



**HAL**  
open science

## Les actes notariés en droit musulman (VIIIe-XVIe siècles)

Christian Müller

► **To cite this version:**

Christian Müller. Les actes notariés en droit musulman (VIIIe-XVIe siècles). *Studia Islamica*, 2022, 117, pp.121-142. 10.1163/19585705-12341454 . halshs-03925323

**HAL Id: halshs-03925323**

**<https://shs.hal.science/halshs-03925323>**

Submitted on 5 Jan 2023

**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.

[publié dans *Studia Islamica* (2022) 1-23, ici : version auteur 2021]

*Les actes notariés en droit musulman (VIIIe-XVIe siècles).*

**Christian MÜLLER** (CNRS, IRHT)

Dans le cadre de ce bilan de recherche, nous voulons démontrer l'intérêt que présentent les actes juridiques pour l'étude du droit en terre d'Islam. Par « actes juridiques » nous entendons ici tout document faisant référence à des droits et des obligations des individus (droit subjectif) et contenant, dans quasi tous les cas, une attestation par des témoins (*šahāda*). Le contenu de ces actes est lié aux sujets traités par la pensée juridique (*fiqh*). Toute autre documentation issue de l'administration de la justice au sens large, n'étant pas concernée directement par le *fiqh* ne sera pas prise en compte dans cet article.

Nous focalisons ici notre intérêt sur les spécimens préservés dans leur forme originale, par exemple un acte rédigé et délivré aux parties concernées, en excluant les documents transmis dans la littérature. Le document original porte toutes les traces de son utilisation, ce qui permet d'en tirer des conclusions sur l'usage qui en est fait devant les tribunaux, à savoir le droit appliqué ; un élément qui se perd avec la transmission littéraire du contenu dans des répertoires ou des registres. Bien qu'elles aient certainement existé, aucune des archives d'institutions judiciaires n'a survécu avant l'apparition des registres des tribunaux ottomans (*siğill, sicill*) depuis le XV<sup>e</sup> siècle. Les actes de certification judiciaire (*siğill*) antérieurs à cette période ressemblaient selon toute vraisemblance à des copies fournies aux parties concernées et non aux registres ottomans.<sup>1</sup>

Les documents juridiques anciens en langue arabe ont progressivement intégré les collections et les bibliothèques du monde entier, où ils ont suscité l'intérêt croissant de chercheurs depuis le XIX<sup>e</sup> siècle. Les textes ont été analysés, des éditions ont vu le jour. Ces travaux s'inscrivent dans deux traditions scientifiques différentes : l'une, la

---

<sup>1</sup> Cf. Müller, Christian, « The Power of the Pen : Cadis and Their Archives. From Writings to Registering Proof of a Previous Action Taken », dans : *Manuscripts and Archives. Comparative Views on Record-Keeping*, eds. Alessandro Bausi et alii, Berlin, 2018, pp. 361-385.

papyrologie, traite de textes courts, très anciens et souvent lacunaires, l'autre est représentée par les études de textes documentaires plus longs et plus récents. Les plus visibles et les plus étudiés sont les actes authentiques des fondations pieuses (*waqf*). La différence entre les deux approches réside dans l'intérêt scientifique principal qu'elles attachent à l'étude des documents. 1) La papyrologie arabe se focalise sur l'édition de spécimens d'archives, la description de l'écriture et des particularités dans les formulations qu'elle met en parallèle avec d'autres exemples. 2) Les recherches sur les actes de *waqf* (ou *hubūs*), qui sont les documents juridiques les plus connus et les plus étudiés pour les XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles, se concentrent sur le contenu des actes dans le domaine de l'histoire économique, sociale et institutionnelle.<sup>2</sup>

Cette étude est en deux parties. Dans la première, je propose un bilan synthétique des éditions d'actes pendant ces vingt dernières années, dans la seconde, je montre l'avancée de la recherche sur la fonction des actes notariés dans la pratique du droit. Dans cette seconde perspective qui considère des actes comme vestiges du droit, le mot « document juridique » désigne de façon précise un écrit qui nomme des individus et certains faits ou actions juridiques les concernant. Il s'agit dans la plupart des cas d'un contrat, d'une attestation de droits ou d'obligations, d'une quittance – ou d'un mélange de plusieurs sujets. Parmi les documents juridiques authentiques, je distingue les « actes notariés » dont l'authentification se fait par l'attestation de témoins, et les « décisions de justice ». Différencier les deux formes n'est pas facile, puisque les « décisions de justice » sont dans leur grande majorité également attestées par des témoins et ne diffèrent que par leur contenu et par quelques signes d'authentification supplémentaires.

---

<sup>2</sup> Les actes de *waqf* sont très variables selon l'importance des biens concernés. Ils diffèrent donc dans leur longueur et peuvent prendre la forme d'un long rouleau ou d'un cahier épais. Pour un aperçu du phénomène des fondations pieuses en Islam cf. l'article « *wakf* » (plusieurs parties) dans *l'Encyclopédie de l'Islam*, deuxième édition vol. 11, pp. 59a-99b et *Supplément* 823a-828a (anglais). Citons à titre d'exemple l'édition récente d'un inventaire de biens *mawqūfa* illustrant le passage des pratiques notariales entre les périodes mamelouke et ottomane : Eychenne, Mathieu, Meier, Astrid et Vigouroux, Élodie, *Le waqf de la mosquée des Omeyyades de Damas. Le manuscrit ottoman d'un inventaire mamelouk établi en 816/1413*, Beyrouth/Damas 2018, avec un état de la question par Meier, Astrid, « L'inventaire et sa durabilité. L'évolution de la pratique notariale entre 816/1413 et 1276/1860 », dans *ibid.*, pp. 351-365. Nous ne traitons pas ici les innombrables études sur les fondations de la période ottomane.

## I. L'état de la recherche

### *Les éditions d'actes juridiques*

La recherche se heurte à la difficulté du déchiffrement, puisque les actes juridiques sont souvent écrits de façon cursive et sans ponctuation. Ce problème se pose de façon accrue pour les textes courts, voire fragmentaires, qui nous sont parvenus des premiers siècles de l'islam et qui font l'objet d'étude de la « papyrologie arabe ». Au sein de la documentation papyrologique, les « documents juridiques » au sens utilisé ici en lien avec les droits des individus (droits subjectifs) ne représentent pourtant qu'une petite partie des spécimens préservés.<sup>3</sup> Afin de contextualiser les documents papyrologiques dispersés, Youssef Ragheb a plaidé pour un regroupement des études et des éditions d'actes selon leur appartenance à une seule archive.<sup>4</sup> Les efforts de regrouper les actes dans des ensembles afin de mieux les situer dans leur contexte historique ont abouti à de nombreuses éditions.

Nous nous contentons ici d'une sélection de publications récentes d'actes juridiques qui s'inscrivent dans cette démarche.<sup>5</sup> Certaines éditions d'ensembles portent sur un seul lieu de conservation sans tenir compte des archives originales,<sup>6</sup> d'autres documents réunissent des documents produits dans une aire géographique définie<sup>7</sup>, d'autres encore se rapportent à certains types de transactions notariées<sup>8</sup> ou à une

---

<sup>3</sup> Notre définition se démarque de la papyrologie arabe au sens large qui couvre un domaine de recherche plus vaste, cf. Sijpesteijn, Petra, « Arabic Papyri and Islamic Egypt » in Bagnall R.S. (Hg.) *Oxford Handbook of Papyrology*. Oxford 2009, pp. 452-472. Celle-ci inclut dans la terminologie d'un « document juridique » (legal document) la correspondance administrative ou privée, s'il s'agit d'un contenu touchant au droit ou à des transactions. Parmi les travaux récents, cf. Sijpesteijn, Petra, *Shaping a Muslim state : the world of a mid-eighth-century Egyptian official*, Oxford 2013, et Tillier, Mathieu, *L'invention du cadî*, pp. 29-41, sur la documentation papyrologique ; avec références à la Checklist of Arabic Papyry, <http://www.naher-osten.lmu.de/isapchecklist>, initialement publié par Sijpesteijn, Petra, Oates, John et Kaplony, Andreas dans le *Bulletin of the American Society of Papyrologists* 42 (2005), pp. 127-166.

<sup>4</sup> Ragheb, Youssef, « Pour un renouveau de la papyrologie arabe. Comment rassembler les archives dispersées de l'islam médiéval », *Académie des Inscriptions et Belles-Lettres. Comptes rendus des séances de l'année 1984, janvier-mars*, pp. 68-77.

<sup>5</sup> Les éditions d'un seul ou de quelques actes notariés sont trop nombreuses pour être mentionnées ici. Certaines publications plus anciennes seront citées par la suite pour illustrer l'argumentation de l'article.

<sup>6</sup> Thung, Michael, *Arabische juristische Urkunden aus der Papyrussammlung der österreichischen Nationalbibliothek*, Munich-Leipzig 2006, Damaj, Ahmad et José Antonio García Luján, *Documentos árabes grenadinos del Archivo del Marqués de Corvera (1399-1495)*, Huéscar, 2013, 211 p., avec 57 documents sur 26 supports.

<sup>7</sup> Khan, G.: *Arabic Documents from early Islamic Khurasan*, London, 2007, avec 32 documents.

