

ÉGYPTE
monde arabe

Égypte/Monde arabe

17 | 1994
Soudan 2

La formation du droit soudanais

Hervé Bleuchot



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ema/1455>

DOI : 10.4000/ema.1455

ISSN : 2090-7273

Éditeur

CEDEJ - Centre d'études et de documentation économiques juridiques et sociales

Édition imprimée

Date de publication : 31 mars 1994

Pagination : 133-142

ISSN : 1110-5097

Référence électronique

Hervé Bleuchot, « La formation du droit soudanais », *Égypte/Monde arabe* [En ligne], Première série, Soudan 2, mis en ligne le 08 juillet 2008, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ema/1455> ; DOI : 10.4000/ema.1455

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

© Tous droits réservés

La formation du droit soudanais

Hervé Bleuchot

- 1 Le droit musulman au Soudan ne s'est établi que progressivement à partir du XVI^e siècle, et il dut laisser une place considérable aux coutumes locales, profondément ancrées, autant qu'aux droits émanant des roitelets du Dâr Fung ou du Dâr Fûr. Il ne progressait qu'à la faveur de vagues de piété périodiques. Le Sud, païen et inconquis, vivait selon des coutumes africaines dont l'histoire est inconnue. Les éléments de droit moderne qu'apporta la domination égyptienne de 1822 à 1881 furent balayés par le mouvement mahdiste, un mouvement radical islamique qui avait sa propre version du droit musulman. Le mahdisme disparu (1898), le Soudan n'était plus, aux yeux du conquérant anglo-égyptien, qu'une mosaïque de coutumes à peine unifiée au Nord par la prééminence, plus religieuse que juridique, de l'islam.
- 2 Le concept architectonique présidant au système de droit institué alors par le colonisateur anglais fut celui de *Territorial Law*. Il avait été inventé par Lord Macaulay au début du XIX^e siècle pour l'Inde, mosaïque de peuples et de religions, et il fut introduit au Soudan par Lord Cromer, ancien fonctionnaire du gouvernement de sa Majesté dans le subcontinent et, en 1898, consul et agent anglais au Caire. Le droit territorial est le droit qui s'impose à tous, par opposition au droit qui ne s'impose qu'à certains en fonction de leur appartenance religieuse, en gros les statuts personnels. Dans l'optique de son promoteur, il comprend le droit public (constitutionnel, administratif, financier) et le droit mixte (le droit pénal, les procédures).
- 3 Dans cette introduction, nous chercherons d'abord à présenter les principales notions de base du droit soudanais ainsi institué, mais aussi à donner quelques éclairages sur les problématiques actuelles en rappelant celles du passé colonial. Nous analyserons successivement l'organisation judiciaire et le droit pénal avant d'examiner quelques jugements d'ensemble.

L'organisation judiciaire

- 4 Les premières lois territoriales adoptées au Soudan furent le Code pénal et le Code de procédure pénale (1899), tous deux empruntés à l'Inde après une adaptation réalisée par

Bonham Carter dans les bureaux du Caire. Puis ce fut la *Civil Justice Ordinance* de 1900, loi d'organisation judiciaire et de procédure civile qui ne consacrait que deux articles (sur 135) à définir la loi civile applicable par les tribunaux qu'elle instituait¹. L'article 3 renvoyait le juge au droit musulman pour ce qui concernait le statut personnel² quand les deux parties étaient musulmanes (et, selon l'article 38, qu'elles renonçaient par écrit à être jugées par les tribunaux *char'i*). Pour le statut personnel des non-musulmans, ainsi que pour tous les problèmes civils hors statut personnel, le juge devait se référer aux lois existantes ou à « toute coutume non contraire à la justice, à l'équité et à la bonne conscience ». L'article 4 reprenait cette formule redondante. Pour tous les cas non prévus par la loi, le juge devait agir en fonction de la « justice, de l'équité et de la bonne conscience ». L'origine de cette formule était aussi indienne : c'est Lord Impey qui, au XVIII^e siècle, lui donna le jour.

