommodent ! » (Wakī‘, *Quḍāt* : I, 309)

Le *cadi* de Baṣra avait été saisi par l’arbitre, ou par la partie gagnante. Par cette lettre à un chef de la police qu’il considérait comme son inférieur hiérarchique – en témoignent le ton du message ainsi que l’ordre de l’expéditeur et du destinataire dans l’adresse –, le *cadi* recourait à la force publique pour imposer le respect de la procédure arbitrale.

Les sources narratives n’évoquent pratiquement plus d’arbitrage au début de l’époque abbasside. L’institution était pourtant loin d’avoir disparu : en atteste l’importante littérature juridique qui vint en codifier le fonctionnement, ainsi que de rares récits allusifs (Tillier, 2009 : 313). Vers 145/762, le juriste égyptien Ghawth b. Sulaymān fut pris pour arbitre d’un litige conjugal entre le calife al-Manṣūr et son épouse Umm Mūsā (al-Kindī, *Quḍāt* : 375/trad. 138)⁷. Une vingtaine d’années plus tard, le *cadi* de Baṣra Khālīd b. Ṭalīq reprocha à un Zubayride, petit-fils de Muṣ‘ab b. al-Zubayr, d’être intervenu dans un litige entre deux *mawlā*-s de Quraysh et des Anṣār, et d’avoir aidé le premier aux dépens du second (Wakī‘, *Quḍāt* : II, 132-3). J’ai

⁵ La chronologie est ici incertaine : l’arbitrage évoqué par Wakī‘ aurait eu lieu selon lui en l’an 102. Mais le *cadi* mentionné dans le même récit, Mūsā b. Anas, semble avoir exercé de 78/697-8 à 83/702, puis à nouveau en 105/723-4 (voir al-Ṭabarī, *Ta’rīkh* : VI, 321 ; VII : 28). Par ailleurs Wakī‘ associe l’affaire au *ṣāhib al-shurṭa* de Baṣra ‘Umar b. Yazīd b. ‘Umayr, qui fut en poste sous al-Ḥajjāj b. Yūsuf avant 702. Voir Khalifa, *Ta’rīkh* : 308.

⁶ Voir note précédente.

⁷ Sur les enjeux de cet arbitrage, voir Tillier, 2011 : 220-4, ainsi que notre introduction au présent dossier.

autrefois interprété cette affaire comme un cas de conciliation (Tillier, 2009 : 308), mais l'on pourrait aussi proposer que cette réprimande n'eut lieu d'être qu'à condition que la parole du Zubayride, qui habitait dans la même rue que l'Anṣārite, se soit vu reconnaître une autorité contraignante à la manière de celle d'un arbitre. Si cette interprétation est juste, l'anecdote est doublement révélatrice. Tout d'abord, elle montre que l'arbitrage était utilisé comme justice de proximité : un notable du quartier pouvait être désigné par des voisins en conflit. Elle illustre par ailleurs la défiance que l'institution arbitrale pouvait inspirer. Bien que l'arbitre fût musulman et tranchât selon les règles de l'islam, ne devait-on pas craindre sa partialité ? Un propos un peu plus ancien, attribué au cadī de Damas Yazīd b. Abī Mālīk (en poste au début des années 120/740), va dans le même sens : l'arbitre injuste, aurait-il averti, sera privé de la vision de Dieu dans l'au-delà (Ibn 'Asākir, *Ta'riḫ* : LXV, 293). Contrairement aux cadīs, dont la prééminence judiciaire ne faisait que se conforter au fil du temps, les compétences juridiques du *ḥakam* n'étaient pas garanties par le pouvoir. Telle est aussi la morale d'une historiette racontée plus tard par Ibn al-Jawzī : deux hommes qui se disputaient une brebis en pleine rue s'en remirent à l'arbitrage d'un passant qui, après les avoir fait jurer de respecter sa décision, saisit la brebis par l'oreille et s'en fut avec elle sous leurs regards médusés (Ibn al-Jawzī, *Adhkiyā'* : 97).

La procédure arbitrale, entre théorie et pratique

Le statut de l'arbitrage dans le droit théorique

L'arbitrage connut un degré avancé de théorisation dans les ouvrages de *fiqh*, pour lesquels l'institution était islamique (Santillana, 1938 : II, 553 ; Hentati, 2007 ; Tillier, 2009 : 307-15). Deux catégories se distinguent. La plus connue, réservée aux disputes conjugales et fondée sur le verset coranique 4 : 35, prévoit l'intervention de deux arbitres (Fierro, 2006) ; il n'en sera pas question ici. C'est à la théorisation de l'arbitrage simple, par lequel deux adversaires confient la résolution de leur litige à une personne unique qu'ils désignent d'un commun accord, que nous nous attacherons, afin de mieux saisir l'articulation de cette institution à celles de la justice étatique.

Le principe même de l'arbitrage semble avoir été accepté par tous les courants juridiques, qu'ils soient sunnites, chiïtes ou kharijites. Bien que ces derniers se fussent détachés de l'islam majoritaire après la bataille de Şifīn parce qu'ils refusaient l'arbitrage entre 'Alī et Mu'āwiya, la position politico-théologique qu'ils défendaient alors (*lā ḥukma illā li-llāh*, « pas d'arbitrage hormis celui de Dieu ») n'a pas de conséquence sur la doctrine juridique du principal courant kharijite à partir du II^e/VIII^e siècle : Abū Ghānim (m. début III^e/IX^e siècle), juriste ibadite de référence, accepte qu'un arbitre (qu'il appelle *ḥākim*) départage des plaideurs (Abū Ghānim, *Mudawwana* : III, 144)⁸.

La plupart des individus choisis pour arbitres étaient sans doute des hommes – la littérature juridique évoque généralement « un homme » (*raju*) à ce sujet. De nombreux ḥanafites font de l'appartenance au genre masculin un principe de validité de l'arbitrage. Selon al-Ṭaḥāwī et al-Jaṣṣāṣ, les mālikites acceptent en théorie qu'une femme soit investie de tels pouvoirs à condition qu'elle n'ait jamais commis d'injustice ni d'erreur juridique (al-Ṭaḥāwī et al-Jaṣṣāṣ, *Mukhtaṣar* : IV, 204), mais Ṣaḥnūn affirme au contraire d'après Mālīk qu'une femme ne peut pas plus être prise pour arbitre qu'un esclave, un enfant ou un chrétien (Ṣaḥnūn, *Mudawwana* : II, 368)⁹. Les principales divergences entre *madhhab*-s concernent la valeur de la sentence

⁸ Maribel Fierro a en revanche montré que les visions théologiques concurrentes de l'arbitrage de Şifīn avaient eu un impact sur l'interprétation du verset 4 : 35 relatif au double arbitrage en cas de conflit matrimonial. Fierro, 2006 : 328.

⁹ Voir également l'article de Delfina Serrano dans le présent volume.

arbitrale. Résumées par le juriste égyptien al-Ṭahāwī (m. 321/933), celles-ci peuvent être divisées en deux grandes tendances :

(1) L'arbitrage est un mode d'adjudication, c'est-à-dire que la sentence est contraignante. Une partie des anciens juristes de Kūfa adhéraient à cette opinion – tels al-Sha'bī (m. 103-4/721-3) et Ibn Abī Laylā (m. 148/765), ainsi que le Médinois Mālik b. Anas (m. 179/795) et l'Égyptien al-Layth b. Sa'd (m. 175/791). Al-Shāfi'ī (m. 204/820) accepte cette conception à condition qu'un tel pouvoir d'adjudication soit conféré au *ḥakam* par les plaideurs. À ses yeux comme à ceux de Mālik, cette valeur contraignante implique que même un cadī devant qui la sentence serait portée en appel est tenu de la respecter, à moins que l'arbitre n'ait commis une erreur de droit. De même, le savant ibadite baṣrien al-Rabī' b. Ḥabīb (m. c. 176/786) considère qu'un cadī doit entériner une sentence arbitrale contraire à ses propres vues (Abū Ghānim, *Mudawwana* : III, 144). Pour al-Layth b. Sa'd, seul l'Imam peut casser la sentence arbitrale (al-Ṭahāwī et al-Jaṣṣās, *Mukhtaṣar* : IV, 203-4 ; Ibn Abī Shayba, *Muṣannaḥ* : VII, 698 ; al-Shāfi'ī, *al-Umm* : VIII, 258 ; Ibn al-Qāṣṣ, *Adab* : 36 ; Santillana, 1938 : II, 554 ; Hentati, 2007 : 183 ; Tillier, 2009 : 311-2).

(2) D'autres juristes relativisent en revanche la valeur de la sentence. Pour les ḥanafītes, celle-ci est contraignante mais un cadī devant lequel elle est portée en appel peut la réviser si elle contredit son opinion personnelle (voir Tillier, 2009 : 312) – il n'est pas obligatoire comme chez les mālikītes qu'il y ait erreur de droit. L'ibadite 'Abd Allāh b. 'Abd al-'Azīz (actif à Baṣra, fin II^e/VIII^e siècle) était du même avis (Abū Ghānim, *Mudawwana* : III, 144). Chez les anciens juristes de Kūfa, Ibn Shubruma (m. 144/761) va plus loin en considérant qu'un plaideur peut lui-même annuler la décision de l'arbitre si celle-ci ne le satisfait pas, ce qui revient à nier l'existence d'une adjudication arbitrale. Cette vision est acceptée par al-Shāfi'ī, selon qui tout *ḥakam* n'exerce pas forcément un pouvoir d'adjudication, car sa sentence peut se réduire à un simple avis juridique (*fatwā*) non contraignant (al-Shaybānī, *Aṣl* : XI, 190 ; al-Ṭahāwī et al-Jaṣṣās, *Mukhtaṣar* : IV, 203-4 ; Ibn al-Qāṣṣ, *Adab* : 36).

