



HAL
open science

Khaled Fahmy, In Quest of Justice. Islamic law and forensic medicine in modern Egypt

Baudouin Dupret

► **To cite this version:**

Baudouin Dupret. Khaled Fahmy, In Quest of Justice. Islamic law and forensic medicine in modern Egypt. 2019. halshs-02189452

HAL Id: halshs-02189452

<https://shs.hal.science/halshs-02189452>

Submitted on 19 Jul 2019

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.

Khaled Fahmy, *In Quest of Justice. Islamic law and forensic medicine in modern Egypt*

Compte-rendu par Baudouin Dupret

Après *All the Pasha's Men*, qui portait sur l'armée de Mehmet Ali, le gouverneur ottoman qui prit le contrôle de l'Égypte après l'échec de l'entreprise de Bonaparte, Khaled Fahmy publie une contribution majeure à l'histoire égyptienne du 19^e siècle. Par le biais de la justice pénale et de la médecine légale, il propose une relecture critique d'une période tiraillée entre des conceptions de l'histoire vantant, pour les unes, l'accession de l'Égypte à une modernité inspirée par les Lumières et déplorant, pour les autres, la rupture avec l'authentique tradition incarnée par la charia. Sur la base d'un matériau constitué principalement des archives des Conseils judiciaires régaliens (*al-majalis al-siyasiyya*), Fahmy démonte efficacement ces visions manichéennes, en opposant à une appréhension « par le haut » de la modernisation de l'Égypte, une analyse « par le bas » des pratiques bureaucratiques, sanitaires, administratives et judiciaires ayant conduit le pays à de profonds bouleversements : « Notre compréhension de la modernité égyptienne serait bien différente si nous l'examinions, non pas en étudiant les écoles, les journaux et la littérature imprimée, mais en regardant de près au contexte de ces transformations intellectuelles et conceptuelles » (p. 15). Dans cette opération critique, Fahmy vise les mises en récit de l'histoire du droit égyptien des intellectuels islamistes ('Abd al-Qadir 'Awda, Tariq al-Bishri) aussi bien qu'occidentaux (Talal Assad, Wael Hallaq, Hussein Agrama), le critère d'appartenance à l'une ou l'autre de ces catégories étant fonction du pedigree académique et non d'une quelconque affiliation ethnique. Aux premiers comme aux seconds, il adresse fondamentalement le même reproche, à savoir le refus d'historiciser la charia, qui implique l'identification de celle-ci à la normativité islamique authentique que les transformations modernistes seraient venues altérer. Aux uns comme aux autres, il oppose une perspective historienne et empirique qui dénie le privilège d'un paradigme quelconque. Ainsi conteste-t-il la prééminence accordée, dans l'étude de la tradition juridique islamique, à la doctrine (*fiqh*), face à laquelle il fait valoir l'importance d'une branche partiellement méconnue, celle de la justice du prince (*siyasa*), qui ne s'oppose pas à la première mais vient plutôt la compléter (p. 83). Ce faisant, Fahmy pourfend aussi la conception euro-centrique qui considère l'eupéanisation du droit égyptien, incarnée par la création des tribunaux mixtes en 1876, comme l'aboutissement d'un processus téléologique conduisant inexorablement vers cet idéal (p. 91). De son point de vue, il conviendrait plutôt de souligner que « le système égyptien a entrepris un processus de bureaucratisation » (p. 92) visant à établir un contrôle administratif, policier et judiciaire centralisé sur la population.

Bien que ces juridictions du prince se soient situées dans la perpétuation de la tradition juridique islamique, leurs méthodes bureaucratiques inscrivant l'individu dans l'ordre textuel d'une justice de type régalien ont progressivement conduit le droit égyptien à sa complète transformation (p. 103). Une des différences majeures distinguant ces juridictions régaliennes des tribunaux de la charia pratiquant la doctrine juridique islamique résidait dans la question du témoignage. Contrairement en effet à ces derniers, les procédures suivies par les juridictions régaliennes, qui étaient inquisitoriales et écrites, admettaient les preuves circonstancielles et le doute raisonnable (p. 110-111). En outre, ces juridictions s'avéraient, en différentes matières, susceptibles de pallier les insuffisances de la doctrine juridique, comme le fait que les tribunaux de la charia traitaient les homicides comme une question de droit privé, n'admettaient les moyens de preuve que de manière restrictive ou s'appuyaient sur un système de *diyya* (compensation financière des atteintes corporelles) contreproductif pour un État moderne (p. 122-123). Fahmy insiste beaucoup sur la continuité dans laquelle les juridictions régaliennes perpétuaient l'héritage de la charia. Pas d'opposition, donc, entre un droit issu de la charia et un droit moderne sécularisé, mais, au contraire, complémentarité à