- 5 Les lois (*Statute Law*, donc territoriales) étaient peu nombreuses au début. La célèbre formule donnait donc aux juges une grande liberté pour adopter la coutume qui leur paraissait la plus juste ou les lois étrangères. On fit donc référence à des lois égyptiennes, françaises, mais surtout anglaises. La jurisprudence ainsi créée forma la base du droit relatif aux biens, obligations et contrats, mais aussi au statut personnel pour les non-musulmans. Cela n'excluait nullement que le législateur produisît des lois en ces matières, créant ainsi un véritable droit civil soudanais³. Mais il n'y eut jamais à proprement parler de code civil.
- 6 La *Mohammadan Law Courts Ordinance* de 1902 fut de même une loi de procédure, organisant les tribunaux *char'i*⁴. Ils n'avaient compétence qu'en matière de statut personnel. Mais l'ordonnance accordait au Grand Qâdi (toujours égyptien sous le Condominium) le pouvoir de faire des règlements (art. 8). Un de ces règlements, la *Mohammadan Law Courts Ordinance and Procedure Regulations* de 1915 (300 articles) lui accordait le pouvoir de faire des circulaires s'écartant du rite hanéfite officiel (art. 53). Le Grand Qâdi introduisit, certes, le droit malékite, dominant en pratique, mais surtout, utilisant la technique du *talfiq* (mélange des rites), il modifia en fait la loi islamique en matière de statut personnel. Ces circulaires sont très importantes dans l'histoire générale du droit musulman, puisqu'elles ont souvent précédé des réformes ottomanes, égyptiennes, etc. Ainsi, si le « statut légal » de la loi islamique ne la soumettait pas à la contrainte d'être conforme « à la justice, à l'équité et à la bonne conscience », en fait elle y fut soumise par une voie plus discrète.
- 7 D'importantes réformes eurent lieu en 1922-32, dans le cadre de la politique indigène (*native policy*). Les divers textes existants furent réédités, complétés, modifiés. Mais l'architecture d'ensemble ne fut pas bouleversée par la mise en place des tribunaux coutumiers, opération pourtant très importante. Les réformes de 1922-32 généralisèrent un système déjà appliqué au Sud. Contrairement à la théorie du droit territorial, les codes pénaux ne s'appliquaient pas au Sud, ni au Darfour et Kordofan (pour des raisons pratiques). Dans ces régions, le droit applicable était le droit coutumier local, administré par des tribunaux officiels anglais, en théorie du moins. Les réformes de 1922-32, en créant pour tout le Soudan un premier niveau de tribunaux coutumiers, compétents au pénal et au civil pour les affaires mineures, officialisaient et généralisaient une pratique.
- 8 Le reste demeura inchangé : au-dessus des tribunaux coutumiers, on trouvait donc le réseau de tribunaux ordinaires qui existait déjà, c'est-à-dire les tribunaux pénaux (infractions majeures), civils (statut personnel des non-musulmans et affaires civiles hors statut personnel) formant ensemble, avec les tribunaux coutumiers, la « Civil Division ». A

côté, les tribunaux *char'i* formaient à eux seuls la *Mohammadan Division*. À l'usage, les tribunaux coutumiers se révélèrent comme la pièce essentielle du système puisque traitant plus de 65 % des affaires. L'abandon de la *native policy* (et de ses arrières-pensées politiques) n'empêcha pas leur maintien après l'indépendance. Leur suppression sous Nimeyri créa de tels problèmes qu'on fut obligé de les rétablir sous un autre nom (*Local Courts Act*, 1977).

- 9 À la fin des années 40, le colonisateur anglais associa les Soudanais à la justice, à son administration. De nouvelles réformes eurent lieu, mais surtout dans le but de perfectionner le système, par exemple par la création, en matière pénale, d'une cour d'appel et de révision (1949), et cette politique continua après l'indépendance. Il faut signaler à ce moment la création de l'excellente revue *Sudan Law Journal and Reports* en 1960, qui rapporte la jurisprudence depuis 1956, ce qui ne se faisait pas auparavant. Les turbulences ne commencèrent vraiment que sous Nimeyri, qui avait au début le projet d'égyptianiser le droit (1969-73), puis qui, en 1983, décida l'islamisation. Celle-ci posa surtout le problème du droit pénal⁵ en raison de la réintroduction de la peine d'amputation pour vol. Cette peine du droit musulman classique, refoulée au Soudan, depuis le XVI^e siècle, par les coutumes et les droits régaliens qui lui substituaient des compensations ou des amendes, avait été appliquée à la suite de la vague de piété radicale de l'époque mahdiste.