La procédure arbitrale en droit appliqué

Il a été vu plus haut que dès l'époque omeyyade, l'arbitrage de personnes privées put être considéré comme contraignant par les autorités étatiques. Sous les Abbassides, l'insertion de chapitres sur l'arbitrage dans des ouvrages de *fiqh* permit d'articuler cette forme de résolution des conflits à la juridiction du cadī, en la positionnant à un degré inférieur (Tillier, 2009 : 314). Le genre juridique des *shurūṭ*, ou recueils de formulaires notariés destinés aux professionnels du droit, permet d'approcher les pratiques courantes et de pousser plus loin l'analyse du rapport entre arbitrage et judicature. Le plus ancien recueil qui nous soit parvenu, celui d'al-Ṭahāwī, offre à cet égard une vision éclairante de l'arbitrage tel qu'il était supposé fonctionner dans l'Égypte du début du IV^e/X^e siècle.

Un arbitrage ne pouvait avoir lieu qu'à condition que les deux parties l'acceptent et s'entendent sur la personne de l'arbitre. Leur accord n'était pas simplement oral, mais faisait l'objet d'un contrat comparable au *compromissum* du droit romain (cf. Harries, 1999 : 177-9). Le recours à cette procédure semble avoir pénétré le domaine arabe avant l'islam – au moins la partie sous influence byzantine, telle la Syrie –, et la tradition musulmane préserve deux versions de l'accord préalable d'arbitrage qui fut signé entre les acteurs de la bataille de Ṣiffīn (voir al-Minqarī, *Waq'at* : 504-511 ; Hinds, 1972). Al-Ṭahāwī propose pour sa part un formulaire détaillé de l'acte dans lequel les adversaires définissent l'objet de leur litige, désignent l'arbitre et s'engagent à respecter sa sentence :

« Voici ce qu'attestent les témoins mentionnés dans ce document. Ils attestent ensemble qu'Untel et Untel (c'est-à-dire le demandeur et le défendeur), qu'ils connaissent et reconnaissent, etc. [Ils témoignent] qu'Untel, mentionné dans ce

document, a prétendu qu'Untel, mentionné avec lui dans le présent document, lui doit tant de dinars en monnaie (*mathāqīl*) d'or sonnante et trébuchante, de bon aloi, comme dette (*dayn*) immédiate et contraignante établie par une reconnaissance écrite (*ṣakk*) qu'il a présentée et qui est datée de tel mois et telle année, ainsi que par les témoins Untel, Untel, etc., qui y sont nommés. Untel, mentionné dans le présent document, a nié (*ankara*) la revendication dudit Untel, l'a contestée et n'a rien admis de ses prétentions. À la suite de quoi, les mêmes Untel et Untel ont convenu d'un commun accord (*tarādayā wa-iṣṭalahā*) de nommer Untel pour arbitre (*ḥakkamā*) afin de les départager. Les témoins mentionnés dans le présent document reconnaissent formellement [l'arbitre], qu'ils connaissaient en personne avant cela, et dont ils certifient le nom et la généalogie. [Les plaideurs] ont fait de lui un arbitre (*ḥakam*) de leur querelle et l'ont déclaré honorable dans l'autorité qu'il exercera sur eux. Ils reconnaissent exécutoire (*ajāzā*) sa sentence relative à leur litige, à condition qu'il examine (*yanzur*) la plainte d'Untel, mentionné dans le présent document, à l'encontre d'Untel, mentionné avec lui dans le présent document, concernant l'affaire citée dans le présent document. [Sa sentence] sera rendue conformément à son opinion personnelle (*mā yarā*), après qu'Untel et Untel auront conduit leur procès (*khuṣūma*) par-devers lui. Il commencera par interroger Untel¹⁰ sur l'affaire, le fera jurer (*istiḥlāf*) si Untel¹¹ demande qu'il prête serment, et agira vis-à-vis du refus de prêter serment (*nukūl 'an al-yamīn*) conformément à ses propres vues (c'est-à-dire l'arbitre) concernant la nécessité de référer le serment à Untel (c'est-à-dire le demandeur) ou de rendre son jugement conformément au [refus de prêter serment] – il suivra en cela ce que disent les savants. Il entendra la preuve testimoniale (*bayyina*) si Untel en produit une par-devers lui, et il enquêtera sur les mœurs [des témoins] ; il rendra une sentence, conforme à ce qui lui apparaît nécessaire en raison de [cette preuve], en faveur d'Untel et contre Untel. Tout ceci après qu'Untel et Untel, cités dans le présent document, ont admis (*aqarrā*) qu'Untel, auquel ils ont confié l'arbitrage (*ḥukūma*) du litige mentionné et expliqué dans le présent document, est libre, musulman, majeur, honorable dans son témoignage, sain d'esprit et doué d'une bonne vue, qu'il n'a pas été condamné à une peine scripturaire pour accusation calomnieuse de fornication (*maḥdūd fī qadhf*), qu'il connaît les règles relatives au litige mentionné et décrit dans le présent document, et pour lequel ils l'ont institué arbitre. Les témoins nommés dans le présent document ont signé de leur propre main leur déposition relative à tout ce qui est mentionné et décrit dans ce document, tel jour de tel mois de telle année. » (Al-Ṭaḥāwī, *Shurūṭ* : 775-6)

Al-Ṭaḥāwī invite par ailleurs l'arbitre ainsi institué, s'il est présent lors de la rédaction de l'acte, à y mentionner son acceptation du rôle qui lui est confié (al-Ṭaḥāwī, *Shurūṭ* : 776).

Ce modèle de *compromissum* reflète le haut degré d'intégration de la procédure arbitrale au système judiciaire islamique. Les conditions requises pour l'exercice de cette forme d'adjudication sont les mêmes que pour le *cadi* officiel – que le *ḥanafite* al-Shaybānī (m. 189/805) comme le *shāfi'ite* Ibn al-Qāṣṣ (m. 335/946) distinguent de l'arbitre en l'appelant *qādī musallaṭ*, « juge institutionnel » (al-Shaybānī, *Aṣl* : XI, 190 ; Ibn al-Qāṣṣ, *Adab* : 36). La procédure est également similaire à celle mise en œuvre par le *cadi*. Une fois reçue la plainte du demandeur, l'arbitre doit interroger le défendeur et entendre les preuves. Les témoins sont produits par le demandeur et l'arbitre doit enquêter (*sa'ala*) sur leur honorabilité (*'adāla*), qui doit être mentionnée dans la sentence arbitrale (al-Ṭaḥāwī, *Shurūṭ* : 778-9). En cas d'absence de témoignage, l'arbitre peut réclamer un serment au défendeur selon les règles de son *madhhab* : un *ḥanafite* pourra le condamner sur la base de son simple refus de prêter serment, à condition d'être revenu trois fois à la charge et de l'avoir informé des risques qu'il prenait, tandis qu'un *mālikite* ou un *shāfi'ite* pourra référer le serment au demandeur (al-Ṭaḥāwī, *Shurūṭ* : 777, 1010-11 ; *id.*, *Mukhtaṣar* : III, 383 ; al-Shāfi'ī, *Umm* : VIII, 93, 293). La sentence arbitrale est appelée *ḥukm*, tout comme le jugement du *cadi* ; l'arbitre doit la rendre devant

¹⁰ C'est-à-dire le défendeur.

¹¹ C'est-à-dire le demandeur.

témoins et la partie gagnante peut réclamer la rédaction d'un document (*sijill*) notarié, contresigné par des témoins qui attestent qu'à leur connaissance, aucun des plaideurs ne s'est retiré de l'arbitrage. Ce document – dont al-Ṭaḥāwī offre un modèle – pourra servir de preuve (*hujja*) auprès d'un « juge » (*ḥākim min al-ḥukkām*) devant lequel le vainqueur portera l'affaire en seconde instance (*rafa 'a ilay-hi*) afin de faire confirmer la sentence arbitrale (*athbata kitābah*) (al-Ṭaḥāwī, *Shurūṭ* : 776-9).

Aux yeux d'al-Ṭaḥāwī, l'arbitrage apparaît donc comme une cour de première instance, à laquelle il donne des pouvoirs presque aussi étendus que ceux du *cadi*. L'arbitre se voit même attribuer une autorité coercitive puisqu'il pourrait, selon al-Ṭaḥāwī, emprisonner le défendeur jusqu'à ce qu'il avoue ou prête serment de son innocence (al-Ṭaḥāwī, *Shurūṭ* : 776). L'intégration de l'arbitrage à la hiérarchie judiciaire est poussée à son point extrême si le *cadi* saisi en appel est *mālikite*, car selon les règles de son *madhhab*, il ne peut casser la sentence qu'en raison d'une erreur de droit enfreignant le consensus des savants – les *ḥanafites* laissant plus de marge d'appréciation au *cadi*, qui peut annuler la sentence dès lors qu'elle n'est pas conforme à sa propre doctrine (al-Ṭaḥāwī, *Shurūṭ* : 779).

Il reste certes à évaluer la conformité de ce modèle aux pratiques égyptiennes du début du IV^e/X^e siècle. La capacité d'un arbitre à emprisonner un plaideur ne dépasse peut-être pas la théorie : elle suppose que le *ḥakam*, bien qu'il ne jouisse d'aucune position officielle, puisse faire intervenir la force publique, ce qui paraît peu vraisemblable – à moins que l'arbitrage ne soit encore plus intégré aux autres institutions judiciaires qu'il n'y paraît. Un emprisonnement privé, à l'instar de ce qui se pratiquait aux débuts de l'islam (Anthony, 2009), n'est pas exclu ; il nous faudrait alors admettre que l'État renonçait au monopole de la coercition dès lors que celle-ci s'exerçait avec le consentement de ses victimes. L'on peut également douter qu'un arbitre ait eu les moyens d'enquêter sur l'honorabilité des témoins – sans doute devait-il se contenter de leur simple réputation.