l'intérieur d'un même système de la charia du droit doctrinal (*fiqh*) et du droit régalien (*siyasa*), « le système juridique égyptien du 19^e siècle dérivait sa flexibilité et son adaptabilité » (p. 124). En créant des Conseils judiciaires régaliens à côté des tribunaux de la charia et en promulguant des codes de lois, le pouvoir égyptien est venu non pas remplacer mais compléter le *fiqh* de trois manières au moins : ouverture à l'autorité politique du droit d'initier une action en justice ; élargissement du système probatoire à la preuve circonstancielle et au doute raisonnable ; développement des peines de prison (p. 125). Fahmy ajoute, un peu plus loin, que ces Conseils judiciaires régaliens, « tout en s'inscrivant dans une ligne bien éprouvée dans l'histoire islamique, ont adopté des pratiques modernes dans leur quintessence » (p. 128). Autrement dit, la thèse de l'auteur est que la révolution juridique égyptienne s'est inscrite dans le prolongement et non l'abandon de la doctrine islamique, mais une perpétuation dans des formes, bureaucratiques entre autre, qui étaient radicalement nouvelles (p. 131). Cette thèse est forte et juste, mais elle amène Fahmy à certaines affirmations, à mes yeux inutiles, sur lesquelles je reviendrai plus loin.

Sur la question de la *hisba*, à savoir la police des marchés et des mœurs, et de son remplacement par un appareil policier et une justice de type régalien, Fahmy propose une lecture critique de la littérature existante, refuse l'explication par des facteurs exogènes et suggère une thèse que je qualifierais d'utilitariste. Selon l'auteur, la disparition de la *hisba* ne doit pas être attribuée à l'introduction de la tradition juridique civiliste, mais par la mise en place d'un système de santé publique recourant à la chimie lavoisienne pour exercer son contrôle sur l'approvisionnement et l'alimentation (p. 181). Ici aussi, on peut s'étonner de ce que Fahmy considère ces différentes évolutions – chimie lavoisienne et droit positif de type civiliste – de manière dichotomique plutôt que concomitante, mais on ne peut que le suivre quand il s'agit de considérer de manière critique et sceptique les théories contemporaines selon lesquelles la *hisba* aurait été, historiquement, un régime de moralité fondé religieusement que l'Etat moderne et son pouvoir de coercition auraient dénaturé (p. 183). A ce type de position idéaliste et essentialiste, Fahmy oppose un réalisme historien salutaire montrant l'étroite relation de la *hisba* et de la violence, bien loin de toute éthique de la persuasion et de l'exemplarité : « le but principal de la fonction était de réformer le malfaisant plutôt que de produire un soi musulman habité des désirs et des passions correctes » (p. 200). Un décret de 1837 mit fin à la fonction des agents en charge de la *hisba* (*muhtasib*), qui furent remplacés par les médecins du service public, avec un souci toujours accru pour les questions d'hygiène et la mise en place d'institutions d'enseignement et de politiques étatiques de contrôle des marchés (p. 222). Cette évolution hygiéniste doit aussi être considérée en parallèle avec l'anxiété moderne à l'égard de l'usage brut de la violence physique, une préoccupation centrale pour un Etat soucieux de se consolider et d'asseoir son pouvoir hégémonique (p. 224). Dans ce processus, le droit joue un rôle majeur, que le remplacement des peines corporelles par la prison traduit de manière caractéristique. Plutôt que de recourir à une « explication de conte de fée » (p. 235) selon laquelle la souffrance physique se serait effacée sous le seul effet du processus civilisationnel, Fahmy situe la question du côté du souci moderne de quantification de la douleur (p. 235) et des doutes sur l'efficacité de la torture dans l'obtention d'aveux véridiques (p. 252). En lieu et place d'une justice du *fiqh* fondée sur le témoignage oral, l'identification de la gravité des blessures et la détermination du statut social des victimes, la justice régaliennne institue un système fondé sur une procédure inquisitoriale, l'établissement de liens de causalité confirmés par des médecins professionnellement formés et intégrés à l'appareil judiciaire, sur la production d'une expertise écrite produisant des preuves substantielles et sur le principe d'égalité statutaire devant la loi (p. 257-261). Ainsi, « bien que le *fiqh* et la *siyasa* aient opéré main dans la main, ces deux branches du système juridique égyptien du 19^e siècle étaient basées sur des épistémologies radicalement différentes et fonctionnaient de manière fondamentalement différentes » (p. 266). En outre, « la justice régaliennne était assurée par des

fonctionnaires, des médecins et des bureaucrates qui étaient désireux de rendre l'Égypte plus efficace et administrable » (p. 268).