<sup>8</sup> Rāgīb, Yūsuf, *Actes de vente d'esclaves et d'animaux d'Égypte médiévale*, 2 vols, Le Caire 2002 et 2006, avec 33 documents édités.

thématique bien précise<sup>9</sup> ou, assez large.<sup>10</sup> Ces éditions dites « papyrologiques » de documents juridiques à partir du VIII<sup>e</sup> siècle se concentrent sur les difficultés de lecture et tentent de reproduire la forme du texte la plus fiable possible. Elles mettent l'objet, le papyrus et le type de l'écriture, au centre de l'intérêt, avec un texte souvent fragmentaire. Ces éditions se distinguent par leur apparat critique qui décrit la forme de l'écriture et renvoie à des textes parallèles. Ceci se justifie pour les actes du VII<sup>e</sup> au XI<sup>e</sup> siècle en raison du caractère court et souvent lacunaire du texte, parce que le support est endommagé. Par rapport aux débuts il y a cent ans, la qualité des « éditions papyrologiques » a beaucoup progressé. Cependant, la papyrologie en tant que discipline inclut les actes notariés en qualité d'objet de recherche parmi d'autres, sans attacher un intérêt particulier aux conditions de leur rédaction au sein du système judiciaire. Cela dit, on doit reconnaître que les éditions d'actes notariés dites papyrologiques proposent une analyse de certains aspects juridiques en les mettant en relation avec des passages textuels similaires, sans étudier de façon systématique le contexte juridique global du texte.<sup>11</sup>

### *Les documents juridiques, sources pour la recherche sur le droit appliqué*

Il convient de distinguer deux façons d'utiliser les documents juridiques authentiques comme source pour l'histoire. La première méthode utilise les données mentionnées dans le texte, tels que les noms, objets ou expressions techniques afin de décrire une situation historique. Les documents juridiques présentent l'avantage notable sur d'autres sources littéraires ou documentaires d'être datés, ce qui permet de situer leur

---

<sup>9</sup> Rāḡib, Yūsuf, *Transmission de biens, mariage et répudiation à Uqlūl, village du Fayyoub au Ve/XIe siècle*. Le Caire, 2016, avec 8 documents.

<sup>10</sup> Mouton, Jean-Michel, Dominique Sourdel et Janine Sourdel-Thomine, *Mariage et séparation à Damas au Moyen Age : un corpus de 62 documents juridiques inédits entre 337/948 et 698/1299*, Paris 2013, avec l'édition et la traduction en ordre chronologique de 62 documents sur 51 supports (p. 19) provenant du « dispositive » de la Grande Mosquée de Damas, qui faisaient partie des objets transférés à Istanbul en 1893. Le recueil contient 32 actes de mariage, souvent fragmentaires (p. 22-26), 10 actes de séparation (p. 27-30), 7 quittances libératoires permettant au mari répudiateur de se remarier (p. 30-32), une *wikāla* de la part d'une femme riche (p. 33) et deux *fatāwā* (n° 26 et 34 du VI<sup>e</sup>/XII<sup>e</sup> siècle).

<sup>11</sup> A l'exception du deuxième volume de Rāḡib, Yūsuf, *Actes de vente*, *op. cit.*, qui expose les aspects juridiques, cf. *infra*.

contenu dans le temps avec précision. En revanche, l'inconvénient d'un acte notarié pris seul en tant que source consiste dans le fait qu'il situe rarement le contexte dans lequel il a été rédigé ; la raison étant qu'il faisait certainement partie d'un ensemble plus large, une procédure ou un litige dont nous ignorons les contours au-delà des informations fournies par l'acte. Sans connaissance du contexte, il paraît impossible de déterminer si l'acte en question constitue un cas isolé ou s'il a été généralisé. De fait, le texte d'un document unique ne révèle jamais toutes les raisons pour lesquelles il a été rédigé de telle ou telle façon. Utilisées de cette manière, les informations textuelles contenues dans les documents juridiques restent une source indispensable, pourtant difficilement utilisable et peu utilisée, pour l'histoire sociale ainsi que pour l'histoire des institutions et de la terminologie du droit.

Dès lors, une façon de contextualiser les actes juridiques sera de les mettre en relation avec la pensée juridique. Cette approche n'est pas une évidence, puisque la théorie prépondérante au XX<sup>e</sup> siècle supposait une dichotomie entre théorie de la pensée juridique et une pratique des actes notariés qui serait inhérente au droit musulman après sa période « de formation ». Par conséquent, les traités juridiques n'auraient aucun lien avec les documents juridiques. Selon cette hypothèse formulée par J. Schacht et d'autres savants,<sup>12</sup> les actes écrits contredisaient la théorie juridique. Par ailleurs, la perte d'archives officielles précédant les registres de tribunaux ottomans, les fameux *siğill*, a incité les chercheurs à conclure qu'il existait une réticence généralisée du droit musulman face à l'écrit.<sup>13</sup> Cela dit, l'importance de la focalisation sur le juridique dans les éditions susmentionnées varie considérablement. La plus développée se trouve en lien avec l'édition d'actes de ventes par Youssef Ragheb;<sup>14</sup> il y a peu de matière juridique à signaler dans les documents du Khurasān par Geoffrey Khan puisque les textes sont très anciens et courts; l'aspect juridique n'est pas relevé en détail dans les documents liés au mariage et à la séparation étudiés par Jean-Michel

---

<sup>12</sup> cf. *infra*.

<sup>13</sup> Pour la question de l'absence d'archives Cf. Bauden, Frédérique, « Mamluk Diplomatics: The Present State of Research », dans *Mamluk Cairo, a Crossroad for Embassies. Studies on Diplomacy and Diplomatics*, F. Bauden et M. Dekkiche (éds), Leyde 2019, 1-104, ici p. 5-10.

<sup>14</sup> Rāgib, Yūsuf, *Actes de Ventes*, *op. cit.*, vol. 2.

Mouton et *alii*<sup>15</sup> Il s'avère que ces trois corpus mentionnés couvrent des périodes et des pratiques du droit très différentes (voir *infra*). Parmi d'autres éditions de textes qui sont particulièrement intéressantes pour l'étude du droit figurent encore les éditions d'un seul support avec un document long, notamment de la période mamelouke, sous forme de monographie.<sup>16</sup>

Une autre façon d'étudier les documents juridiques comme source historique consiste à les considérer tout d'abord comme vestiges de la pratique du droit en vigueur à l'époque de leur rédaction et de leur utilisation. Vues sous cet angle, les formulations permettant d'authentifier un document deviennent objet d'étude, puisque ce sont elles qui garantissaient à l'époque la valeur légale de la pièce notariée. En effet, les actes notariés étaient conservés par des particuliers afin de sauvegarder leurs droits subjectifs. Ils reflètent donc une réalité légale. Pour en donner un seul exemple : l'acte de mariage permettait à l'épouse – après un divorce ou après la mort de son époux - de réclamer le montant exact de la « partie due » de son douaire. Dans la réalité historique, l'acte notarié devient un instrument aux mains des parties mentionnées. Vu sous cet angle, le regroupement d'actes de la même période sous le même régime judiciaire nous renseigne sur le fonctionnement de la justice de l'époque par le biais des formes d'authentification, en dépit des différences dans le contenu juridique des actes. Cette problématique scientifique implique une dimension diachronique stricte du traitement des données qui se situe hors la seule « pensée juridique » et les règles matérielles du droit.

Ainsi, grâce à l'analyse d'actes notariés comme vestiges de la pratique du droit, un progrès scientifique important a été obtenu depuis vingt ans. Celui-ci remet radicale-

---

<sup>15</sup> Mouton et *alii*, *Mariage, op.cit.*, ne distinguent pas les formes juridiques de la séparation, à savoir la répudiation par l'époux (*ṭalāq*), le divorce par un juge (*tafrīq*) et la séparation par consentement (*ḥul'*), cf. *op. cit.* p. 29: « *iḥṭala'at* » réfère évidemment au *ḥul'*, ce qui n'est pas indiqué et qui est traduit ailleurs par « libération ». Les documents sont souvent trop lacunaires pour saisir tous les détails de la rédaction juridique. La traduction des termes juridiques reste vague, notamment pour *aqarra* (il reconnaît), qui est rendu par « il atteste » (p. 28), ce qui brouille les différences entre attestation (*ṣahāda*) et reconnaissance (*iqrār*) avec leurs usages distingués.

<sup>16</sup>Pour la période mamelouke cf. notamment Reinfandt, Lucien: *Mamlukische Sultansstiftungen des 9./15. Jahrhunderts, nach den Urkunden der Stifter al-Ašraf Īnāl und al-Mu'ayyad Aḥmad Ibn Īnāl*. Berlin, 2003 ; Saghbini, Souad, *Mamlukische Urkunden aus Aleppo: Die Urkundensammlung (ḡāmi' al-mustanadāt) der mamlukisch-aleppinischen Familie Uḡulbak*, Hildesheim, 2005 ; pour le passage vers les Ottomans, cf. Eychenne et *alii*, *Le waqf de la mosquée des Omeyyades de Damas, op. cit.* Ne sont pas considérées ici les transcriptions d'actes de la période ottomane en caractères latins.

ment en question les certitudes concernant une réticence généralisée envers le droit musulman face à l'écrit.<sup>17</sup> L'avancée scientifique s'est faite en plusieurs étapes qui reflètent le passage d'une vision fractionnée de la documentation dite « papyrologique » pour lui substituer une considération de l'aspect juridique dans l'ensemble des actes conservés.