L'insertion de formulaires destinés aux arbitres dans un ouvrage de *shurūṭ* est quoi qu'il en soit révélateur de la diffusion de cette forme d'adjudication dans l'Égypte du début du IV^e/X^e siècle. Si l'arbitrage avait été peu courant, il n'y aurait eu nul besoin d'en réguler la pratique dans un manuel de notariat. Ce type d'ouvrage étant destiné à des juristes, susceptibles d'agir comme témoins-notaires (*shuhūd*), cela suggère que les arbitres étaient choisis dans le vivier des *fuqahā'* sollicités pour témoigner de contrats. L'un des enjeux du chapitre qu'al-Ṭaḥāwī consacre à l'arbitrage est sans doute l'articulation entre cette pratique et la justice du *cadi* : afin qu'une sentence puisse être entérinée par un *cadi* en appel, il était nécessaire que les documents produits devant ce dernier – *compromissum*, sentence – respectent les normes juridiques en vigueur dans les tribunaux étatiques.

Pratique sociale courante, que les juristes sunnites se devaient de prendre en considération, l'arbitrage fut également encouragé par la théorie juridique de groupes religieux minoritaires. Citant le sixième Imam Ja'far al-Ṣādiq (m. 148/765), l'imamite al-Kulaynī (m. 329/941) invite les membres de sa communauté à se détourner des *cadis* nommés par un pouvoir injuste et tyrannique – le califat abbasside. En effet, si un tel *cadi* rend un jugement inique, le plaideur qui lui a soumis son affaire en toute conscience de son illégitimité partagera la culpabilité de cette injustice. Il convient donc de s'adresser « à un homme qui est de nos frères » (*rajul min ikhwāni-nā*), c'est-à-dire un chiite qui « connaît quelque chose de nos jugements » (*ya 'lamu shay'an min qaḍā'i-nā*), et « d'en faire votre arbitre » (*fa-ij'alū-hu bayna-kum*) (al-Kulaynī, *Furū'* : V, 450-1). L'arbitrage d'un savant chiite apparaît comme la seule adjudication légitime, qu'al-Kulaynī parvient à enraciner dans la théologie imamite : l'accord des plaideurs sur la personne de leur arbitre équivaut, dit-il, à la désignation officielle d'un juge par l'Imam (al-Kulaynī, *Furū'* : V, 452).

Ces quelques exemples révèlent les tensions que suscitèrent les pratiques d'arbitrage dès le III^e/IX^e siècle, si ce n'est auparavant. La théorie élaborée par le *fiqh* promouvait la concentration de la justice aux mains de cadis garants de la norme islamique, recrutés parmi les *fuqahā'*. Le pouvoir, soucieux d'asseoir son autorité par le biais d'une justice déléguée, adhérait à cet idéal et accrut peu à peu l'emprise territoriale de l'institution judiciaire (Tillier, 2009 : 322). Risquant de dévier de la légalité islamique et non garanti par l'État, l'arbitrage faisait l'objet d'une certaine défiance. Dans la pratique, néanmoins, le recours à des arbitres demeurait une réalité courante, soit que l'institution judiciaire fût surchargée, éloignée ou vacante, soit que l'arbitrage apparût plus simple aux yeux de plaideurs appartenant à un même réseau familial ou vicinal. Certains juristes tels al-Ṭahāwī entreprirent de réduire cette tension entre les deux catégories d'adjudication et, par-là même, d'accroître leur contrôle sur les pratiques coutumières de l'arbitrage. En prescrivant, par analogie, l'application des règles relatives à la sélection des cadis et aux procédures, ils érigèrent l'arbitrage en juridiction inférieure, susceptible d'appel devant un cadi. Il fut ainsi intégré au modèle des institutions judiciaires théorisées par le *fiqh*.

L'ARRANGEMENT À L'AMIABLE (ṢULḤ)

Définition

L'arbitrage (*taḥkīm*) et l'arrangement à l'amiable ou transaction (*ṣulḥ*) sont deux méthodes distinctes. La première correspond à un processus d'adjudication au cours duquel l'arbitre prononce une sentence, donnant raison à l'une ou l'autre des parties ; la seconde est avant tout un contrat, qui peut être conclu grâce à l'intervention d'un tiers, et par lequel les adversaires s'entendent sur un moyen terme (Cf. Othman, 2007 : 68 ; Hallaq, 2009 : 269). Pourtant les deux procédés se rejoignent sur plusieurs points. L'accord passé entre des plaideurs pour désigner un arbitre se rapproche du *ṣulḥ* dans l'esprit d'un juriste tel al-Ṭahāwī, comme l'atteste le recours au duel *īstalaḥā* dans le modèle de *compromissum* traduit plus haut. L'arbitrage et le *ṣulḥ* nécessitent l'assentiment (*tarāḍin*) des deux parties (pour le *ṣulḥ*, voir al-Ṭahāwī, *Shurūt* : 750, 757). Al-Shaybānī et al-Ṭahāwī intègrent d'ailleurs leurs développements théoriques sur l'arbitrage dans un chapitre dédié au *ṣulḥ* (al-Shaybānī, *Aṣl* : XI, 189-204 ; al-Ṭahāwī et al-Jaṣṣāṣ, *Mukhtaṣar* : IV, 203), et aux yeux des ḥanafites, la sentence arbitrale a la valeur d'un arrangement à l'amiable (Tillier, 2009 : 311). Parmi les modèles de premiers arbitres figure 'Abīda al-Salmānī (voir *supra*), qui est parfois regardé comme un médiateur que l'on venait trouver pour conclure un compromis (Wakī', *Quḍāt* : II, 401). Enfin, l'adjudication devant un cadi ou un arbitre pouvait s'achever par un accord entre les parties, ce qui implique que les deux modalités n'étaient pas exclusives l'une de l'autre.

Les juristes considèrent l'arrangement à l'amiable comme un contrat (*'aqd*) entre deux personnes. Le terme *ṣulḥ* recouvre de fait plusieurs usages. Au IX^e/XV^e siècle, le shāfi'ite al-Asyūṭī (m. 880/1475) distingue quatre catégories : (1) le *ṣulḥ* « cadeau » (*hiba*), par lequel un individu renonce à une partie du bien qu'il revendique ; (2) le *ṣulḥ* « vente » (*bay'*), lorsqu'il abandonne le bien dans son entier en échange d'une somme d'argent ; (3) le *ṣulḥ* « remise de dette » ou « rabais » (*ibrā'* ou *ḥaṭīṭa*), par lequel un créancier renonce à être remboursé de l'intégralité l'emprunt ; (4) le traité (*muṣālaḥa*) passé avec des infidèles (al-Asyūṭī, *Jawāhir* : I, 136 ; cf. Othman, 2005 : 143). Cette typologie tardive, parce qu'elle regroupe des situations à première vue éloignées (1-3 VS 4), permet d'appréhender la conception générale du *ṣulḥ* en droit musulman : il s'agit d'un accord passé entre deux parties, dont l'une est en position de force par rapport à l'autre. Il ressort de la nature contractuelle du *ṣulḥ* que celui-ci ne correspond pas en soi à une conciliation : le contrat peut être conclu entre deux personnes sans intervention d'un tiers. Certains courants juridiques insistent néanmoins pour que le *ṣulḥ* soit passé devant

une autorité : pour l'ibadite Abū Ghānim, la présence d'un *cadi* est obligatoire afin de le valider (Abū Ghānim, *Mudawwana* : III, 143).

Les conditions nécessaires à la conclusion d'un tel contrat diffèrent cependant d'une école à l'autre. La plus restrictive est celle d'al-Shāfi'ī, pour qui les règles relatives à la vente sont applicables au *ṣulḥ* : l'objet de la vente comme celui de l'accord doivent être définis avec précision. Lorsque le *ṣulḥ* est conclu devant un tiers, comme un *cadi*, il est donc nécessaire que le défendeur ait avoué devoir ce que lui réclame le demandeur afin que l'objet du contrat soit connu (al-Shāfi'ī, *Umm* : IV, 463-4 ; cf. Othman, 2007 : 81-2). Al-Shāfi'ī rationalise ainsi l'opinion du Kūfiote Ibn Abī Laylā (m. 148/765), pour qui le *ṣulḥ* passé devant un *cadi* alors que le défendeur nie l'accusation n'est pas valide (Abū Yūsuf, *Ikhtilāf* : 43). La raison profonde d'un tel rejet tient sans doute au fait qu'un défendeur risquait d'accepter un compromis – qui lui serait défavorable s'il était innocent – sous la menace de son adversaire ou la pression de son entourage (*ikrāh*). Une telle intimidation, si le défendeur en apportait la preuve testimoniale, invalidait également le *ṣulḥ* aux yeux d'Ibn Abī Laylā (Abū Yūsuf, *Ikhtilāf* : 43-4).

L'aveu n'est pas requis dans les autres écoles sunnites : les ḥanafites, les mālikites et les ḥanbalites acceptent l'arrangement conclu malgré les dénégations du défendeur (Abū Yūsuf, *Ikhtilāf* : 43 ; al-Simnānī, *Rawḍa* : II, 761 ; Saḥnūn, *Mudawwana* : IV, 374). Selon les ḥanbalites, il est néanmoins impératif que les plaideurs soient tous deux sincères dans leurs allégations (Ibn Qudāma, *Mughnī* : VII, 6-7). Bien que d'accord avec al-Shāfi'ī sur la nécessité de définir l'objet du *ṣulḥ*, l'imamite al-Ṭūsī (m. 459 ou 460/1066-7) refuse de l'assimiler à une vente et considère que l'aveu n'est pas obligatoire : un contrat à l'amiable peut être passé même si le défendeur nie les prétentions de son adversaire (al-Ṭūsī, *Mabsūṭ* : II, 289, 290). Cette question de l'aveu divise les juristes ibadites, certains le tenant pour nécessaire (Abū Ghānim, *Mudawwana* : III, 143). L'aveu apparaît donc comme un préalable si ce n'est toujours indispensable, du moins recommandé, à toute négociation.