Le droit pénal, occultation et réapparition

- 10 En 1899, à Khartoum, Lord Cromer promit, dans une déclaration publique, qu'aucune atteinte ne serait portée à la religion islamique. Un des notables présents demanda si la garantie de la liberté religieuse incluait l'application de la loi islamique, et Lord Cromer assura que c'était bien le cas⁶. Était-ce un mensonge alors que, quelques mois plus tôt, il avait demandé au Foreign Office qu'on lui fournisse les codes indiens ? Il ne semble pas. Il faut en effet bien se replacer dans les conditions de l'époque.
- 11 Dans l'ensemble du monde islamique ou presque, en tout cas dans ses deux pays phares, la Turquie et l'Égypte, le droit pénal musulman⁷ n'existait plus, et parler du maintien de la *char'i'a* signifiait très précisément maintenir le statut personnel. On a eu l'occasion d'évoquer la situation du droit pénal dans le monde musulman, et notamment dans l'Égypte du XIX^e siècle⁸. Une longue tradition existait, en particulier dans l'Empire ottoman, tendant à refouler l'application du droit pénal islamique, non pour des motifs humanitaires, mais parce qu'il était lacunaire et reposait sur un système de police et de tribunaux inefficaces dans une société complexe. De même, les droits coutumiers au Soudan, comme souvent ailleurs, avaient refoulé eux aussi le droit pénal musulman. Au XIX^e siècle, en Égypte, un droit pénal autochtone s'était développé sous l'impulsion de Muhammad Ali et de ses successeurs. On avait déjà admis la réception du droit français pour les tribunaux mixtes, lors de la réforme de 1876. Dans l'Empire ottoman, le droit français fut aussi pleinement reçu en 1858.
- 12 Mais le fait essentiel est qu'aucune tentative de codification ou de réforme du droit pénal musulman classique ne fut effectuée, ce qui n'était pas le cas pour le droit civil où plusieurs codifications furent réalisées (par Qadri Pacha par exemple). En Égypte, quand il fut question de rédiger le code pénal indigène, les ulémas furent consultés par le khédivé Tawfiq mais refusèrent de rédiger ce code⁹ ; c'est pourquoi on copia bravement le code pénal mixte, d'inspiration française. À la fin du XIX^e siècle, ni en Égypte ni dans l'Empire

ottoman il n'était possible de trouver le moindre juge de droit musulman compétent en matière pénale. Dans la terminologie juridique égyptienne, et toujours à l'heure actuelle, le terme « droit musulman » renvoyait essentiellement au droit du statut personnel des musulmans.