*Les étapes du travail d'analyse :*

1) La première étape a consisté à mettre en place une systématisation de certaines données textuelles d'actes notariés en connexion avec leurs aspects juridiques.<sup>18</sup> D'autres études ont démontré la convergence entre actes notariés et manuels notariaux dans la pratique judiciaire.<sup>19</sup>

2) L'analyse de l'ensemble des actes du Ḥaram al-Šarīf de Jérusalem est appelée à étayer une meilleure compréhension du système judiciaire. Ce corpus exceptionnel de 900 documents dont la majorité a été rédigée pendant une période de cinq années seulement entre 793-797/1391-1395, et qui porte sur plusieurs aspects de la validation par des témoins et le juge, permet de reconstruire en détail la façon dont le juge fait « exécuter le témoignage », preuve d'excellence dans le droit musulman, en se basant sur des actes notariés.<sup>20</sup> Il s'est avéré que le décalage prétendu entre la théorie de la

---

<sup>17</sup> Répété encore dans Eddé, Anne-Marie, « Documents et archives d'Orient : conclusions provisoires et tendances de la recherche actuelle », in *L'autorité de l'écrit au Moyen Age, Orient-Occident : XXXIXe congrès de la SHMESP*, Le Caire, 30 avril - 5 mai 2008, Paris 2009, 385-400.

<sup>18</sup> Cf. le travail pionnier de Rāḡib, Yūsūf, *Actes de vente, op. cit.*, dont le premier volume contient l'édition de 25 contrats de vente datés entre le IX<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles, dont les éléments notariaux sont expliqués en détail selon la théorie du *fiqh* dans le deuxième volume, sans trop se soucier de l'aspect chronologique ; cf. *idem*, « La parole, le geste et l'écrit dans l'acte de vente », dans *Arabica* 44 (1997), pp. 407-422, sur la conclusion d'un contrat.

<sup>19</sup> Cf. les études de Donald Little sur quelques actes judiciaires, notamment *idem*, « Documents Related to the Estates of a Merchant and His Wife in Late Fourteenth Century Jerusalem », in : *Mamluk Studies Review* 2 (1998), pp. 93-193, *idem*, « Two Petitions and Consequential Court Records from the Ḥaram Collection », in: *Jerusalem Studies in Arabic and Islam* 25 (2001), pp. 171-194, *idem*, « A fourteenth-century Jerusalem court record of a divorce hearing. A case study », in : *Mamluks and Ottomans. Studies in honour of Michael Winter*. David J. Wasserstein et Ami Ayalon (éds.), London 2006, pp. 67-85.

<sup>20</sup> Cf. Müller, Christian, *Der Kadi und seine Zeugen. Studie der mamlukischen Ḥaram-Dokumente aus Jerusalem*. Wiesbaden 2013 ; *idem*, « Écrire pour établir la preuve orale en Islam : la pratique d'un tribunal à Jérusalem au XIV<sup>e</sup> siècle », in : *Les outils de la pensée. Étude historique et comparative des « textes »*, Akira Saito und Yusuke Nakamura (éds.), Paris 2010, 63-97 ; *idem*, « Les ventes de biens immobiliers au XIV<sup>e</sup> siècle. Étude des actes du Ḥaram al-Šarīf à Jérusalem », in : *Faire la preuve de la propriété. Droits et savoirs en méditerranée (antiquité – temps modernes)*. Alice Ingold et Julien Dubouloz (éds.), Rome 2012, 211-230.

preuve par témoignage (*al-šahāda* qui mène à la *bayyina*) et la pratique des actes écrits n'existait pas, au moins pas dans ce cas précis, à Jérusalem au XIV<sup>e</sup> siècle, ni dans l'Empire mamelouke d'ailleurs.

3) Constitution d'un nouveau corpus de documents juridiques arabe. Rassembler des milliers de documents juridiques en langue arabe provenant de la terre d'Islam entre les VIII<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles dans une seule base de données CALD<sup>21</sup> a en effet abouti à constituer un nouveau corpus de source. L'outil informatique permet la comparaison des éléments spécifiques, selon une combinaison de critères très précis, dans le temps et au sein d'un corpus encore plus important. Ainsi se dégagent les éléments qui donnent valeur légale à l'acte en vue de son utilisation postérieure en tant qu'outil de la preuve au sein de différents systèmes juridiques à travers le monde musulman. Cette vue d'ensemble permet de démontrer comment les documents juridiques - au sens strict mentionné ci-dessus et qui englobe décisions judiciaires et actes notariés - ont évolué dans le temps. Pour illustrer l'avancée scientifique, il convient d'indiquer que la méthode traditionnelle qui veut étudier l'acte notarié consistait à comparer le texte avec d'autres occurrences contenant des phrases plus ou moins équivalentes.<sup>22</sup> Grâce à ce nouvel outil de recherche, chaque élément textuel du corpus est mis en contexte par type d'acte, par date et par fonction.

4) Certaines études récentes, basées sur ce nouveau corpus de documents juridiques intégrés dans CALD (*Comparing Arabic Legal Documents*), mènent à rapprocher une chronologie de la production notariale avec le droit de la preuve, les archives du *cadi* et,

---

<sup>21</sup> La base de données CALD (*Comparing Arabic Legal Documents*), développée par le projet ILM pendant les années 2009 à 2013, contient les méta-données de 3100 documents provenant des II<sup>e</sup>-X<sup>e</sup>/VIII<sup>e</sup> – XVI<sup>e</sup> siècles de l'ère commune. Parmi les quelques 80.000 séquences textuelles arabes figurent 920 documents dont le texte arabe a été transcrit entièrement, dont 466 documents édités et 454 en cours d'édition. L'ouverture de la base au public se fait progressivement avec les actes déjà publiés : <https://cald.irht.cnrs.fr/php/login.php> (dernière consultation en juillet 2021). Pour une liste des actes publiés c.f. Müller, Christian, « List of documents published in CALD », in *The Documents of Islamic Law. Studies on Arabic Legal Documents*, publiée le 24/02/2021, <https://dilih.hypotheses.org/487>.

<sup>22</sup> Cf. Thung, Michael, *Arabische juristische Urkunden*, *op. cit.*, ainsi que d'autres éditions mentionnées supra.

par conséquent, les actes judiciaires.<sup>23</sup> Ceci permet d'avancer une nouvelle vision du droit musulman dans son ensemble.<sup>24</sup>

## II. Formes et fonctions des documents juridiques : la perspective chronologique

Parmi les sources écrites, documentaires ou littéraires des VII<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècles, se démarque le groupe d'objets physiques que nous qualifierons de documents juridiques pour avoir été rédigés dans le but d'attester les droits subjectifs d'individus. Les documents juridiques rassemblés dans la base de données CALD ont plusieurs aspects en commun. Tous sont écrits en arabe, débutent avec la *basma* ou une formule similaire, mentionnent les noms de parties concernées, quelques noms de témoins en sus des parties concernées ainsi qu'une datation.<sup>25</sup> Leur provenance varie selon les siècles entre l'Asie Centrale à l'Est jusqu'à l'Espagne musulmane à l'Ouest. Rares sont les documents des VII<sup>e</sup> et VIII<sup>e</sup> siècles, qui sont souvent fragmentaires ; leur nombre monte graduellement à partir du IX<sup>e</sup> s. pour exploser au cours du XIV<sup>e</sup> siècle. Chaque document authentique est le reflet du système juridique pour lequel il a été produit ; le problème pour les chercheurs consiste à savoir quelle était sa fonction exacte au sein des pratiques en vigueur. À l'évidence, le petit nombre de spécimens dont on dispose ne facilite pas la compréhension. Il n'en reste pas moins qu'ils sont une source inestimable du système juridique, surtout s'ils partagent des traits communs avec d'autres spécimens de leur période. Par conséquent, c'est l'état du document, complet ou fragmentaire, qui compte pour l'analyse puisque, à un texte fragmentaire il peut manquer des éléments essentiels à sa compréhension.

Voici le premier résultat de cette comparaison à grande échelle du corpus CALD : il existait donc une véritable tradition juridique commune en terre d'Islam qui s'exprimait à travers ces actes, rédigés en langue arabe exclusivement, et ceci à partir des califes

<sup>23</sup> Cf. notamment Müller, « The Power of the Pen : Cadis and Their Archives », *op. cit.*

<sup>24</sup> Müller, Christian, *Recht und die historische Entwicklung der Scharia im Islam*, De Gruyter, Berlin (sous presse), *idem*, « La fabrique de la charia en Islam : actes notariés et épistémologie juridique à l'épreuve de l'histoire », dans : *80 ans de l'Institut de recherche et d'histoire des textes*, Bougard, François et Michel Zink (éds), Paris 2019, 51-62.

<sup>25</sup> Nous n'excluons pas l'existence d'autres formes écrites qui prennent la fonction d'un acte pour sauvegarder des droits subjectifs. Or, sans une meilleure connaissance des systèmes judiciaires on ne peut l'aborder ici.

omeyyades au début du VIII<sup>e</sup> s. Dans une perspective chronologique et typologique, la comparaison des éléments de preuve démontre dans un deuxième temps les changements dans l'usage des actes dans la pratique du droit.