Le *ṣulḥ* implique que la personne qui allègue un droit abdique une partie de ce qu'il réclame à son adversaire. Par conséquent, une composition ne peut excéder le prix de la valeur marchande de l'objet du litige (voir al-Shaybānī, *Jāmi'* : 420). Cette règle, souvent implicite chez les juristes, est explicitée par l'imamite al-Ṭūsī, qui prend l'exemple d'un vêtement prêté et rendu abîmé : s'il coûte 1 dinar, l'arrangement entre les parties ne peut stipuler que le défendeur paiera 2 dinars à son adversaire (al-Ṭūsī, *Mabsūṭ* : II, 308). On note toutefois quelques exceptions. En cas d'homicide volontaire, un arrangement pouvait prévoir une compensation financière supérieure au prix du sang théorique (*diyya*) : la famille de la victime, qui renonçait au talion, était alors en position de force pour exiger la somme la plus élevée possible. Selon une tradition, le calife 'Umar II (r. 99-101/717-720) aurait statué que le surplus négocié ne pèserait pas alors sur la '*āqila* du meurtrier¹², mais seulement sur ce dernier ('Abd al-Razzāq, *Muṣannaf* : IX, 408-10, 450). Au v^e/xi^e siècle, al-Simnānī prévoit également une compensation supérieure à la valeur marchande dans le cas d'appropriation arbitraire (*ghaṣb*) d'un esclave (al-Simnānī, *Rawḍa* : II, 771).

La renonciation par le demandeur à une partie de son dû était généralement tenue pour définitive. Shurayḥ, le *cadi* semi-légendaire de Kūfa dans la seconde moitié du i^{er}/vii^e siècle, aurait sanctionné ce caractère irrévocable. Deux hommes qui avaient conclu un accord à l'amiable vinrent porter leur litige devant lui, et il réclama au bénéficiaire du *ṣulḥ* deux témoins attestant que son adversaire avait abdiqué une partie de ses droits alors qu'il aurait pu les recouvrer s'il l'avait souhaité (Wakī', *Quḍāt* : II, 362). Les juristes postérieurs érigèrent en règle le caractère contraignant du *ṣulḥ* (par exemple al-Ṭūsī, *Mabsūṭ* : II, 289). Mais à l'instar de tout

¹² Le prix du sang devait être pris en charge par la '*āqila* de l'agresseur, c'est-à-dire son groupe de parenté agnatique, son patron (s'il s'agit d'un *mawlā*) ou, éventuellement, ses frères d'armes. Voir R. Brunschwig, « 'Āqila », *EF*² : I, 349-50.

accord, le compromis à l'amiable risquait d'être dénoncé (voir Hentati, 2007 : 192-3) ; seul le recours à l'institution judiciaire permettait de le sceller de manière définitive.

Le *ṣulḥ* comme stratégie judiciaire

Le juge en tant que médiateur : esquisse d'une évolution

Un arrangement à l'amiable n'a de sens que s'il y a litige – ou éventuellement pour prévenir le conflit. Dès lors, la recherche d'une solution passe le plus souvent par l'intervention d'un tiers, qu'il soit arbitre, juge ou simple médiateur. Les médiateurs privés, sans position institutionnelle, apparaissent peu dans les sources. Le parangon évoqué par Iyās b. Mu'āwiya (voir *supra*), Ḥumayd al-Ṭawīl (m. 142/759), est un Successeur vu par la tradition comme « le conciliateur des gens de Baṣra » (*muṣliḥ ahl al-Baṣra*). Le principe de son action, qu'il aurait exposé à 'Uthmān al-Battī (m. 143/760-61), était simple : « Lorsque les gens viennent te trouver, amène-les à une position commune. Sinon, prends un peu à l'un et un peu à l'autre, et réconcilie-les ! » (Al-Dhahabī, *Siyar* : VI, 167) Il est probable que de nombreux savants furent ainsi sollicités de manière informelle par des musulmans en quête de solutions à leurs conflits. Ce rôle exigeait cependant un doigté que tout le monde ne possédait pas : « Je suis incapable de pratiquer ta magie ! », aurait répondu 'Uthmān al-Battī, qui préférerait quant à lui s'en tenir au droit.

Les sources juridiques s'intéressent particulièrement au *ṣulḥ* conclu dans un contexte judiciaire et sanctionné par un juge, ce qui montre que l'arrangement à l'amiable pouvait faire partie intégrante d'un procès (Othman, 2007 : 65 ; Tillier, 2014 : 434-7). Les juristes de toutes les écoles acceptent le rôle de conciliateur qui peut incomber au *cadi*. Leur unanimité est fondée sur la maxime « le *ṣulḥ* entre musulmans est permis (*jā'iz*), sauf celui qui autoriserait ce qui est interdit ou interdirait ce qui est autorisé », attribuée par les sunnites à 'Umar b. al-Khaṭṭāb dans sa fameuse lettre sur la judicature à Abū Mūsā al-Ash'arī (Serjeant, 1984 : 66)¹³ et par les chiïtes alternativement au Prophète, à 'Alī ou à Ja'far al-Ṣādiq (al-Kulaynī, *Furū'* : III, 263 ; V, 453 ; al-Ṭūsī, *Mabsūt* : II, 288).

La littérature biographique garde le souvenir du rôle de médiateur que jouèrent certains des premiers *cadis*. Shurayḥ aurait incité des justiciables à trouver un arrangement (Wakī', *Quḍāt* : II, 231, 251, 309, 363). À Baṣra, le fameux Ḥasan al-Baṣrī (*cadi* en 101-102/719-21) fut un jour saisi par deux membres de la tribu de Thaḳīf qui lui demandèrent d'agir comme médiateur afin de trouver un compromis – mais la mauvaise foi criante des deux hommes fit vraisemblablement échouer la procédure (Wakī', *Quḍāt* : II, 9). À la même époque, Iyās b. Mu'āwiya aurait fait pression sur des plaideurs impliqués dans des litiges familiaux pour qu'ils parviennent à un accord. Ainsi, alors qu'un homme était menacé de lapidation pour avoir entretenu un commerce charnel avec l'esclave de son épouse, cette dernière lui céda sa servante afin de légaliser leurs rapports (Wakī', *Quḍāt* : I, 320-1). Le rôle de conciliateur qui pouvait incomber aux *cadis* est encore évoqué à propos du calife omeyyade 'Umar II, auteur d'une réforme judiciaire peu claire (Abū Zur'a, *Ta'rīkh* : 50). Pris pour juge d'une querelle familiale, le même calife aurait incité les deux plaideurs à trouver un arrangement (Ibn 'Abd al-Ḥakam, *Sīra* : 102-3).

Comme le remarque Serjeant, les versions archaïques des instructions de 'Umar à Abū Mūsā, qui remontent peut-être à la seconde moitié du I^{er}/VII^e siècle, encouragent les autorités (les gouverneurs et leurs délégués judiciaires, les *cadis*) à pratiquer la conciliation : tant que le juge ne peut distinguer le vrai du faux avec certitude, il est préférable d'amener les justiciables à transiger (Serjeant, 1984 : 68, 70). Selon une autre parole qui lui est attribuée, 'Umar aurait

¹³ Une version plus courte, sans mention d'exception, est attribuée au Prophète dans Saḥnūn, *Mudawwana*, IV : 364-5.

déclaré : « Renvoyez les plaideurs afin qu'ils trouvent un arrangement (*yaṣṭaliḥū*), car un jugement (*faṣl al-qaḍā'*) engendre la rancœur ! » ('Abd al-Razzāq, *Muṣannaf* : VIII, 304 ; Ibn Abī Shayba, *Muṣannaf* : VII, 697-8 ; cf. Hentati, 2007 : 187 ; Othman, 2007 : 69). Jusqu'au début du VIII^e siècle, le *ṣulḥ* était rendu nécessaire par le flou qui entourait les procédures. Les principales preuves (témoignage, serment) n'étaient pas réparties selon le rôle assumé par les plaideurs (demandeur, défendeur) comme dans le *fiqh* classique. La surenchère dans le nombre des témoins produits par chaque partie posait problème et les juges hésitaient entre prendre en compte les témoins les plus nombreux ou les plus fiables. En pareil cas, une tradition kūfiote, attribuée au calife 'Alī, suggère qu'un arrangement à l'amiable supervisé par le cadī permettait de surmonter l'impasse judiciaire ('Abd al-Razzāq, *Muṣannaf* : VIII, 277-8).

Dans la lettre « classique » de 'Umar, remontant à la seconde moitié de l'époque omeyyade, le *ṣulḥ* n'est en revanche que « permis », et à la seule condition qu'il ne contrevienne pas à la légalité, signe que l'adjudication apparaissait désormais comme un mode privilégié de résolution des conflits (Serjeant, 1984 : 72, 78). Les propos d'Iyās b. Mu'āwiya cités en introduction vont dans le sens d'une telle distinction entre le cadī, qui procède à une adjudication, et le médiateur qui supervise une négociation (voir également Ibn Qutayba, *'Uyūn* : I, 62). C'est qu'entre-temps, les procédures s'étaient peu à peu définies avec une précision suffisante pour que les cadīs puissent rendre la justice sur des bases systématiques.