La thèse de Fahmy peut se résumer de la manière suivante. Le nouvel Etat égyptien avait besoin, pour établir son contrôle, de donner à sa bureaucratie naissante les moyens et l'autorité d'agir, ce qui passait par la mise en place d'un ensemble de règles juridiques adapté. Cela se traduisit par un changement fondamental du système et, partant, de la terminologie, avec, sous couvert de termes anciens, l'apparition de nouveaux concepts. « S'étant dotés de la machinerie d'un Etat moderne, les khédives furent en mesure de resserrer leur emprise sur la population égyptienne » (p. 274).

L'empire ottoman constituait la source d'inspiration, pour les codes comme pour les institutions, dans le prolongement de la justice régaliennne que la doctrine islamique avait formalisée. Cette justice n'était donc pas considérée comme culturellement étrangère et dépourvue d'authenticité. Toutefois, si la justice régaliennne était depuis longtemps tenue pour une branche de la charia, ses règles et procédures ne s'étaient jamais retrouvées à ce point systématisées (p. 278).

Par sa clarté, par l'ancrage historique de sa démonstration, par l'originalité de sa thématique, par l'éclairage porté sur une période méconnue, *In Quest of Justice* constitue un ouvrage majeur dont aucune étude sur l'Égypte moderne, l'histoire juridique du 19^e siècle et les mutations du droit musulman ne pourra désormais faire l'économie. Comme tout ouvrage de ce type, qui présente une thèse forte, il suscite des questions et ouvre l'espace d'un débat. Comme je le laissais entendre plus haut, il me semble qu'à vouloir rétablir un équilibre dans l'idée que l'on se fait du droit de l'époque et, tout particulièrement, sur ses relations avec la tradition de la charia et l'influence occidentale, Fahmy pousse le balancier trop loin et finit par jeter le bébé avec l'eau du bain. Les thèses eurocentrées, islamistes et foucaaldiennes pèchent toutes, à leur manière, par une tendance à négliger la continuité dans laquelle s'inscrit la justice régaliennne, et Fahmy s'y oppose justement : pas de Moyen Age juridique égyptien, jusqu'à la transplantation massive du droit européen ; pas de rupture radicale avec la tradition islamique authentique, dont l'héritage aurait été brutalement et douloureusement effacé ; pas de dislocation de la tradition discursive islamique par le Léviathan de l'Etat moderne. Était-il nécessaire, pour poser cette thèse et mener sa démonstration, de négliger l'évidence ? Si les facteurs locaux l'ont emporté sur les facteurs exogènes, dans le choix d'un Etat moderne de type bureaucratique, doté d'un droit positif codifié et d'un appareil judiciaire à trois niveaux (première instance, appel, cour suprême), centré sur la matérialité de la preuve, sur l'utilitarisme des peines et sur le contrôle de la population, il n'en demeure pas moins, à l'évidence, que, parmi les ressources et les modèles disponibles, très certainement par l'entremise ottomane (elle-même en pleine phase réformiste), le modèle positiviste français a exercé un rôle majeur. Ce ne fut une rencontre ni coloniale ni même impérialiste, mais la nécessité suscitée par des développements locaux de chercher des sources d'inspiration et des formes de réponse, en vogue à l'époque, susceptibles de contribuer à la mise en place et au développement d'un Etat moderne indépendant. Ces sources et ces formes s'inscrivaient dans la grande dynamique juridique civiliste engagée en Europe vers la fin du 18^e siècle, ce qu'on pourrait appeler le mouvement de « positivisation du droit », dont la dissémination affecta progressivement le monde entier, à commencer par l'empire ottoman des Tanzimat. Autrement dit, le recours à la doctrine civiliste, l'usage de la forme codifiée et le recours au droit comme moyen de gouvernance ne constituaient pas des buts en soi, mais le passage perçu comme nécessaire pour la construction, dans la continuité, de l'Etat égyptien moderne.