### *De l'écrit judiciaire à l'acte notarié*

Les plus anciens documents notariés en langue arabe<sup>26</sup> nomment les témoins au sein du texte et sont écrits par une seule main. Les deux actes de la période omayyade (661-750) qui sont conservés dans leur intégralité suivent le même modèle. Le texte commence avec la *basmala*, donne le contenu (quittances des années 88/707<sup>27</sup> et 123/741<sup>28</sup>), suivi par la mention de l'attestation (*šahida*) et, avant la date de rédaction de l'acte, les noms de quatre témoins. Le même modèle persiste jusqu'au début de la période abbasside, avec notamment sept actes sur parchemins rédigés au Khurāsān entre 138 et 160/755-777<sup>29</sup>. Un huitième spécimen non daté de la même provenance commence avec « ils l'ont attesté » (*šahida 'alayhi*) et les noms de témoins, suivi du texte du contenu légal.<sup>30</sup> Dans la même période, un acte sur papyrus provenant de l'Égypte suit le même modèle, qui consiste à écrire l'attestation suivie du nom des témoins au sein de l'acte avant la mention de la date finale.<sup>31</sup> Il diffère des spécimens provenant de la province du Khurāsān par la substitution de l'expression *šahida 'alā dālika* à (au lieu de *šahida*) et par l'introduction de la date par la formule *kataba šahādatahum fī*.

<sup>26</sup> Mon argument exclut ici tous les fragments et les actes bilingues gréco-arabes mentionnant le mot *šahida/šahāda* du premier siècle de l'hégire.

<sup>27</sup> Khan, Geoffrey, « An Arabic legal document from the Umayyad Period », in: *Journal of the Royal Asiatic Society*, 4 (1994), pp. 357-368.

<sup>28</sup> ParLj\_19, cf. Cahen, Claude et David-Weill, Jean, « Papyrus Arabes du Louvre III », *JESHO* 21 (1978), pp. 146-164, éd. p. 152 (n° 24); révisé dans Khan, « An Arabic legal document from the Umayyad Period », *op. cit.*, p. 363.

<sup>29</sup> Cf. G. Khan, *Arabic Documents from early Islamic Khurasan*, *op. cit.*, n°s 5, 7, 11 (*hādā kitāb*), 12 (*mukātaba* 147AH), 14 (*mukātaba*, 777AH), 20 (*barā'a* 149AH) et 21 (*mukātaba* 148AH).

<sup>30</sup> *ibid.*, KhaP\_29.

<sup>31</sup> La quittance ParLs\_183, mentionne mois et année (Šawwāl 156/773), cf. David-Weill, Jean, « Papyrus arabes du Louvre II », *JESHO* 14 (1971), pp. 1-24, éd. pp. 12-13, n° 16; similaire VieAp\_726, qui n'est pas daté, cf. Thung, *Arabische juristische Urkunden*, *op. cit.*, n° 36, édition pp. 174-5.

Il faut attendre la fin du VIII<sup>e</sup> siècle, pour que la disposition des actes change radicalement dans plusieurs provinces, sans toutefois que le contenu légal des quittances ou des contrats soit modifié. La nouvelle forme prise par les actes de contenu légal a fait qu'on n'a plus mentionné l'attestation (*šahida/šahida 'alā dālika*) dans le texte du document en même temps qu'on a inversé l'ordre des termes « date » et « notice d'attestation ». C'est désormais la formule *šahida 'alā dālika* qui a tenu lieu de notice d'attestation. Elle est toujours mentionnée après la date.<sup>32</sup> Certains actes qui suivent ce nouveau modèle, portent en plus une attestation d'une écriture différente.<sup>33</sup> A partir de l'année 180/796, quelques actes concernant une location, des quittances ou *dīkr ḥaqq*, ajoutent après le *šahida 'alā dālika* le nom de témoins ; ces noms sont d'abord introduits par un seul *šahida* suivi de plusieurs noms consécutifs,<sup>34</sup> et ensuite par *šahida* avant chaque nom.<sup>35</sup>

Ce changement dans l'écriture de l'attestation s'explique par une évolution qui touche au statut du témoin. En effet, l'historien al-Kindī (m. 360/971) rapporte comment les cadis de l'Égypte commencèrent à restreindre le nombre des personnes pouvant attester devant le juge au tribunal. Ainsi, à partir de l'année 174/790, on voit que le juge Ibn Fuḍāla désigne dix personnes en tant qu' « honorables » (*'adl*)<sup>36</sup> dans son recueil d'attestation (*al-rasm li-l-šahāda*). De même, en 177/793, les gens se révoltèrent quand le juge Ibn Masrūq désigna un nombre limité de témoins, lesquels avaient passé

<sup>32</sup>Le plus ancien acte de cette forme, LeiA\_1 finit avec le paiement d'un loyer (Teilpacht) de l'année 169/785, suivi à la ligne par « *šahida 'alā dālika fulān ...* » ; en bas du document se trouve la notice « *fī šafar 169* [en symboles grecs] », éd. Khoury, Raif Georges, *Chrestomathie de papyrologie arabe. Documents relatifs à la vie privée, sociale et administrative dans les premiers siècles islamiques*. Préparée par Adolf Grohmann. Retravaillée et élargie par Raif Georges Khoury, Brill, 1993, pp. 128-129 (n° 72). Dans la même période, certaines quittances sans mention de l'attestation donnent la date sous forme de caractères grecs, cf. notamment CaiN\_138 (148 AH), Grohmann, Adolf, *Arabic papyri in the Egyptian library*, Le Caire, 1938, vol. 3, p. 177 (n° 197).

<sup>33</sup>Cf. Müller, *Power of the Pen*, op. cit., p. 366, *idem*, *Recht und Scharia*, op.cit., chapitre 4.1.3 (documents du IX<sup>e</sup> s.), p. 285-7 ; référence aux documents de ce type sans nom de témoins : Ber\_7902 (202AH), Ber\_11975 (232/847), CaiN\_173 (297AH), Chi\_17657r (275AH), PhiPe\_16320 (242AH), VieAp\_10489 (276/889).

<sup>34</sup>Müller, *Power*, op. cit., p. 366 ; pour un seul « *šahida* » et plusieurs noms consécutifs : cf. CamMb\_59 (180AH) et VieAp\_1151 (180AH), éd. Khoury, *Chrestomathie*, n° 64.

<sup>35</sup>Müller, *Power*, op. cit., p. 366, pour un *šahida* avant chaque nom, cf. les fragments ParLe\_7365 (211AH) et ParL\_3 (222AH), les plus anciens spécimens complets VieAp\_3619 (227AH), CaiN\_133 (233AH), CaiNt\_1871 (233AH), KhaP\_190 (233AH), puis ceci devient systématique, cf. Müller, *Recht und Scharia*, op. cit., chapitre 4.1.3 (Urkundenformen des 3./9.Jahrhunderts), note 1313.

<sup>36</sup>Tyan, Émile, *Histoire de l'Organisation judiciaire en pays d'islam*, Leyde, 1960, p. 239.

l'examen de leur « honorabilité » par la voie de la *tazkiya*.<sup>37</sup> Avec ce « test d'honorabilité », la capacité de témoigner devant le tribunal du juge ne pouvait plus être accordé à tous les musulmans. Il est facile alors d'imaginer que ce fut là le début d'une évolution vers la professionnalisation des témoins en tant que notaires, qui signaient les actes de leur propre main afin de reconnaître par la suite leur signature.

Quant aux actes plus anciens, ceux qui avaient été rédigés par une seule main incluant le fait d'attester (*šahida*) et les noms des témoins au sein du texte, ils représentaient ce que l'on pourrait appeler : « l'écrit judiciaire », à savoir : ce que le juge avait fait mettre par écrit pour garder une trace de sa décision. Un premier changement au début de la période abbasside consista à retirer le *šahida* et les noms des témoins du corps du texte. La mention « ceci a été attesté » est dès lors ajoutée après la clôture du texte par la date de la rédaction. Dans certains exemplaires l'indication de la date et la formule finale sont de la même main. Cette dernière peut avoir été écrite postérieurement.<sup>38</sup> Cette analyse des changements structurels repose sur un grand nombre de données. La base de données *CALD* permet de faire abstraction des variantes textuelles mineures en établissant l'ordre d'apparition des composants dans un acte sous forme d'« unités textuelles » (séquence).

---

<sup>37</sup> Tyan, *op. cit.*, p. 241, Tillier, *L'Invention, op. cit.*, p. 314, Johansen, Baber, « Wahrheit und Geltungsanspruch: zur Begründung und Begrenzung der Autorität des *Qāḍī*-Urteils im islamischen Recht », dans *La giustizia nell'alto medioevo II (secoli IX-XI)*, Spoleto 1997, 975-1065, ici pp. 1003-1012.