Le droit musulman se contenta désormais d'autoriser le *ṣulḥ* dans un contexte judiciaire. Au début de l'époque abbasside, Sufyān al-Thawrī (m. 161/778)¹⁴ commente de la sorte l'incitation de 'Umar à renvoyer les plaideurs : « Ceci ne s'applique qu'en cas de doute ; si le jugement apparaît clairement [au cadī], il ne doit pas les renvoyer ! » Le cadī et juriste de Kūfa Ibn Abī Laylā (m. 148/765) considérait, à l'instar du Mecquois 'Aṭā' b. Abī Rabāḥ (m. c. 114/732), que l'« imam » – c'est-à-dire l'autorité institutionnelle – n'avait pas le droit de proposer un arrangement aux justiciables s'il savait quel verdict prononcer ('Abd al-Razzāq, *Muṣannaf* : VIII, 304). La justice consistait avant tout à rendre à chacun son dû et non à transiger. Au début du IV^e/X^e siècle, Ibn al-Qāṣṣ conçoit d'abord le *ṣulḥ* dans un cadre privé : lorsqu'un cadī sent qu'une réconciliation est envisageable, il doit ajourner son verdict et renvoyer les plaideurs, qui auront un jour ou deux pour trouver un accord (Ibn al-Qāṣṣ, *Adab* : 58-9). La littérature biographique, qui modèle ses portraits de juges sur les attentes de la théorie juridique, n'évoque pratiquement plus d'arrangement devant un cadī après la fin de l'époque omeyyade. Une des rares exceptions est représentée par Abū Zur'a, cadī de Fustāt au tournant du X^e siècle : il incitait les demandeurs à accepter un moyen terme lorsque leurs débiteurs étaient insolvables (Ibn Ḥajar, *Raf'* : 391/trad. 83). Vers la même époque, le cadī bagdadien 'Alī b. al-Ḥusayn b. Ḥarb (en poste de 293 à 311/906-924) serait intervenu comme médiateur (*tawassaṭa bayna*) pour obtenir qu'un homme répudie sa femme après que celle-ci se fût plainte de ne pouvoir physiquement supporter le rapport sexuel (al-Subkī, *Ṭabaqāt* : III, 452).

Aida Othman relève que la théorie du *ṣulḥ* était écartelée entre deux idéaux opposés : sur le plan éthique, la réconciliation semblait la meilleure solution ; au niveau juridique, rendre à chacun son dû était préférable. En dépit d'une valorisation persistante du *ṣulḥ*, c'est le point de vue juridique, plus conforme à la mission d'une institution conçue pour départager les adversaires, qui semble avoir pris le dessus chez les théoriciens du droit, notamment ḥanafites et mālikites, sans doute à partir du III^e/IX^e siècle (Othman, 2007 : 75-8). En pratique, il est clair néanmoins que le *ṣulḥ* demeurait une option essentielle dans les tribunaux musulmans, comme le montre la documentation papyrologique. Dans la seconde moitié du II^e/VIII^e siècle, l'enregistrement d'un mandataire devant un cadī de Fustāt, al-Mufaḍḍal b. Faḍāla, mentionne la capacité du *wakīl* à conclure un *ṣulḥ* avec la partie adverse (Tillier, 2014 : 425). Le document

¹⁴ Aida Othman attribue à tort cette opinion à Sufyān b. 'Uyayna (m. 198/814) (Othman, 2007 : 74). Le « Sufyān » mentionné par 'Abd al-Razzāq est en réalité « al-Thawrī », le rapporteur de la tradition figurant en tête d'*isnād*.

fatimide que Naïm Vanthieghem et moi-même éditons dans le présent volume témoigne également de la diffusion de ce type d'accord.

*Les usages judiciaires du *ṣulḥ**

Le recours au *ṣulḥ* alors qu'une procédure judiciaire a été initiée pourrait paraître paradoxal. Si les plaideurs s'adressent à un juge, c'est qu'*a priori* ils attendent un jugement et ne souhaitent pas transiger. L'option de l'accord à l'amiable pouvait tout d'abord être choisie par le *cadi* s'il considérait que les preuves réunies n'étaient pas concluantes. Dans la *Fuṣṭāṭ* des années 730, Tawba b. Namir rejetait le témoignage des *ashrāf*, ainsi que celui d'un Muḍarite contre un Yamanite (et vice-versa) : les solidarités et les tensions tribales jetaient le doute sur la sincérité de tels témoins. En cas de procès impliquant ces catégories sociales, le *cadi* refusait donc de se prononcer et renvoyait les plaideurs auprès de leurs groupes tribaux (*'ashā'ir*), afin qu'un processus de médiation les amène à conclure un *ṣulḥ* (al-Kindī, *Quḍāt* : 345-6/trad. 102).

Le plus souvent, cependant, la voie du *ṣulḥ* était favorisée par les justiciables eux-mêmes quand le procès aboutissait à une impasse. Afin de recouvrer l'objet de sa réclamation, un demandeur devait produire une double preuve testimoniale (*bayyina*) ou, à défaut, déférer le serment à son adversaire. Si ses témoins étaient absents, ou s'il doutait de leur agrément auprès du *cadi*, il risquait de tout perdre, en particulier si son adversaire osait se parjurer. La voie du compromis permettait au demandeur de récupérer au moins une partie de son bien, et d'aucuns espéraient plus tard annuler le *ṣulḥ* en produisant les témoins qui avaient fait défaut – une stratégie contre laquelle s'élève le *mālikite* égyptien Ibn 'Abd al-Ḥakam (m. 214/829). L'espoir de parvenir à un compromis qui les libérerait d'une partie de leurs engagements initiaux encourageait certainement les défendeurs à nier les prétentions de leurs adversaires (Tillier, 2014 : 435-6 ; cf. al-Ṭahāwī et al-Jaṣṣāṣ, *Mukhtaṣar* : IV, 202-3)¹⁵. Al-Shaybānī (m. 189/805) évoque des pourparlers préalables entre les parties : à un demandeur qui manquait de preuves, le défendeur pouvait réclamer un délai ou une réduction de sa dette en échange de son aveu (al-Shaybānī, *Jāmi'* : 420).

Une autre stratégie judiciaire, condamnée par al-Shaybānī, consistait à user du *ṣulḥ* pour contourner le droit de la preuve. À la fin du II^e/VIII^e siècle, celui-ci était régi par deux principes : la répartition des preuves selon le rôle joué par chaque plaideur, et leur hiérarchie. La production de témoins était réservée au demandeur, tandis que le serment incombait en priorité (ou exclusivement pour les ḥanafites) au défendeur. Par ailleurs, la déposition de deux témoins honorables (*bayyina*) l'emportait sur le serment. Or les plaideurs pouvaient trouver un accord (catégorisé comme *ṣulḥ* par al-Shaybānī) pour enfreindre ces principes : ils convenaient que le défendeur gagnerait le procès s'il prêtait serment, sans que fût laissée au demandeur la capacité de produire des témoins ; ou bien ils décidaient que le demandeur l'emporterait s'il prêtait serment, au mépris de la priorité accordée au défendeur en la matière ; ou encore ils s'engageaient à partager l'objet du litige s'ils prêtaient tous deux serment. Ces cas d'arrangement à l'avantage d'un plaideur aux dépens de l'autre, que l'on peut supposer avoir été pratiqués, sont nuls et non avenues aux yeux du juriste ḥanafite (al-Shaybānī, *Aṣl* : XI, 123-6).

Un *ṣulḥ* pouvait être passé dans un cadre extrajudiciaire, grâce à un médiateur privé ou même sans recours à un tiers. Mais il risquait d'être annulé par un *cadi* s'il était dénoncé en justice (al-Khaṣṣāf, *Adab* : 654). Même s'il était convenu d'avance, conclure un arrangement devant le juge permettait d'obtenir qu'il fût effectif. Il n'est pas sûr que le *cadi* ait eu besoin de rendre un jugement formel (*ḥukm*) : le document que Naïm Vanthieghem et moi-même éditons dans le présent volume suggère qu'une simple certification judiciaire (*thubūt*) était suffisante. En

¹⁵ Voir également l'article de Tillier et Vanthieghem dans le présent volume, avec un exemple documentaire de *ṣulḥ* permettant au défendeur de ne pas prêter serment.

entérinant le compromis dans un procès-verbal (*maḥḍar*), devant des témoins instrumentaires, le cadī le rendait exécutoire, donc beaucoup plus difficile à remettre en cause qu'un *ṣulḥ* passé à l'extérieur de l'institution.

Signalons enfin que le *ṣulḥ* était recommandable lorsque les justiciables craignaient l'incompétence ou l'injustice du cadī. Un poète anonyme déclara ainsi à propos de 'Abd Allāh b. Muḥammad al-Khalanjī, en poste à Bagdad (al-Sharqiyya) dans les années 225/840 :

Le plaideur trouve un arrangement avec son adversaire
de crainte que le cadī ne rende un jugement inique ! (Al-Ṣafādī, *Wāfi*, XVII : 238)

Les usages sociaux du *ṣulḥ*

Le *ṣulḥ* fait l'objet de longs chapitres dans les ouvrages de *fiqh* (Othman, 2007 : 70-1 ; voir par exemple al-Shaybānī, *Aṣl* : X, 580-618 ; XI : 5-204) et il serait vain de prétendre en détailler les règles ici. Je me contenterai donc ici de relever quelques éléments permettant de mieux saisir les usages sociaux de l'arrangement à l'amiable.