- 13 Au Soudan, le droit pénal musulman n'étant pas reconnu par les autorités anglo-égyptiennes et les ulémas et chefs de confrérie semblant eux aussi l'oublier, la question de sa mise à jour et de sa conciliation avec le droit moderne ne fut jamais posée. Situation regrettable, car le dialogue avec l'islam était possible à l'époque ; deux exemples au moins ¹⁰ le prouvent : l'esclavage et l'excision.
- 14 Les Britanniques, au début du Condominium, étaient persuadés que le mahdisme était la conséquence directe de la suppression de l'esclavage et que, s'ils libéraient brutalement tous les esclaves, ils ne manqueraient pas d'avoir à faire face à un mouvement de fond de même nature. Ce raisonnement prévalait encore quand, dans l'affaire de Talodi, en 1906, une révolte des Arabes eut lieu après la libération d'une centaine d'esclaves, et que les responsables locaux voulurent justifier¹¹ la répression brutale qui s'ensuivit. C'est pourquoi l'esclavage fut toléré tant que les intéressés ne se plaignaient pas.
- 15 En 1922, le département de lutte contre l'esclavage fut supprimé¹². Cette suppression, on le sut plus tard, relança le trafic. Parmi les administrateurs britanniques, tout le monde n'était pas d'accord sur la politique suivie en la matière et certains prévinrent l'honorable *Anti-Slavery Society*. On était alors en pleine crise égypto-britannique, et ce fut le scandale. Avant la fin de l'année, le gouvernement dut prendre des mesures. La réaction du Grand Qâdi et des chefs de confréries fut négative, au nom de l'islam¹³. À l'extérieur, la campagne s'intensifiait et débouchait à la SDN sur la convention de Genève (1926) que le gouvernement soudanais dut signer en 1927. Divers témoignages révélèrent que le trafic continuait au Soudan. Il ne restait plus au gouvernement soudanais qu'à lancer une campagne de répression active. On signala des mécontentements chez les Misîrîya, les Hamar et les Ruf'a al-Hoi. Il n'y eut pas de soulèvement général.
- 16 Dans le monde islamique¹⁴, tous les Etats, sauf l'Arabie Saoudite et le Yémen, adhérèrent à la convention de Genève dans les années 1930. L'Arabie Saoudite, tout en maintenant la licéité du principe, interdisait partiellement l'importation d'esclaves. Le congrès panislamique de la Mecque, en 1936, condamna l'esclavage.
- 17 On observe la même relecture de l'islam à propos de l'excision. Toujours dans les années 20, la quasi-totalité des Soudanais pensaient que la circoncision pharaonique était une nécessité religieuse. Les *hadîth* (dires du Prophète) soutenant la tradition sont pourtant faibles¹⁵, mais on sait que cela n'empêche pas une institution de se maintenir tant que la volonté de l'abolir ne prédomine pas. Voici ces *hadîth*¹⁶ : « La circoncision est la voie pour l'homme, mais elle ennoblit la femme'. 'La circoncision est douloureuse pour la femme mais elle plaît à l'homme ». « Circoncis, mais ne va pas trop loin, parce que c'est mieux pour l'apparence et que cela donne du plaisir à l'homme ». Comme pour l'esclavage, la coutume est constatée, admise sans plus, mais pas interdite. Le Prophète aurait cherché à la limiter, mais dans une mesure imprécise et par une simple recommandation.
- 18 Les autorités britanniques, à l'époque de la *native policy*, se montrèrent timides : elles étaient prêtes à admettre la coutume par souci de conciliation, tout en pensant que ladite coutume était barbare. On peut leur reprocher d'avoir trop cédé à l'esprit local. Ce sont les femmes, anglaises d'abord, soudanaises ensuite et surtout, qui ont mené le combat. Elles ont forcé les musulmans à faire une relecture de l'islam pour l'adapter à une vision

nouvelle de la morale, puisqu'à la fin des années 40, les autorités religieuses, aux côtés du gouvernement, se sont prononcées contre l'excision « pharaonique » (la plus dangereuse).

- 19 À notre connaissance, à l'heure actuelle, aucun mouvement islamiste ne réclame le rétablissement de l'esclavage ni de la circoncision féminine. Au contraire, le phénomène du refoulement et de la disparition du droit pénal musulman a empêché tout dialogue avec le droit occidental et il explique pourquoi les partisans de la *chari'a* n'ont pu proposer, à la fin du XXe siècle, que des solutions trop anciennes, alors qu'en matière civile le droit islamique que l'on propose est plus travaillé et peut même atteindre le niveau des droits occidentaux (cf. le code civil de Sanhûri par exemple).

Jugements d'ensemble

- 20 Les critiques soudanaises du système juridique légué par les Anglais sont rares. On en souligne le caractère importé et impérialiste surtout pour justifier l'adoption d'autres systèmes, système arabe unioniste et socialiste ou système néo-islamique¹⁷. Pour l'historien du droit, l'argument a peu de poids : tous les systèmes sont importés, peu ou prou, plus ou moins anciennement. La quasi-totalité du système arabo-égyptien qu'on a réclamé en 1971 est importée aussi, et plus des trois quarts du code pénal néo-islamique (versions 1983 ou 1991) sont aussi d'origine étrangère. Quant à l'étiquette d'« impérialiste », elle vise une situation générale incontestable, mais son application à la question proprement juridique est cependant trop imprécise. À l'inverse, les louanges envers le système légué ne manquent pas. On se bornera à citer celle de Zaki Mustafa¹⁸ qui réagit vertement aux tentatives, en 1971, d'arabiser le droit civil et pénal. Il écrit à propos de ce dernier :