<sup>38</sup> Pour les détails cf. Müller, *Recht und Scharia, op. cit.*, chapitre 4.1.3 (Urkundenformen des 3./9.Jahrhunderts).



document LeiA\_1 (169/785) les noms des témoins (077) figurent après la date, ou plus fréquemment dans cette fin du VIII<sup>e</sup> siècle - pour les documents comportant une attestation -, après la date du contrat (205) et la notification d'attestation (095). À cette période apparaît la mention du fait que le témoin écrit l'attestation de sa propre main (079), rarement du fait que quelqu'un écrit sous ses ordres (078, seulement VieAp\_916/1). Le diagramme permet ainsi de saisir certaines particularités, notamment le contenu d'une attestation spécifique (075) où la partie concernée « atteste contre elle-même » (*'alā nafsihi*) dans l'acte le plus ancien CamMb\_744 de l'année 88AH, ce qui devient impossible dans le droit procédural du *fiqh*.<sup>41</sup>

L'évolution de l'usage de l'attestation en tant que signe d'authentification se résume en plusieurs aspects :<sup>42</sup>

1) La coexistence d'actes notariés avec ou sans mention d'attestation au cours de la période qui va du VII<sup>e</sup>s. au IX<sup>e</sup>s. montre que la signature du témoin n'avait pas encore la fonction d'authentification qu'elle a acquise ultérieurement. Le changement a connu plusieurs étapes. Au début, les noms des témoins étaient mentionnés l'un après l'autre, à la suite d'une mention unique de la formule « [ils ont] attesté » (*šahida*). Ensuite, chaque nom de témoin est précédé par la formule « [il a] attesté » (*šahida*).

2) La professionnalisation des témoins est illustrée ensuite par l'écriture de l'attestation et par le contenu des actes. Dorénavant certains témoins écriront leur attestation « de leur propre main » (*bi-ḥaṭṭihi*).<sup>43</sup> Par conséquent, leurs signatures peuvent être repérées et distinguées parmi d'autres signataires. Ainsi, l'identification de son écriture par le témoin est en même temps l'authentification de son attestation. Quant au contenu des actes, il augmente en taille et en complexité au cours des IX<sup>e</sup> – X<sup>e</sup> siècles. Les actes men-

<sup>41</sup> Pour l'analyse des SQN dans la base cf. Müller, Christian, « CALD Comparing Arabic Legal Documents: a database. How to use the CALD database, Version 2.1.3 », p. 7-11, publié le 3/11/2020, [https://dilih.hypotheses.org/files/2021/07/CALD\\_Method\\_public213.pdf](https://dilih.hypotheses.org/files/2021/07/CALD_Method_public213.pdf). Pour la clarté du diagramme nous excluons ici certains éléments particuliers, ainsi que les références aux parties concernées (110) qui auraient alourdi le diagramme. Ne sont pas mentionnées ici 076, les dates avec l'attestation. Couleurs différentes selon la fréquence : rare 307, violet, plus fréquent, 075 vert, et omniprésent, 077 jaune.

<sup>42</sup> Cf. Müller, *Recht und Scharia*, op. cit., chapitre 4.1.

<sup>43</sup> Cf. les actes VieAp\_1151 (180AH), VieAp\_916/4 (190 AH), VieAp\_723 (200AH), VieAp\_11046 (200AH), etc., cf. aussi Müller, *Recht und Scharia*, op. cit., chapitre 4.1.1. (pp. 284-5).

tionnent davantage de détails juridiques qui signalent la conformité de l'action notariée avec le droit. Puisque, à partir du X<sup>e</sup> siècle, les témoins écrivaient régulièrement leurs noms eux-mêmes, l'usage de signaler le scribe de l'attestation change. Auparavant en effet, on indiquait que le témoin avait écrit lui-même son nom. Par la suite, cette précision tombe peu à peu en désuétude : seuls les cas, plutôt rares, où un témoin ne signalait pas de sa main étaient signalés.<sup>44</sup>

3) Ainsi, à partir du X<sup>e</sup> siècle tous les documents juridiques sans exception sont signés par des témoins. Au début, les témoins écrivent leur attestation l'une au-dessous de l'autre, chacun débutant à la ligne ; par la suite ces « notices testimoniales » sont arrangées en colonnes. Elles se distinguent ainsi de plus en plus graphiquement du texte et forment des entités, qui sont graphiquement séparées par un espace des autres signatures.<sup>45</sup> Et, puisque les témoins deviennent les garants de la véracité du texte, il convient de qualifier ces documents juridiques comme étant de véritables « actes notariés ». De plus, certains actes portent la marque d'un juge qui confirme la validité de l'acte sans que la disposition de l'écriture de l'acte soit changée.<sup>46</sup>

Cette mutation dans la façon d'écrire un document juridique peut être mise en relation directe avec l'évolution du droit procédural au sein des écoles juridiques<sup>47</sup> qui s'établissent en tant que véritables « guildes professionnelles » au cours du Xe siècle.<sup>48</sup> En voici les grandes lignes.

### *L'évolution du droit procédural dans le fiqh*

Selon la pensée juridique des VIII<sup>e</sup> et IX<sup>e</sup> siècles, l'écrit ne constitue pas une preuve (*bayyina*). Dans la pratique des actes, le mot « attester » (*šahida*) désigne

<sup>44</sup> Cf. les cas des *maḥāḍir* dans le corpus du Ḥaram, Müller, *Der Kadi*, *op. cit.*, pp. 69s.

<sup>45</sup> Cf. Müller, *Recht und Scharia*, *op. cit.*, chapitre 4.1.4. (Notariats- und Urteilsurkunden im 10. Jahrhundert) pour les références.

<sup>46</sup> Cf. VieAc\_10254 avec une notation de validation de l'acte par le juge – en haut à gauche, éd. Thung Michael, *Arabische juristische Urkunden*, *op. cit.*, pp. 66-7, n° 10.

<sup>47</sup> Cf. Müller, *Recht und Scharia*, *op. cit.*, chapitre 4.2.

<sup>48</sup> Melchert, Christopher: *The formation of the sunnī schools of law: 9th-10th centuries C.E.*, Leiden 1997.

l'accomplissement d'une action devant le juge. La limite de l'utilisation d'un tel écrit conservé dans l'archive du *cadi* sortant, telle qu'elle est mentionnée dans la littérature juridique du IX<sup>e</sup> s., démontre que seul le *cadi* ayant validé le témoignage et toujours en exercice peut se référer à un écrit d'attestation sans faire répéter l'attestation orale ; la raison juridique en est que cet écrit fait partie du « savoir du juge » (*‘ilm al-qāḍī*).<sup>49</sup>

Au cours des X<sup>e</sup>-XI<sup>e</sup> siècles, les écoles juridiques font évoluer la notion de la *šahāda*. Dorénavant, la théorie juridique divise l'attestation en deux phases, chacune ayant des conditions et des effets juridiques différents. Le fait de « prendre sur soi le témoignage » (*taḥammul al-šahāda*) contraint le témoin à attester, sous peine de ne pas remplir un devoir individuel exigé par la loi. Avec ce dispositif, les actes signés seront attestés obligatoirement plus tard par des notaires, garantissant ainsi la preuve orale. Quant à l'exécution de l'attestation (*adā' al-šahāda*), à savoir la répétition orale par le témoin de son témoignage, elle se faisait devant le juge.<sup>50</sup> L'exécution d'un tel acte pouvait être réitérée en cas de nécessité. Par le biais de la preuve (*bayyina*), dont l'attestation était le moyen essentiel, ou encore par le biais de la reconnaissance (*iqrār*) et du serment judiciaire (*yamīn*), le juge arrivait à établir des faits (*ṭabata*) au sens juridique du terme. Les termes *ṭabata/ṭubūt* sont mentionnés depuis le X<sup>e</sup> siècle dans les manuels notariaux.<sup>51</sup> Nous disposons de quelques spécimens postérieurs qui en font usage. Dans la plupart des cas, le *ṭubūt* était explicitement lié à l'appel du juge aux témoins afin qu'ils attestent de la procédure.<sup>52</sup> Ceci nous permet de qualifier les documents établissant des faits de « décision de justice », pourtant attestés de la même façon que les actes notariés.

<sup>49</sup> Cf. Müller, *Power of the Pen*, op. cit., pp. 365s., avec références.

<sup>50</sup> Cf. Müller, *Power*, op. cit., pp. 368s., idem, *Écrire*, op. cit., pp. 75s, idem, *Recht und Scharia*, op. cit., chapitre 4.2.2. (Der Gerichtsprozess im Juristenrecht), pour les sources normatives, esp. note 1607.

<sup>51</sup> Pour les exemples au sein d'un *siḡill* (notification d'un jugement) chez al-Ṭahāwī (m. 321/935) et Ibn al-‘Aṭṭār (m. 399/1008), cf. Müller, *Power*, 367s. Il existe un contrat de vente CaiM\_21191 (367AH) avec une notation *ṭubūta*.

<sup>52</sup> Cf. la mention de *ṭubūt* dans l'acte de la période fāṭimide CaiKr (429AH), édité dans Gottheil, Richard, « An Eleventh-century Document Concerning a Cairo Synagogue », in *Jewish Quarterly Review*, 1907, pp. 472-478, ainsi que ceux d'Ardabil à partir du XII<sup>e</sup> s., ArdS\_18 (526AH), ArdS\_5 (599AH) ArdS\_6 (602AH), ainsi de suite, cf. Gronke, Monika, *Arabische und persische Privaturkunden des 12. und 13. Jahrhunderts aus Ardabil (Aserbeidschan)*, Berlin, 1982.