Adapter le droit aux réalités sociales

La renégociation d'une dette, avec abaissement du montant dû par le débiteur, ressort tout d'abord comme le cas le plus typique. Quand un créancier désirait recouvrer son dû avant l'échéance de la créance, un remboursement anticipé pouvait se négocier contre une réduction de la dette (al-Shaybānī, *Jāmi'* : 419 ; al-Kulaynī, *Furū'* : III, 262). Les développements consacrés à d'autres types d'affaires révèlent l'importance du compromis au quotidien. Un *ṣulḥ* pouvait être conclu lors d'un litige commercial. L'acheteur d'un esclave qui s'avérait entaché d'un défaut, si le vendeur niait son existence au moment de la transaction, pouvait négocier une compensation inférieure à la décote de l'esclave (al-Ṭaḥāwī, *Shurūṭ* : 759-60 ; cf. al-Shāfi'ī, *Umm* : IV, 464). Le prix du sang en cas d'homicide ou de coups et blessures pouvait faire l'objet d'un compromis (al-Shāfi'ī, *Umm* : IV, 463 ; al-Ṭaḥāwī et al-Jaṣṣāṣ, *Mukhtaṣar* : IV, 202), de même que le don nuptial (*ṣadāq*) promis lors d'un mariage (al-Shāfi'ī, *Umm* : IV, 463). Une femme pouvait négocier un arrangement avec un homme qui prétendait l'avoir épousée, afin que celui-ci abandonne son droit conjugal (al-Simnānī, *Rawḍa* : II, 765) ; à l'inverse, un homme victime d'une blessure volontairement infligée par une femme pouvait renoncer au talion contre la main de celle-ci (al-Simnānī, *Rawḍa* : II, 770). Un arrangement était aussi envisageable lorsqu'un non-musulman ne parvenait pas à payer la *jizya* ('Abd al-Razzāq, *Muṣannaf* : X, 372). Tout ce qui a un prix, conclut al-Shāfi'ī, peut faire l'objet d'un *ṣulḥ* (al-Shāfi'ī, *Umm* : IV, 463).

Les biens immobiliers (maison, mur, point d'eau) occupent une place non négligeable dans la théorie des juristes. En cas de litige relatif à une propriété, un arrangement pouvait être trouvé sous la forme d'un versement en espèces (dinars, dirhams) ou en nature (vêtement, bétail, prêt d'un esclave ou d'une bête de somme) par le défendeur qui était en possession du bien. Le compromis pouvait aussi stipuler qu'une partie de la propriété immobilière serait mise à disposition du demandeur pendant une durée déterminée (al-Shāfi'ī, *Umm* : IV, 465-66, 470, 473, 475 ; al-Ṭūsī, *Mabsūṭ* : II, 293-5, 304-10). La composition ne pouvait concerner qu'un bien privé : si une plainte était déposée contre un empiètement sur la voie publique, nul arrangement avec le demandeur – qui n'avait aucun droit sur cet espace – n'était possible (al-Shāfi'ī, *Umm* : IV, 465 ; al-Ṭūsī, *Mabsūṭ* : II, 290 ; cf. Othman, 2005 : 179). De même les crimes contre Dieu, sanctionnés par les peines scripturaires (*ḥudūd*), ne pouvaient faire l'objet d'aucune transaction (al-Simnānī, *Rawḍa* : II, 765 ; Santillana, 1938 : I, 212 ; Tamdoğan, 2008 : 67). Une autre règle, la plus importante, imposait une adéquation entre le *ṣulḥ* et la légalité islamique – il ne pouvait autoriser ce qui était interdit, ni interdire ce qui était autorisé. Cette prescription demeurait

ambiguë : la recherche d'un moyen terme impliquait en effet de s'écarter de la solution légalement juste (Othman, 2005 : 113 *sq.*). De là à ce que l'accord des plaideurs aboutisse au contournement du droit, il n'y avait qu'un pas, comme nous l'avons vu plus haut à propos des procédures.

Le droit successoral s'avérait particulièrement vulnérable. Il prévoyait la division du patrimoine d'un défunt entre des catégories d'héritiers strictement définies, ce qui contrariait les stratégies d'accumulation du capital au sein de lignées masculines. Le *ṣulḥ* pouvait servir à contourner la rigidité de ces règles, et les juristes durent réfléchir aux moyens de maintenir les tractations dans le cadre de la légalité (Hentati, 2007 : 191-2 ; Othman, 2005 : 166 *sq.*). Mais tout le monde ne cherchait pas à s'affranchir de la norme islamique et un arrangement pouvait simplement faciliter le partage. Al-Ṭaḥāwī détaille le cas où une femme meurt en laissant deux héritiers, son époux et son père, qui ont chacun droit à la moitié de ses biens ($\frac{1}{2}$ pour le mari ; $\frac{1}{6} + \frac{1}{3}$ pour le père). Les deux hommes peuvent alors passer un contrat de *ṣulḥ* en vertu duquel le père résigne sa part d'héritage en faveur de l'époux ; en échange, ce dernier verse une somme d'argent au premier (al-Ṭaḥāwī, *Shurūṭ* : 748-51). L'arrangement évitait de diviser le patrimoine et permettait au mari de racheter à un prix inférieur la part qui revenait à son beau-père, ce qui lui évitait de devoir tout vendre pour lui verser la moitié de l'héritage. Regrouper la succession aux mains d'un unique héritier facilitait également les opérations comptables : si la femme avait laissé des dettes, le mari pouvait ainsi les solder sur la succession globale, en reportant ce solde sur la somme qu'il versait au père au titre du *ṣulḥ* (ce que suggère al-Ṭaḥāwī, *Shurūṭ* : 752).

Conclure un arrangement impliquait un renoncement de la part de chacun des adversaires : l'un abandonnait une partie de ce qu'il estimait lui être dû, l'autre payait plus que ce qu'il espérait. Le moyen terme pouvait rétablir la paix sociale, mais aussi la troubler dès lors qu'un conflit opposait des groupes et non des individus. Si le créancier d'une personne défunte contractait un *ṣulḥ* avec un des héritiers, l'arrangement risquait d'être désapprouvé par les autres. C'est pourquoi al-Shāfi'ī énonce que le *ṣulḥ* n'engage que l'individu qui le contracte et non la partie à laquelle il appartient, à moins que ses cohéritiers ou ses associés ne l'aient mandaté pour conclure le *ṣulḥ*. Dans le cas ci-dessus, l'héritier qui a accepté de verser une somme au créancier ne peut se retourner contre ses cohéritiers pour leur demander de la partager entre eux (al-Shāfi'ī, *Umm* : IV, 469). L'on devine, à travers de tels exemples, les tensions qu'un arrangement pouvait provoquer lorsque les intérêts individuels s'opposaient à ceux du groupe.

Le ṣulḥ, entre usure et charité

Le *ṣulḥ*, nous l'avons vu, est catégorisé comme un accord à l'amiable entre deux parties. Les juristes envisagent néanmoins le cas où le *ṣulḥ* implique une tierce personne (*ajnabī* ; al-Ṭaḥāwī l'appelle *muṣāliḥ*) qui se substitue (*qāma maqām*) au défendeur pour conclure un arrangement avec son adversaire, et qui verse le prix de la transaction sur ses propres biens. Au terme de ce compromis, le demandeur n'a plus rien à réclamer à la partie adverse. Le tiers peut être mandaté par le défendeur et agir en tant que *wakīl*, comme dans le cas du papyrus d'al-Mufaḍḍal (voir *supra*). Selon le ḥanafite irakien al-Khaṣṣāf, le contrat de *wakāla* pouvait préciser si le mandant autorisait son agent à passer un compromis avec son adversaire (al-Khaṣṣāf, *Adab* : 511). Mais un tiers pouvait aussi agir de sa propre initiative, sans même que le défendeur fût prévenu (al-Shāfi'ī, *Umm* : IV, 464 ; al-Ṭaḥāwī, *Shurūṭ* : 756 ; al-Ṭaḥāwī et al-Jaṣṣāṣ., *Mukhtaṣar* : IV, 200 ; al-Tūsī, *Mabsūṭ* : II, 289 ; Ibn Qudāma, *Mughnī* : VII, 8-9 ; al-Asyūṭī, *Jawāhir* : I, 140). La question se posait alors de savoir si le tiers qui s'était arrangé avec le demandeur pouvait se retourner contre le défendeur pour lui réclamer remboursement du règlement à l'amiable. S'il a été mandaté par le défendeur pour conclure un *ṣulḥ*, al-Shāfi'ī considère qu'il peut exiger le

remboursement de la somme dont il s'est acquitté. En revanche, un tiers qui aurait agi sans l'autorisation (*idhn*) du défendeur doit être vu comme un « volontaire » (*taṭawwa'a*) : il ne peut donc se retourner contre le défendeur (al-Shāfi'ī, *Umm* : IV, 468 ; pour les imamites, voir al-Ṭūsī, *Mabsūṭ* : II, 290, 304). Cette interprétation est suivie par le ḥanafite égyptien al-Ṭahāwī, selon qui le *muṣāliḥ* doit s'engager dans le contrat de *ṣulḥ* à ne pas réclamer au défendeur la somme qu'il a payée pour lui. Il affiche son désaccord avec d'autres juristes – non nommés – qui considèrent que le tiers peut exiger du défendeur le remboursement (al-Ṭahāwī, *Shurūṭ* : 757). Cette controverse suggère que la pratique du *ṣulḥ* par un tiers put correspondre, dans bien des cas, à une forme de rachat de dette : un tiers s'arrangeait avec un demandeur, qui avait ainsi la garantie de récupérer une partie de son bien ; le défendeur changeait de créancier et gagnait une réduction du montant à rembourser, ainsi qu'un délai supplémentaire pour s'en affranchir. Toutefois, les normes préconisées par al-Shāfi'ī ou al-Ṭahāwī semblent aussi refléter une pratique sociale distincte : celle consistant à se substituer à un débiteur insolvable, en renégociant sa dette, dans un élan de solidarité ou de charité. Le caractère gratuit d'une telle intervention transparait plus tard chez al-Asyūṭī, pour qui l'acte d'enregistrement du *ṣulḥ* ne doit pas mentionner le nom de l'étranger qui s'est substitué au défendeur de son propre chef (al-Asyūṭī, *Jawāhir* : I, 141) : la discrétion devait empêcher le rachat de créance par des usuriers peu scrupuleux, qui auraient autrement pu se prévaloir de leur prétendue générosité pour enfoncer les personnes endettées dans leur misère. Le *ṣulḥ* conclu spontanément par un tiers devait s'apparenter à un acte de piété.