« En adoptant un système légal d'origine française¹⁹, nous allons enterrer un héritage juridique qui a été construit à travers un processus continu d'expérimentation tout au long des 73 dernières années, et abandonner un système de droit qui nous a servi de manière fort satisfaisante pendant cette période et dont les défauts et les insuffisances, que nous connaissons, peuvent être facilement corrigés... Nous allons trahir la possibilité de jamais développer un jeu de règles légales vraiment soudanaises, processus qui a déjà accompli un départ fort impressionnant dans le cadre du système de la *common law* qui existait avant l'introduction de ces codes... »

- 21 En effet, en dépit des aléas politiques, des 'bavures' et de diverses insuffisances, le système anglais s'était toujours efforcé de tenir compte à la fois des droits de l'homme et des cultures juridiques soudanaises. Depuis Cromer, il n'était question que d'adapter, de rejoindre le « sentiment indigène de la justice ». On admit la polygamie, on admit le prix du sang, on admit même longtemps l'esclavage et la circoncision pharaonique. L'esprit victorien chrétien ne présida jamais au système : il s'était dépassé et s'efforçait de rejoindre un point d'entente en direction de la culture de l'Autre. Ce point médian était toutefois une limite : on ne pouvait pas admettre ce qui était *repugnant*²⁰. Les coutumes furent admises tant qu'elles n'allaient pas contre l'ordre public, la moralité, la justice, conçus d'ailleurs de manière large, conciliante. Certes, ces concepts étaient vagues, comme le sens moral que s'efforce d'exprimer l'idéologie des droits de l'homme et qui est loin d'être absent de la société traditionnelle²¹. Ce vague a pour but de préserver les droits de la réalité concrète des hommes autant que les droits de l'avenir. C'est peut-être ce qu'il y a d'essentiel dans le système anglais et qui n'est pas inscrit dans les textes : le mépris d'un juridisme étroit, la méfiance envers les grandes déclarations de principe, le respect

des réalités et surtout une certaine affection envers les hommes, même ignorants, même coupables²².

- 22 Actuellement, tout l'objet du débat, sur le plan juridique, est de savoir si la loi islamique a la capacité de devenir un droit territorial. Elle en a, certes, la prétention puisqu'elle comporte des dispositions délimitant le champ d'application d'autres droits (ceux des 'gens du Livre »). Mais elle ne répond pas à une exigence essentielle du concept de droit territorial, c'est-à-dire celle d'être neutre sur le plan religieux. La plupart des droits occidentaux, du fait de leur conception rationaliste, satisfont à cette exigence. Ils ajoutent d'autres avantages que n'a pas le droit islamique, les plus évidents étant leur aptitude à évoluer, à emprunter et surtout à se corriger, permettant ainsi la fabrication de véritables droits nationaux, conformes au génie de nations multireligieuses et multiraciales, par les intéressés eux-mêmes. Mais l'application des droits occidentaux implique que l'islam se reconnaisse comme religion avant tout, à égalité avec d'autres religions, et soumis à la raison humaine, pour ce qui concerne le droit territorial au moins. Il ne semble pas que l'islam puisse actuellement concéder cela en direction de ce point médian dont on parlait tout à l'heure, d'où le conflit. On assiste alors à divers paradoxes dont le moindre n'est pas que ce sont les droits occidentaux qui sont défendus par les cultures menacées et que le droit islamique classique apparaît comme un droit plaqué, importé, idéologique, cela même aux yeux de nombreux musulmans.