Les sources permettant de reconstruire de façon détaillée les procédures judiciaires susmentionnées proviennent d'une période postérieure.<sup>53</sup> Nous ignorons quand et de quelle façon les nouvelles procédures ont été conditionnées, ou pas, par un autre changement profond dans le droit des juristes – ce que j'ai appelé ailleurs « le tournant chariatique » du XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècle.<sup>54</sup> Les juristes musulmans ont défini à partir du XIII<sup>e</sup> siècle leur interprétation de la Loi divine sous forme de système de règles établies et validées depuis des siècles, comme « charia purifiée » (*al-šarī'a al-muṭahhara*). Par la suite, le mot « charia » deviendra synonyme de « droit des juristes ».<sup>55</sup> Ce tournant décisif pour l'évolution du droit sacré en Islam se manifeste sur un plan doctrinal par la conception de la règle chariatique (*ḥukm šarī*) comme règle de droit. Cette règle se justifie, selon les juristes, par l'agrégation des indicateurs (*istidlāl*) provenant de la Loi révélée et de la vie juridique.<sup>56</sup> On remarque que ce tournant se concrétise sur le plan pratique à travers le changement de vocabulaire utilisé dans les documents juridiques. L'aspect le plus saisissant de ce changement concerne la « validité juridique » (*ṣiḥḥa*) d'une action, notamment celle mentionnée dans un contrat. Avant le XII<sup>e</sup> s. c'est l'expression *ṣaḥīḥan* (valide) qui revient<sup>57</sup> - puis la formule est remplacée – avec la même signification concernant la validité de l'action – par *ṣaḥīḥan šarīyyan*, ce qui veut dire « valide conformément à la charia ».<sup>58</sup>

#### *Le jugement du cadi (ḥukm) dans la pratique du droit chariatique*

Un autre aspect de ce tournant vers un droit chariatique, plus difficilement repérable, concerne le fait d'établir une distinction entre « actes notariés » et « décisions de justice » sur le plan de l'écriture et de la pensée juridique. Ceci s'explique

<sup>53</sup> Il s'agit des actes du Ḥaram al-Šarīf de Jérusalem du XIV<sup>e</sup> s., cf. Müller, *Der Kadi und seine Zeugen*, op. cit..

<sup>54</sup> Müller, « Islamische Jurisprudenz als Gottesrecht: Die schariatische Wende des 12. Jahrhunderts », dans *Islamische und westliche Jurisprudenz des Mittelalters im Vergleich*, Ch. E. Lange, W. P. Müller & Ch. K. Neumann (éds.), Mohr Siebeck, Tübingen 2018, 57-83.

<sup>55</sup> Cf. Müller, *La fabrique*, op. cit., p. 62, idem, *Islamische Jurisprudenz*, op. cit., p. 81.

<sup>56</sup> Cf. Müller, *Recht und Scharia*, op. cit., chapitre 3.4.

<sup>57</sup> Pour les références aux contrats de vente *širā'an ṣaḥīḥan* (ou variantes) à partir de documents du XI<sup>e</sup> siècle cf. Müller, *La fabrique*, op. cit., p. 56, note 17, avec idem, *Power*, op. cit., p. 382.

<sup>58</sup> Références dans Müller, *La fabrique*, op. cit., p.56, note 18.

– au moins en partie – par l'évolution de la conception du jugement rendu par le *cadi* (également appelé *ḥukm šarī* dans les documents), ainsi que par la façon dont ce jugement est rendu effectif et validé par la suite.<sup>59</sup> Le statut juridique particulier du jugement (*ḥukm*) – qui se distingue d'autres décisions du *cadi*, notamment les ordres ou permissions – a pendant longtemps été discuté dans les manuels de *fiqh*.<sup>60</sup> Avec al-Qarāfī (m. 684/1285) et d'autres auteurs, cette discussion prend un tournant au cours de la période mamelouke pour définir sous quelles conditions un tel *ḥukm* est contraignant pour les juges appartenant aux diverses écoles juridiques.<sup>61</sup> Il convient de souligner que les sultans Mamelouks (1260-1517) avaient installé en Égypte et en Syrie un système judiciaire où coexistaient les quatre écoles juridiques à partir de l'année 663/1265. Donc, dans la pratique, le problème posé par plusieurs interprétations de la loi était pressant. Pourtant, et contrairement à ce que proposent un certain nombre de chercheurs, ce « pluralisme juridique » ne s'est pas soldé par un « pluralisme judiciaire » au sens d'un choix que les justiciables auraient pu opérer entre les différentes juridictions (forum shopping).<sup>62</sup> La théorie du « caractère contraignant de conséquences du jugement » (*mūğabat al-ḥukm*) qui s'applique aux jugements antérieurs dans le même cas d'espèce pour chacun des *cadis* des quatre écoles juridiques a été mise en forme au plus tard au XIV<sup>e</sup> siècle.<sup>63</sup> Une condition était que le jugement (*ḥukm*) soit basé sur les règles du droit sacré des juristes, dites *aḥkām šarīyya*. Ceci implique, et nous le constatons dans des décisions de justice authentiques de l'époque, que le *cadi* faisait indiquer tout « établissement des faits » (*tubūt*) qui lui était nécessaire juridiquement

<sup>59</sup> Nous ignorons actuellement, si ces changements sont la conséquence du « tournant chariatique » ou simplement une prolongation de l'évolution lente de la pensée juridique. En tout cas, les aspects présentés par la suite ne figurent pas sur les documents authentiques avant le XIII<sup>e</sup>/XIV<sup>e</sup> siècle, selon nos connaissances actuelles.

<sup>60</sup> Cf. Johansen, Baber, « Le jugement comme preuve. Preuve juridique et vérité religieuse dans le droit islamique hanéfite », in *idem*, *Contingency in a Sacred Law. Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh*. Leiden 1999, chapitre VII, p. 434-445.

<sup>61</sup> Cf. l'exposé assez complet de Ibn Farḥūn (m. 799/1397), *Tabṣirat al-ḥukkām fī uṣūl al-aqdiya wa-manāhiğ al-aḥkām*, éd. Ṭahā 'Abd al-Ra'ūf Sa'd, 2 vols, Maktaba al-kulliyāt al-azhariyya, Le Caire 1986.

<sup>62</sup> Cf. Rapoport, « Royal Justice and Religious Law. Siyāsah and Shari'ah (!) under the Mamluks », ici p. 77-79, page I. Shahr, « Legal Pluralism and the Study of Shari'a Courts », in *ILS* 2008, 112-141, esp. 131-4, cf. dans Tillier (éd.), *Le pluralisme*, introduction, avec notes 27 et 35.

<sup>63</sup> Selon al-Subkī, Taqī al-Dīn 'Alī (m. 756/1355), *al-Qawl al-mū'ab fī l-qaḍā' bi l-mūğab*, Souad Saghbīni (Hg., Bonn 2018), ainsi Talal Al-Azem, « A Mamluk Handbook for Judges », dans *Le pluralisme judiciaire*, M. Tillier (éd.), 205-226, qui renvoie vers Ibn Qutlūbuğa (st. 879/1474), *K. al-Mūğabāt al-aḥkām wa-waqī'yāt al-ayyām*, Bagdad 1983.

pour arriver à la décision sous forme de jugement.<sup>64</sup> Ainsi, son action devenait inattaquable juridiquement à condition que des témoins instrumentaux du tribunal attestent la conformité de la procédure (*išhād*). Le *cadi*, ou son suppléant, authentifiait sa décision de justice avec son *motto* personnel (*'alāma*) à savoir une formule religieuse (de telles formules ont souvent la même forme que la *ḥamdala*), qui lui était propre pendant toute sa carrière.<sup>65</sup>

Les spécimens des « décisions de justice » datant de la période mamelouke illustrent bien l'usage d'actes certifiés, appelés *ḥuḡḡa* (argument) qui prennent la forme d'un *išhād*, à savoir l'appel aux témoins par le juge pour qu'ils attestent que les faits ont été établis (*tubūt*) selon les procédures légales. Ce *tubūt* est parfois suivi d'un jugement (*ḥukm*) qui a été sollicité par le plaignant. Ainsi, l'acte certifié, authentifié par la *'alāma* du juge, était-il recevable par un autre juge dans un deuxième temps ou à un autre endroit sans qu'il faille répéter l'exécution des attestations précédentes ?<sup>66</sup> Le recours aux témoins de la procédure judiciaire (*išhād*) est un principe du droit procédural, qui se trouve mentionné dans quelques spécimens depuis le XIIe siècle.<sup>67</sup> Dans l'état actuel de la recherche, la nécessité de faire « perdurer le jugement » (*imḡā'*) et de « le rendre effectif » (*tanfīd al-ḥukm*)<sup>68</sup> présentent des aspects juridiques qui sont explicités seulement depuis la période mamelouke, jamais auparavant.<sup>69</sup> Cette possibilité de mettre par écrit l'effectivité d'un jugement dans la durée, expliquerait-il la prolifération d'actes des « décisions de justice » depuis cette période ?<sup>70</sup>

<sup>64</sup> Pour la discussion du *tubūt* en tant que *ḥukm* cf. Ibn Farḡūn (m.799/1397), *Tabṣirat al-ḥukkām*, op. cit., vol. 1 p. 130 et suiv., citant plusieurs juristes de la période mamelouke, notamment al-Qarāfī (m. 684/1285) avec le 30ème *mas'ala* dans son *Tamyiz* (cf. al-Qarāfī, *al-lḥkām fī tamyiz al-fatāwā 'an al-aḥkām wa-taṣarrufāt al-qāḍī wal-imām*, éd. 'Abd al-Fattāḥ Abū Ḡudda, Alep 1967, p. 134-9) et Ibn 'Abd al-Salām (m. 660/1262).