Un tel geste de charité se pare d'un sens eschatologique particulier dans le *fiqh* imamite. Une dette n'y est pas effacée par la mort du créancier ni celle du débiteur. Celui qui négocierait une réduction avec les héritiers de son créancier demeure redevable du reste de la somme et des comptes lui seront réclamés par le défunt dans l'au-delà (al-Kulaynī, *Furū'* : III, 263). Un débiteur mort insolvable, et sans héritiers pour s'acquitter de ce qu'il doit, se trouverait dans une position eschatologique encore plus délicate. Le geste charitable d'un tiers non mandaté par le défunt, qui rembourserait pour lui au moins une partie de l'emprunt en contractant un *ṣulḥ* en son nom – situation qu'évoque al-Ṭūsī (*Mabsūṭ* : II, 289) –, reviendrait à intercéder pour le salut de son âme.

Les sources narratives gardent enfin le souvenir de cadis qui « réconciliaient » les plaideurs (*aṣlaḥa bayna-hum*) en payant eux-mêmes aux demandeurs les sommes modestes qu'ils réclamaient à leurs adversaires. Ainsi auraient procédé Abū Maryam al-Ḥanafī, premier cadi de Baṣra, 'Abd al-Raḥmān b. Yazīd b. Ḥāritha à Médine vers 87/706, et Thumāma b. 'Abd Allāh al-Anṣārī à Baṣra en 110/728-9. Deux récits rapportés tardivement par Ibn Ḥajar suggèrent que Khayr b. Nu'aym, dans la Fustāṭ de la fin de l'époque omeyyade, agissait de même. Ces cadis assumaient le rôle du bienfaiteur étranger qui se substitue au défendeur. Peut-être pensaient-ils appliquer le *ṣulḥ* recommandé par 'Umar. Ce n'est pourtant pas ainsi que l'entendait le pouvoir – le gouverneur local dans les deux derniers cas –, qui y vit le plus souvent une faute professionnelle et révoqua ces trop généreux cadis. Le calife 'Umar aurait écrit à Abū Maryam qu'il l'avait nommé afin de trancher selon le droit et non pour rembourser les dettes (Ibn Abī Shayba, *Muṣannaf* : VII, 698 ; Wakī', *Quḍāt* : I, 134, 272-3 ; II : 21 ; Ibn Ḥajar, *Raf'* : 155-6. Pour des exemples au Maghreb, voir Hentati, 2007 : 190). Cette pratique ressurgit de temps à autre. Au tournant du X^e siècle, le cadi de Fustāṭ Abū Zur'a payait encore les créances des débiteurs insolubles (Ibn Ḥajar, *Raf'* : 391/trad. 83). Mais il s'agit sans doute d'exceptions. Si la norme préconisait que le cadi encourage les justiciables à trouver un arrangement, il n'était pas supposé se substituer lui-même au défendeur, ce qui faisait sortir le cadi de sa neutralité (Othman, 2007 : 78-9) et provoquait une confusion des genres. Le rôle du cadi se limitait à rendre un jugement ou à enregistrer l'accord à l'amiable des plaideurs.

CONCLUSION

Aux premiers siècles de l'islam, l'arbitrage et la conciliation n'étaient pas les justices « parallèles » que l'on pourrait croire à première vue. Au contraire, ces modes de résolution des conflits étaient en partie intégrés au système étatique, soit par le biais d'une construction hiérarchique, soit par la place que le tribunal du *cadi* offrait à la médiation. L'autorité des arbitres privés semble avoir été reconnue par le pouvoir dès l'époque omeyyade, qui veillait à l'application de sentences considérées comme contraignantes. Les courants juridiques qui se développèrent à partir du II^e/VIII^e siècle modélisèrent l'arbitrage pour en faire une juridiction inférieure à celle du *cadi* – qui pouvait être saisi en appel de la sentence –, et par là même, articulée à la justice étatique. Si le modèle est théorique et sans doute idéalisé, son élaboration répondait au besoin de contrôler cette institution mouvante – puisque le choix des arbitres ne dépendait que des plaideurs –, d'en limiter l'arbitraire en lui imposant le droit musulman comme principale référence, mais aussi de légitimer le recours à un système vraisemblablement répandu et populaire.

La conciliation, sous la forme du *ṣulḥ*, se vit plus intégrée encore à la justice étatique. Souvent exercée dans un cadre privé, elle faisait aussi partie intégrante des procédures autorisées au tribunal. L'incitation des *cadis* à agir comme médiateurs, très forte aux débuts de l'islam, tendit à s'estomper à partir du II^e/VIII^e siècle afin d'ériger plus résolument le *cadi* en agent d'adjudication, chargé de déterminer les droits de chacun et non de favoriser des moyens termes. En pratique, cependant, la voie de l'arrangement demeura admise et nombre de plaideurs continuèrent de l'emprunter lors de leurs procès. Qu'il fût contracté en contexte judiciaire ou en dehors de l'audience, le *ṣulḥ* demeurait un instrument essentiel de la paix sociale. La recherche d'un moyen terme où l'une des parties, au moins, renonçait partiellement à son droit, reposait sur des principes plus éthiques que juridiques et renvoyait à l'idéal d'un comportement charitable. Le *ṣulḥ* permettait, de fait, l'assouplissement de règles juridiques parfois trop rigides au regard des normes sociales, y compris dans le cadre de l'audience judiciaire. Geste magnanime de la part du plaideur en position de force, il contribuait à huiler la machine des rapports sociaux, tout en augmentant le capital symbolique de ceux qui abdiquaient une partie de leurs droits. Les juristes des différentes écoles laissent néanmoins poindre leur inquiétude face aux abus rendus possibles par le *ṣulḥ*. Il fallait constamment veiller à ce que celui-ci ne servît pas à contourner la loi. Accord à l'amiable en théorie, impliquant des renoncements symétriques, le *ṣulḥ* n'échappait pas, en pratique, au jeu de rapports sociaux hiérarchisés, et pouvait conduire à une manipulation de la justice.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Sources

- ‘ABD AL-RAZZĀQ AL-ṢAN‘ĀNĪ, *al-Muṣannaḥ*, éd. Ḥabīb al-Raḥmān al-A‘zamī, Beyrouth, al-Maktab al-islāmī, 1983, 12 volumes.
- ABŪ GHĀNIM AL-KHURĀSĀNĪ (Bishr b. Ghānim), *al-Mudawwana al-kubrā*, éd. Muṣṭafā b. Ṣāliḥ Bājū, Masqat, Wizārat al-turāth wa-l-thaqāfa, 2007, 3 volumes.
- ABŪ HILĀL AL-‘ASKARĪ, *Le livre des califes qui s'en remirent au jugement d'un cadi*, édition et traduction par Mathieu TILLIER, Le Caire, Ifao, 2011, 53 + 40 p.
- , *Jamharat al-amthāl*, éd. Muḥammad Abū l-Faḍl Ibrāhīm, Beyrouth, Dār al-fikr, 1988, 2 volumes.
- ABŪ YŪSUF, *Ikhtilāf Abī Ḥanīfa wa-Ibn Abī Laylā*, éd. Abū l-Wafā’ al-Afghānī, s.l., Maṭba‘at al-wafā’, 1357 H., 226 p.
- ABŪ ZUR‘A, *Ta’rīkh Abī Zur‘a al-Dimashqī*, éd. Shukr Allāh b. Ni‘mat Allāh al-Qūjānī, s.l., s.d.