NOTES

1. Sur le droit civil, l'ouvrage essentiel est de MUSTAFA Z., *The Common Law in the Sudan, An account of the « Justice, Equity and Good Conscience Provision »*, Oxford, Clarendon Press, 1971, 272 p.
2. Aux termes de la loi : successions, héritages, testaments, donations, mariage, divorce, relations familiales et waqfs (biens de mainmorte) seulement quant à leur constitution.
3. Par exemple : Title of Land Ordinance, 1899, Companies Ordinances, 1925, Non-Mohammadan Marriage Ordinance, 1926, etc.
4. Selon la terminologie égyptienne souvent utilisée au Soudan. Ouvrage essentiel : FLUER-LOBBAN C., *Islamic Law Society in the Sudan*, Londres, Frank Cass, 1987, 320 p.
5. KONDGEN O., *Das islamisierte Strafrecht des Sudan von seiner Einführung 1983 bis Dezember 1991*, mémoire de magistère sous la direction du prof. Baber Johansen, Université libre de Berlin, 1992, 182 p.
6. GUTTMAN, « The reception of the Common Law in the Sudan », *International and Comparative Law Quarterly*, II, 1957, pp. 401-417, spécialement p. 404.
7. Sur le droit pénal au Soudan, du XVI^e siècle à nos jours : BLEUCHOT H., *Cultures juridiques soudanaises et droits fondamentaux. Pour une anthropologie du droit musulman à travers l'histoire du droit pénal soudanais*, thèse de droit/Faculté de droit et sciences politiques d'Aix-en-Provence, octobre 1993, 492 p. (à paraître aux Presses universitaires d'Aix-Marseille).
8. BLEUCHOT H., « Le droit pénal et les réformes en Égypte au XIX^e siècle », *Revue tunisienne de droit* (vol. 1 et 2), 1990 (paru en 1993), pp. 117-147.

9. BOTIVEAU B., *Shari'a islamique et droit positif dans le Moyen-Orient contemporain, Égypte et Syrie*, Thèse de Science politiques, février 1989, Aix-en-Provence, p. 100. Selon Rachîd Rida, la responsabilité des ulémas est considérable dans l'acculturation du droit français en Égypte.
10. On fait allusion aux réformes opérées par le Grand Qâdi sur le statut personnel, oeuvre du réformisme égyptien.
11. DALY M. W., *Empire on the Nile. The Anglo-Egyptian Sudan, 1898-1934*, Cambridge University Press, 1986, 542 p., spécialement p. 106.
12. Pour des raisons de rivalités administratives. Cf. DALY, op. cit., pp. 444-445.
13. La Mahdiya, la Khatmiya essentiellement. Cf. DALY, op. cit., p. 444.
14. BRUNSCHWIG R., « Abd », Encyclopédie de l'islam, deuxième série, t. 1, pp. 25-41.
15. Dans la science islamique du hadîth, on appelle « faible » le hadîth qui n'est pas conforté par une chaîne solide de transmetteurs véraux.
16. SANDERSON-PASSMORE L., *Against the Mutilation of Women; the Struggle to End Unnecessary Suffering*, London, Ithaca Press, 1981, 118 p., spécialement pp. 56 et 81.
17. On appelle ici « néo-islamiques » les systèmes de droit modernes se proclamant islamiques mais fort différents, en fait, du système de type abbasside, ne serait-ce que par la conception rigide de la légalité (codification), par l'incomplétude du droit islamique (par exemple le non-rétablissement de l'esclavage) et par la très grande quantité d'emprunts aux droits occidentaux.
18. MUSTAFA Z., « Opting out of the Common Law : Recent Developments in the Legal System of the Sudan », *Journal of African Law*, 1973, pp. 133-148, spécialement p. 146. Cf. aussi DENG F. M., *Tradition and Modernization : a Challenge for Law among the Dinka of the Sudan*, Yale University Press, 1971, rééd. 1987, 430 p.
19. Il s'agit du système égyptien, que l'auteur se plaît — c'est de bonne guerre — à assimiler au système français. Comme le système soudanais, le système égyptien a évolué tout au long du XX^e siècle et s'est beaucoup adapté aux réalités locales.
20. En anglais, *repugnant* signifie « contraire, contradictoire » en matière juridique, mais aussi « répugnant » dans d'autres contextes. La doctrine de la *repugnancy* est fondamentale en droit colonial britannique.
21. Sur tout ceci, BLEUCHOT H., *Cultures juridiques soudanaises...*, op. cit. passim.
22. Allusion au livre de DENG F. M. & DALY M. W., *Bonds of Silk : the Human Factor in the British Administration of the Sudan*, Michigan State University Press, 1989, 245 p.

INDEX

Mots-clés : droit, Soudan

AUTEUR

HERVÉ BLEUCHOT

IREMAM