<sup>65</sup> Cf. Müller, *Der Kadi*, 353-5, avec Veselý, Rudolf, « Die Richterlichen Beglaubigungsmittel. Ein Beitrag zur Diplomatik arabischer Gerichtsurkunden », dans *Acta Universitatis Carolinae – Philologica* 4 (1971), pp. 7-23.

<sup>66</sup> Müller, *Der Kadi*, op. cit., pp. 329-382, le chapitre 4.1 portant sur la procédure de la preuve selon les documents du Ḥaram al-Šarīf.

<sup>67</sup> Müller, *Power*, 370s., avec références aux documents provenant de Yarkand, ensuite d'Ardabil.

<sup>68</sup> Müller, *Power*, 374s., avec l'acte BerHo\_6948, éd. Saghbi 2005 ; l'enregistrement d'un acte de fondation ayyubide, la Ḥanqāḥ Ṣalāhiyya à Jerusalem, dans un *siḡill* ottoman en 1032/1614 contient des certifications judiciaires répétées, cf. 'Asalī, *Waṭā'iḡ*, 1983, vol. 1, p. 83-100, cf. Power, 373.

<sup>69</sup> cf. Müller, *Der Kadi*, notamment p. 366s., avec l'*imḡā'* du jugement, document JerH\_334.

<sup>70</sup> On peut donner comme exemple de ce changement les actes d'achat chariatiques (*tabāyu' šar'i*) au tribunal, attestés depuis la deuxième moitié du XVe siècle sous les Mameloukes et les Ottomans qui remplacent les « actes de vente » dans leur ancienne forme, cf. notamment CaiA\_346/9 (865AH), CaiA\_139 (868AH).

Étant donné le « caractère contraignant des conséquences du jugement », les cadis devaient en effet le confirmer sans réévaluer ni les faits ni l'interprétation juridique qui étaient à la base du dit jugement. Une telle confirmation se faisait dans le but de « rendre le jugement effectif » (*tanfīd al-ḥukm*).<sup>71</sup> La différence entre cette procédure et un acte d'appel à témoigner sur la procédure initiale (*išhād al-qāḍī*)<sup>72</sup> se traduit par la formulation de l'appel à attester. L'appel du cadi pour faire attester la procédure d'établissement des faits et d'un jugement éventuel (*išhād*) commençait par *ašhadanī sayyidunā [fulān] 'alā nafsīhi al-karīma*.<sup>73</sup> L'enregistrement de l'effectivité du jugement (*išḡāl tanfīd al-ḥukm*) rendu par le juge précédent commençait par *hādā mā ašhada bihi 'alā nafsīhi al-karīma* - donc c'est *ašhada bihi* qui fait la différence. On rencontre de tels documents à la période mamelouke tardive souvent sous la forme de longs rouleaux avec d'autres documents.<sup>74</sup>

Chez les Ottomans, en revanche, l'idée de « faire durer le jugement » (*imḍā'*), auparavant contenue dans la formule du jugement, devient davantage une procédure à part. Ainsi, la notation « j'ai fait durer » (*amḍaytu*) (*imḍā'* avec le verbe à la première forme), demeure à côté de la notification par le juge sous la forme du *'unwān* ottoman au XVI<sup>e</sup> siècle. On y suppose la présence de témoins, qui n'est pourtant pas indiquée. Le

<sup>71</sup> Pour la confirmation par des cadis de différentes écoles cf. l'exemple publié CaiA\_39/2-4, 760AH dans Ibrāhīm 'Abd al-Laṭīf, "Waṭīqat waqf Masrūr Ibn 'Abd Allāh al-Šiblī al-Ġimdār", in : *Mağallat kulliyat al-Ādāb, Ġāmi'at al-Qāhira*, (21) 1959, p. 133-185, ici p. 153 et suiv.

<sup>72</sup> La procédure est mentionnée depuis le X<sup>e</sup> siècle dans les manuels, notamment par celui de Ibn al-'Aṭṭār déjà cité, dans les documents de Yarkand et Ardabil depuis le XII<sup>e</sup> siècle, et fréquents dans les documents du Ḥaram al-Šarīf du XIV<sup>e</sup> siècle, cf. références dans Müller, *Power*, 370 et suiv., *idem*, *Der Kadi*.

<sup>73</sup> Cf. notamment les actes du Ḥaram al-Šarīf, Müller, *Der Kadi*, 360 et suiv., avec une analyse des étapes procédurales attestées, *ibid.*, 330-339.

<sup>74</sup> Plusieurs douzaines de spécimens sont conservés depuis le XIV<sup>e</sup> siècle, le plus ancien étant (actuellement) JerG\_4\_218\_3 (739AH), cf. CALD ; les actes édités sont notamment CaiA\_39 (760AH), mentionné en note 72, CaiNt\_63/10 (4/11/862), /3 (5/11/862), /9 (3/11/862), /12 (18/6/863), /14 (23/9/863), /15 (25/9/863), /6 (28/9/863), /16 (25/2/884), /17 (13/10/905), édité par Reinfandt, Lucian, *Mamlukische Sultansstiftungen*, *op. cit.*, pp. 149-151, 159-162, 172-191, et les spécimens CaiA\_223/3 (15/6/903), CaiA\_555 / 4 (16/8/907), CaiA\_238\_38 / 5 (13/9/908), CaiA\_259 / 5 (20/7/912), édités dans 'Amīn, Muḥammad, *Catalogue des documents d'archives du Caire de 239/853 à 922/1516 (depuis le III<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin de l'époque mamelouke) suivis de l'édition critique de neuf documents*, Le Caire 1981.

*imḍā'*-notation est plutôt rare,<sup>75</sup> et se fait probablement en lien avec la consultation du registre ottoman (*siġill*).<sup>76</sup>

Pour conclure cette mise en perspective d'études récentes sur les documents juridiques, voici quelques résultats. Tout d'abord un constat s'impose : sur le plan du droit appliqué : les mots changent de sens. Si les documents authentiques reflètent l'ordre légal dans lequel évolue le droit en vigueur au moment de leur rédaction, il s'avère que le *fiqh*, la pensée juridique, sert de référent normatif essentiel à partir du moment où il acquiert l'envergure nécessaire pour servir de système de règles juridiques, ce qui n'était pas le cas sous les califes jusqu'au IX<sup>e</sup> siècle.

Le *fiqh* joue ce rôle avec l'émergence des écoles juridiques dites « classiques » ou d'« écoles de guildes » pour reprendre la formule consacrée de Christopher Melchert, et ceci à partir du X<sup>e</sup> siècle. Les actes notariés de cette période correspondent à la théorie du *fiqh*, notamment du droit procédural. De ce fait, les actes notariés et la théorie du *fiqh* font bien partie du droit pratiqué. Le changement du droit en terre d'Islam se fait en plusieurs étapes.

1) Les premiers documents juridiques en langue arabe, textes courts écrits d'une seule main, font référence à l'attestation comme à un fait rapporté par le scribe du tribunal, et rien ne nous dit qu'il s'agit là de la « preuve » au sens technique du *fiqh*. Ces actes correspondent au droit en vigueur sous les califes omeyyades et premiers abbassides, qui n'est pas encore le droit des juristes musulmans.

2) L'écriture de l'attestation par les témoins sur les actes à partir du IX<sup>e</sup> siècle illustre la transition vers l'acte notarié, qui devient de plus en plus complexe en intégrant des aspects juridiques. Dans certains domaines, la consolidation des dogmes au sein des écoles juridiques sous forme d'un « droit des juristes » a réduit à néant le rôle

<sup>75</sup> Veselý, « Die richterlichen Beglaubigungsmittel. Ein Beitrag zur Diplomatik arabischer Gerichtsurkunden. 3. 'Imḍā' », in *Orientalistische Studien zu Sprache und Literatur: Festgabe zum 65. Geburtstag von Werner Diem*, éd. U. Marzolph et M. Götz, Wiesbaden 2011, selon actes provenant de l'Égypte du XVI<sup>e</sup> siècle et le manuel notarial d'al-Bursawi (m. 982/1574), *Bida'at al-qāḍī li-ḥtiyāġihi ilayhi fī l-mustaqbal wa-l-mādī*, cf. *ibid.*, note. 8. La notice de l'*imḍā'* existe sept fois sur 100 actes judiciaires du corpus de Veselý, *ibid.*

<sup>76</sup> Contrairement au *siġill* mamelouke, qui corrobore plusieurs faits et actes nécessaires pour un *ḥukm* dans un rouleau, cf. Müller, *Power of the Pen*, pp. 375 et suiv.

législatif des califes au X<sup>e</sup> siècle. Seule l'école juridique – dans son ensemble et par un fonctionnement complexe – décide de la validité des règles au sein du *fiqh*.<sup>77</sup>

3) Si la forme des « actes notariés » sans intervention visible du juge domine la documentation préservée jusqu'au XI<sup>e</sup> siècle, les documents relatifs à l'action du juge apparaissent plus tard. A partir du XIII<sup>e</sup> siècle, plusieurs formes de « décisions de justice » utilisent un vocabulaire « chariatique », qui exprime l'indépendance du droit des juristes par rapport au pouvoir politique et rejette l'idée d'une législation humaine. En outre, le jugement du cadi (*ḥukm*) acquiert un statut juridique qu'il valait la peine de mettre par écrit pour faire perdurer son effectivité dans le temps.