- AL-ASYŪTĪ, *Jawāhir al-'uqūd wa-mu'īn al-quḍāt wa-l-muwaqqi'īn wa-l-shuhūd*, Le Caire, Maṭba'at al-sunnah al-muḥammadīya, 1955, 2 volumes.
- AL-BALĀDHURĪ, *Ansāb al-ashrāf*, éd. Orient-Institut Beirut, Beyrouth, Mu'assasat al-bayān, 2008-, 7 volumes édités.
- AL-BAYḤAQĪ, *Sunan al-Bayḥaqī l-kubrā*, éd. Muḥammad 'Abd al-Qādir 'Aṭā, La Mecque, Maktabat dār al-bāz, 1994, 10 volumes.
- AL-DHAHABĪ, *Siyar a'lām al-nubalā'*, éd. Shu'ayb al-Arnā'ūṭ et Muḥammad Nu'aym al-'Araqsūsī, Beyrouth, Mu'assasat al-risāla, 1981, 26 volumes.
- IBN 'ABD AL-ḤAKAM, *Sīrat 'Umar b. 'Abd al-'Azīz*, éd. Aḥmad 'Ubayd, s.l., Maktabat wahba, s.d.
- IBN 'ABD RABBIH, *al-'Iqd al-farīd*, éd. Aḥmad Amīn, Aḥmad al-Zīn et Ibrāhīm al-Abyārī, Le Caire, Maktabat al-nahda al-miṣriyya, 1953, 7 volumes.
- IBN ABĪ SHAYBA, *al-Muṣannaḥ*, éd. Ḥamad b. 'Abd Allāh al-Jum'a et Muḥammad b. Ibrāhīm al-Laḥīdān, Riyad, Maktabat al-rushd, 2004, 16 volumes.
- IBN 'ASĀKIR, *Ta'rīkh Madīnat Dimashq*, éd. 'Umar b. Gharāma al-'Amrawī, Beyrouth, Dār al-fikr, 1995, 80 volumes.
- Ibn Ḥajar al-'Asqalānī, *Raf' al-iṣr 'an quḍāt Miṣr*, éd. 'Alī Muḥammad 'Umar, Le Caire, Maktabat al-Khānjī, 1998 ; trad. Mathieu Tillier, *Vies des cadis de Miṣr (257/851-366/976)*, Le Caire, Ifao, 2002, 212 p.
- IBN AL-JAWZĪ, *al-Adhkiyā'*, éd. Usāma 'Abd al-Karīm al-Rifā'ī, Damas, Maktabat al-Ghazālī, 1985.
- IBN AL-QĀSS, *Adab al-qāḍī*, éd. Aḥmad Farīd al-Mazīdī, Beyrouth, Dār al-kutub al-'ilmiyya, 2007, 176 p.
- IBN QUDĀMA, *al-Mughnī*, éd. 'Abd Allāh b. 'Abd al-Muḥsin al-Turkī et 'Abd al-Fattāḥ Muḥammad al-Ḥulw, Riyad, 'Ālam al-kutub, 1986, 14 volumes.
- Ibn Qutayba, *Uyūn al-akhbār*, Le Caire, Dār al-kutub al-miṣriyya, 1996, 4 volumes.
- IBN SA'D, *al-Ṭabaqāt al-kubrā*, Beyrouth, Dār Ṣādir, 1968, 8 volumes.
- IBN SHABBA, *Ta'rīkh al-Madīna al-munawwara*, éd. Fahīm Muḥammad Shatlūt, Beyrouth, Dār al-fikr, s.d., 4 volumes.
- KHALĪFA B. KHAYYĀṬ, *Ta'rīkh*, éd. Akram Ḍiyā' al-'Umarī, Damas-Beyrouth, Mu'assasat al-risāla-Dār al-qalam, 1977, 630 p.
- AL-KHAṢṢĀF (avec le commentaire d'al-Jaṣṣās), *Kitāb Adab al-qāḍī*, éd. Farḥāt Ziyāda, Le Caire, The American University in Cairo Press, 1978, 825 p.
- AL-KULAYNĪ, *Furū' al-Kāfi*, Beyrouth, Dār al-ta'āraf, 1993, 8 volumes.
- AL-KINDĪ, *Akhbār quḍāt Miṣr*, dans *The Governors and Judges of Egypt*, éd. Rhuvon Guest, Leyde, Brill, 1912, p. 299-476 ; trad. M. Tillier, dans al-Kindī, *Histoire des cadis égyptiens*, Le Caire, Ifao, 2012, 304 p.
- AL-MINQARĪ, *Waq'at Ṣiffīn*, éd. 'Abd al-Salām Muḥammad Hārūn, Beyrouth, Dār al-jīl, 1990, 639 p.
- AL-NĪSĀBŪRĪ, *Majma' al-amthāl*, éd. Muḥammad Muḥyī al-Dīn 'Abd al-Ḥamīd, Beyrouth, Dār al-ma'rifa, s.d., 2 volumes.
- SAḤNŪN, *al-Mudawwana al-kubrā*, Beyrouth, Dār ṣādir, s.d., 6 volumes.
- AL-ṢAFADĪ, *al-Wāfi bi-l-wafayāt*, éd. Aḥmad al-Arnā'ūṭ et Turkī Muṣṭafā, Beyrouth, Dār ihyā' al-turāth al-'arabī, 2000, 29 volumes.
- AL-SHĀFĪ'Ī, *Kitāb al-umm*, éd. Rif'at Fawzī 'Abd al-Muṭṭalib, al-Manṣūra, Dār al-wafā', 2001, 11 volumes.
- AL-SHAYBĀNĪ, *al-Aṣl*, éd. Muḥammad Būynūkālīn, Beyrouth, Dār Ibn Ḥazm, 2012, 13 volumes.
- , *al-Jāmi' al-ṣaghīr*, Beyrouth, 'Ālam al-kutub, 1986, 541 p.

- AL-SIMNĀNĪ, *Rawḍat al-quḍāt wa-ṭarīq al-najāt*, éd. Salāḥ al-Dīn al-Nāḥī, Beyrouth-Amman, Mu'assasat al-risāla – Dār al-furqān, 1984, 2 volumes.
- AL-SUBKĪ, *al-Ṭabaqāt al-shāfi'iyya al-kubrā*, éd. 'Abd al-Fattāḥ Muḥammad al-Ḥulw et Maḥmūd Muḥammad al-Ṭanāḥī, s.l., Maṭba'at 'Īsā al-Bābī al-Ḥalabī, 1964, 10 volumes.
- AL-ṬABARĪ, *Ta'rīkh al-rusul wa-l-mulūk*, éd. Muḥammad Abū l-Faḍl Ibrāhīm, Le Caire, Dār al-ma'ārif, 1967, 10 volumes.
- AL-ṬAHĀWĪ, *al-Shurūṭ al-ṣaghīr, mudhaylan bi-mā 'uthira 'alay-hi min al-Shurūṭ al-kabīr*, éd. Rawḥī Ūzjān, Bagdad, Maṭba'at al-'ānī, 1974, 1228 p.
- AL-ṬAHĀWĪ et AL-JASSĀS, *Mukhtaṣar ikhtilāf al-'ulamā'*, éd. 'Abd Allāh Nadhīr Aḥmad, Beyrouth, Dār al-bashā'ir al-islāmiyya, 1995, 5 volumes.
- al-Ṭūsī, *al-Mabsūt fī fiqh al-imāmiyya*, Beyrouth, Dār al-kitāb al-islāmī, 1992, 8 volumes.
- WAKĪ', *Akhbār al-quḍāt*, éd. 'Abd al-'Azīz Muṣṭafā al-Marāghī, Le Caire, Maṭba'at al-sa'āda, 1947-1950, 3 volumes.

Instruments de travail

EF² = *Encyclopaedia of Islam*, 2nd Edition, Leyde, Brill, 1954-2004, 12 volumes.

Références

- ANTHONY Sean, 2009, « The Domestic Origins of Imprisonment: An Inquiry into an Early Islamic Institution », *Journal of the American Oriental Society*, 129, p. 571-596.
- FIERRO Maribel, 2006, « Ill-treated Women seeking Divorce: the Qur'anic two Arbiters and Judicial Practice among the Malikis in al-Andalus and North Africa », dans Masud, Muhammad Khalid, Peters, Rudolf et Powers, David (Ed.), *Dispensing Justice in Islam: Qadis and their Judgments*, Leyde, Brill, p. 323-348.
- HALLAQ Wael B., 2005, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 234 p.
- , 2009, *Sharī'a. Theory, Practice, Transformations*, New York, Cambridge University Press, 614 p.
- HARRIES Jill, 1999, *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 235 p.
- HENTATI Nedjmeddine, 2007, « Mais le cadī tranche-t-il ? », *Islamic Law and Society*, 14, p. 180-203.
- HERMAN Geoffrey, 2012, *A Prince without a Kingdom. The Exilarch in the Sasanian Era*, Tübingen, Mohr Siebeck, 411 p.
- HINDS Martin, 1972, « The Siffin Arbitration Agreement », *Journal of Semitic Studies*, 17, p. 93-129.
- KAIMIO Maarit, 2001, « P.Petra inv. 83: A Settlement of Dispute », dans *Atti del XXII Congresso Internazionale di Papirologia*, Florence, p. 719-724.
- MACCOULL Leslie S.B., 2009, *Coptic Legal Documents. Law as Vernacular Text and Experience in Late Antique Egypt*, Tempe, Arizona Center for Medieval and Renaissance Studies, 214 p.
- MACUCH Maria, 1981, *Das sasanidische Rechtsbuch « Mātakdān i hazār dātistān » (Teil II)*, Wiesbaden, Kommissionsverlag Franz Steiner, 268 p.
- OTHMAN Aida, 2005, « "And Ṣulḥ is Best": Amicable Settlement and Dispute Resolution in Islamic Law, Ph.D. thesis, Harvard University, Cambridge, 336 p.
- , 2007, « "And Amicable Settlement is Best": Ṣulḥ and Dispute Resolution in Islamic Law », *Arab Law Quarterly*, 21, p. 64-90.
- REBSTOCK Ulrich, 1999, « A Qāḍī's Errors », *Islamic Law and Society*, 6, p. 1-37.
- SANTILLANA David, 1938, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, Rome, Istituto per l'Oriente, 2 volumes.

- SERJEANT R.B., 1984, « The Caliph 'Umar's Letters to Abū Mūsā al-Ash'arī and Mu'āwiya », *Journal of Semitic Studies*, 29, p. 65-79.
- SIMONSOHN Uriel, 2011, *A Common Justice. The Legal Allegiances of Christians and Jews under Early Islam*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 306 p.
- TILLIER Mathieu, 2009, *Les cadis d'Iraq et l'État abbasside (132/750-334/945)*, Damas, Presses de l'Ifpo, 869 p.
- , 2011, « Les “premiers” cadis de Fustāt et les dynamiques régionales de l'innovation judiciaire (750-833) », *Annales Islamologiques*, 45, p. 214-242.
- , 2014, « Deux papyrus judiciaires de Fustāt (II^e/VIII^e siècle) », *Chronique d'Égypte*, 89, p. 412-445.
- TAMDOĞAN Işık, 2008, « *Şulh* and the 18th Century Ottoman Courts of Üsküdar and Adana », *Islamic Law and Society*, 15, p. 55-83.
- AL-ZIRIKLĪ Khayr al-Dīn, 1997, *al-A'lām. Qāmūs tarājim li-ashhar al-rijāl wa-l-nisā' min al-'arab wa-l-musta'ribīn wa-l-mustashriqīn*, Beyrouth, Dār al-'ilm li-l-malāyīn, 12^e édition, 8 volumes.