4) Enfin, le « certificat judiciaire » (*siġill*) a une valeur probante grâce aux marques certifiant la légalité du jugement et l'identité du juge émetteur.<sup>78</sup> Sur le plan historique, le *siġill* mamelouke est éclipsé au XVI<sup>e</sup> siècle par la nouvelle forme des registres ottomans.

En résumé, les actes notariés et judiciaires sont un miroir de l'évolution du droit en étroite relation avec le *fiqh*, la pensée juridique. Les changements visibles dans les actes conservés peuvent ainsi servir de nouveau cadre historique dans l'interprétation des textes juridiques, loin d'une vision monolithique du droit musulman. Il y a eu en effet des changements profonds au sein du *fiqh*, et nous devons nous garder d'étendre la vision du droit musulman tardif à des périodes antérieures.

---

<sup>77</sup> Le pouvoir public garantit les institutions et intervient dans certains choix de l'ordre légal, cf. Müller, *Recht und Scharia*, op. cit., chapitre 2.

<sup>78</sup> Sur l'usage des certificats judiciaires (*siġill*) en tant que signe probatoire (*a'lama lahu*), se traduisant « par la correspondance de l'écriture avec son équivalent » (*'alā al-rasm al-ma'hūd fī miṭlihi*) » au-delà d'un simple support de preuve cf. *ibid.*, chapitre 4.1.7. (Schriftlicher Urkundenbeweis) ; pace Tyan, Émile, *Le notariat et le régime de la preuve par écrit dans la pratique du droit musulman*, Beyrouth, 1959, selon qui l'usage de la preuve par écrit est généralisé dans la pratique.

Liste des documents cités par le sigle court de CALD<sup>79</sup> : (dans l'ordre alphabétique)

- ArdS\_5 (599 AH) : Ardabil, sanctuaire Şafawide, éd. Gronke (1982), pp. 152-160, n° 5  
 ArdS\_6 (602 AH) : Ardabil, sanctuaire Şafawide, éd. Gronke (1982), pp. 174-182, n° 6  
 ArdS\_18 (526 AH) : Ardabil, sanctuaire Şafawide, éd. Gronke (1982), pp. 402-407, n° 18  
 Ber\_7902 (202 AH) : Berlin, Papyrussammlung, éd. Franz-Murphy (2001), p. 262s, n°39  
 Ber\_11975 (232 AH) : Berlin, Papyrussammlung, éd. Khoury (1993), pp. 77-78, n° 40.  
 BerHo\_6948 recto (864 AH) : Berlin, Staatsbibliothek, éd. Saghbini (2005), pp. 1-151 (arabe)  
 CaiA\_39/2-4 (760 AH) : Le Caire, Archives nationales, éd. Ibrāhīm 'Abd al-Laṭīf (1959), pp. 153s.  
 CaiA\_139/1 (868 AH) : Le Caire, Archives nationales, éd. Amīn (1981), pp. 367-380, n° 3  
 CaiA\_238\_38/1 (908 AH) : Le Caire, Archives nationales, éd. Amīn (1981), pp. 336-344  
 CaiA\_259/5 (912 AH) : Le Caire, Archives nationales, éd. Ibrāhīm 'Abd al-Laṭīf (1963), pp. 16-18, n° 4  
 CaiA\_346/9 (865 AH), Le Caire, Archives nationales, éd. Reinfandt (2003), pp. 246-255.  
 CaiA\_555 /4 (907 AH) : Le Caire, Archives nationales, éd. Amīn (1981), pp. 418-421, n° 5  
 CaiA\_555 /2 (s. d.) : Le Caire, Archives nationales, éd. Amīn (1981), pp. 416, n° 5  
 CaiA\_555 /3 (s. d.) : Le Caire, Archives nationales, éd. Amīn (1981), pp. 417, n° 5  
 CaiAd\_4\_267 (1032 AH) : Le Caire, Archives nationales, éd. Peters (2011), pp. 99-102, n° 1.  
 CaiKr (429 AH) : Le Caire, Karaïtes, éd. Gottheil (1907), pp. 472-478.  
 CaiM\_21191 (367 AH) : Le Caire, Musée islamique, éd. Ragheb (2002), pp. 20-23, n° 8  
 CaiN\_133 (233 AH) : Le Caire, Bibliothèque nationale, éd. Aḥmad 'Abd al-Laṭīf (2012), pp. 349s., n° 40  
 CaiN\_138 (148 AH) : Le Caire, Bibliothèque nationale, éd. Grohmann (1938), p. 177, n° 197  
 CaiN\_173 (297 AH) : Le Caire, Bibliothèque nationale, éd. Khoury (1993), pp. 35-36, n° 13  
 CaiNt\_63/1-17 (905 AH) : Le Caire, Bibliothèque nationale, éd. Reinfandt (2003), pp. 137-191  
 CaiNt\_1871 (233 AH) : Le Caire, Bibliothèque nationale, éd. Khoury (1993), pp. 36-37, n° 14  
 CaiW\_676/1 (879 AH) : Le Caire, Dār al-waṭā'iq, éd. Amīn (1981), pp. 385-95, n° 4  
 CaiW\_761/1 (922 AH) : Le Caire, Dār al-waṭā'iq, éd. Amīn (1981), pp. 355-362, n° 2  
 CamMb\_59 (180 AH) : Cambridge, University Library, éd. Khan (2010), pp. 417-418, n° 2  
 CamMb\_744 (88 AH) : Cambridge, University Library, éd. Khan (1994), pp. 358-359, n° 1  
 Chi\_17657r (275 AH) : Chicago, éd. Frantz-Murphy (2001), pp. 122s, n° 4  
 JerH\_334 (794 AH) : Jérusalem, Ḥaram, éd. 'Asalī (1983-5), vol 2, p. 22, n° 2  
 JerG\_4\_218\_3 (739 AH) : Jérusalem, Patriarcat grec orthodoxe, non édité.  
 KhaP\_5 (138 AH) : Ḥalīlī Collection, éd. Khan (2007), pp. 152, n° 29  
 KhaP\_7 (147 AH) : Ḥalīlī Collection, éd. Khan (2007), pp. 144, n° 26  
 KhaP\_11 (145 AH) : Ḥalīlī Collection, éd. Khan (2007), pp. 141, n° 25  
 KhaP\_12 (147 AH) : Ḥalīlī Collection, éd. Khan (2007), pp. 158, n° 31  
 KhaP\_14 (160 AH) : Ḥalīlī Collection, éd. Khan (2007), pp. 155, n° 29  
 KhaP\_20 (149 AH) : Ḥalīlī Collection, éd. Khan (2007), pp. 147, n° 27  
 KhaP\_21 (148 AH) : Ḥalīlī Collection, éd. Khan (2007), pp. 162, n° 32  
 KhaP\_29 (160 AH) : Ḥalīlī Collection, éd. Khan (2007), pp. 150, n° 28  
 KhaP\_190 (233 AH) : Ḥalīlī Collection, cf. Khan (1993)<sup>80</sup>, p. 189, n° 108.

<sup>79</sup> Les trois premiers caractères font référence à la ville où le document est archivé, le quatrième caractère désigne l'institution, suivi du numéro d'inventaire simplifié, cf. Müller, « The Power of the Pen », *op. cit.*, 382.

- LeiA\_1 (169 AH): Leipzig, éd. Khoury (1993), pp. 128-129, n° 72  
 ParL\_3 (222 AH): Paris, éd. Ragheb (1978), p. 7-8, n° 2  
 ParLe\_7365 (211 AH): Paris, éd. David-Weill (1965), p. 295, n°6  
 ParLj\_19 (123 AH): Paris, éd. Cahen/David-Weill (1978), p. 152, n° 24; révisé dans Khan (1994), p. 363  
 ParLs\_183, (156 AH) : Paris, éd. David-Weill (1974), p. 12-13, n° 16  
 PhiPe\_16320 (242 AH): Philadelphia, éd. Levi Della Vida (1981), p. 87, no. 36  
 VieAc\_10254 (451 AH) : Vienne, éd. Thung (2006), pp. 66-7, n° 10  
 VieAp\_723 (III<sup>e</sup> s. AH): Vienne, éd. Khoury (1993), pp. 57-58, n° 26  
 VieAp\_726 (2<sup>e</sup> moitié du II<sup>e</sup> s. AH): Vienne, éd. Thung (2006), pp. 174-5, n° 36  
 VieAp\_916/1 (185 AH) : Vienne, éd. Khoury (1995), pp. 45-46, n° 11  
 VieAp\_916/4 (190 AH): Vienne, éd. Khoury (1995), pp. 51-53, n° 14  
 VieAp\_1151 (180 AH): Vienne, éd. Khoury (1993), pp. 118–119, n° 64  
 VieAp\_3619 (227 AH) : Vienne, éd. Khoury (1993), pp. 53-54, n° 24  
 VieAp\_10489 (276 AH) : Vienne, éd. Khoury (1995), pp. 35-6, n° 7  
 VieAp\_11046 (III<sup>e</sup> s. AH) : Vienne, éd. Thung (2006), pp. 105-7, n° 19

---

<sup>80</sup> Khan, Geoffrey, *Bills, Letters and Deeds. Arabic Papyri of the 7th to 11th Centuries, The Nasser D. Khalili Collection of Islamic Art*, vol. VI.1, London/Oxford 1993.