

Le crime péché de Zina en Droit musulman : entre silence, censure et oubli

André Carboneill

► **To cite this version:**

André Carboneill. Le crime péché de Zina en Droit musulman : entre silence, censure et oubli. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2004, pp.245-258. hal-02541640

HAL Id: hal-02541640

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02541640>

Submitted on 14 Apr 2020

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.

LE CRIME PECHE DE ZINA EN DROIT MUSULMAN : ENTRE SILENCE, CENSURE ET OUBLI

Par André CARBONEILL

Doyen de la faculté de droit et de sciences économiques de La Réunion

Pour aussi loin que remontent nos connaissances dans l'histoire des civilisations dites organisées, une constante s'impose: rarement l'instinct sexuel a-t-il été laissé se manifester en toute liberté.

L'anarchie ne saurait être de mise en ce domaine: un minimum de réglementation s'impose.

“L'absence de toute réglementation est et demeure impensable... La société doit s'efforcer d'établir un maximum de contraintes sexuelles parce que tel est, *a priori*, le but à atteindre”¹.

Certains sociologues allant même jusqu'à établir un lien de causalité entre la survie de la civilisation et son degré de réglementation sexuelle; L'anarchie en ce domaine constituerait l'une des causes premières de la disparition de l'ethnie en ce qu'elle participerait directement à son déclin.

Ainsi, les pulsions sexuelles se doivent-elles d'être canalisées, domptées par des contraintes de vie en société organisée, aux fins que notre liberté individuelle n'empiète en aucune manière sur le corpus social.

L'Islam n'a point échappé à cette règle.

La seule question de fond résidant précisément dans le degré de contrainte, de réglementation ou d'interdits qu'il sied d'établir.

Or, de ce point de vue, les conceptions peuvent s'avérer fort divergentes.

C'est ainsi que dans nos sociétés judéo-chrétiennes, l'éthique au travers de sa réglementation “morale” tend à réprimer la satisfaction sexuelle, ou tout au plus, dans l'hypothèse la plus favorable, l'acte stricto sensu est passé sous silence.

Que ne s'étonne-t-on pas en effet de constater le mutisme le plus absolu dans notre propre législation relative au mariage ou au droit de la famille quant aux relations sexuelles comme s'il s'agissait de régir les rapports entre des êtres totalement asexués. En faire état constituerait le tabou par excellence de telle sorte qu'il conviendrait d'y jeter un voile pudique, ce qui conduisait le Doyen Carbonnier à constater que “notre droit ne veut reconnaître la “*copula carnalis*” qu'à travers le sentiment”, le mariage étant perçu par le code civil comme le “contact de deux patrimoines” bien plus que celui de deux épidermes.

¹ G.H. BOUSQUET “l'éthique sexuelle de l'Islam”

Il convient, semble-t-il, à ce propos d'avoir présent à l'esprit la conception du christianisme ayant modelé notre droit occidental, christianisme pour lequel la nature de l'homme est souillée par le péché originel.

Il importe de dompter ses passions et ses appétits à l'instar de Saint Paul faisant l'apologie du célibat : *"Je dis aux célibataires et aux veuves: il leur est bon de demeurer comme moi. Mais s'ils ne peuvent se contenir, qu'ils se marient: mieux vaut se marier que brûler."* (1^o Epître aux Corinthiens, 7, v. 8)

Ainsi, pendant des siècles, l'Eglise Romaine prône-t-elle l'ascétisme sexuel : le Christ lui-même n'était-il pas un chaste célibataire ?

Pour nos canonistes, le péché par excellence est resté l'infraction sexuelle, à telle enseigne que dans le langage courant, lorsque nous faisons état de "mœurs" on entend d'une manière sous-jacente "mœurs...sexuelles".

A l'inverse, l'Islam adopte une position beaucoup plus large, bien qu'il nous faille tenir compte de la différence fondamentale existant entre la théorie et la pratique.

La loi musulmane, en effet, est favorable à la satisfaction de l'instinct sexuel, dans son seul cadre licite, le mariage (*nikah*), ce dernier étant fortement encouragé:

"Croyants, ne vous interdisez pas les plaisirs que Dieu vous a déclarés licites" (S.XXV, 89), ou encore *"Mariez ceux qui ne le sont pas"* (S.XXIV, 32).

Cependant, une norme, fût-elle admise, en conscience, par l'ensemble de la communauté, ne signifie pas pour autant qu'elle soit respectée par la totalité de ses membres. (*Video Meliora.*)

Que dire alors de la règle qui serait imposée par la force et qui ne reposerait sur aucune acception commune ?

Cette nécessité de contrainte sexuelle s'exprime au travers des règles de droit en général et des règles du droit pénal en particulier, ce dernier se trouvant dès lors bien souvent en position de "bras séculier" de l'éthique ou de la morale.

Cette remarque s'avère éminemment pertinente au regard du droit musulman dans son ensemble et du sujet qui nous préoccupe ici : "Le droit émane également de la société, il est en elle".

En d'autres termes, le droit serait amené à refléter la société qu'il est amené à régir¹.

¹ Selon Rénato TREVES, les deux problèmes fondamentaux de la sociologie du droit se résument d'une part dans "la question de la société dans le droit, c'est à dire des comportements socialement conformes ou non au regard des normes, ce qu'on appelle réalité juridique effective et qui peut aussi servir d'indicateur d'un droit libre, latent ou en formation, et d'autre part la question du droit dans la société, c'est à dire de la position, de la fonction et des fins du droit dans la société" (R. TREVES, "Sociologie du droit" trad. William BARANES et Olivier SIMSEK - PUF, 1995).

Car l'une des particularités du droit musulman, son originalité, son essence même, est d'être un droit révélé "existant de toute éternité", conception fondamentalement différente de nos droits occidentaux.

Il s'agit avant tout d'un droit religieux: ainsi, morale, droit et péché sont ils étroitement liés¹. La loi musulmane ayant vocation à régler tous les aspects de la vie du croyant, la sexualité n'échappe pas à cette règle. La réglementation de sa pratique bien que teintée de valeur morale n'est autre que le reflet exact du comportement voulu par Dieu en cette matière, comportement dont les transgressions seront réprimées en ce bas monde par le moyen de la loi sacrée d'essence divine, et dans l'au delà par Allah lui même.

"Le Coran est parole divine, kalàm Allah, logos universel, c'est l'idée pure"².

C'est ainsi que "la compréhension de la sexualité ne partira donc pas des exigences internes ressenties par l'individu et par la communauté. Il faut partir de la volonté de Dieu telle qu'elle a été révélée dans le Livre sacré"³.

Le Coran ne frappe nullement la sexualité d'interdit. Il en règle l'usage.

L'Islam distingue entre les relations licites (*h'alâl*) et celles qui sont illicites. (*h'aram*).

Non seulement la sexualité n'est pas ignorée, mais plus encore est elle reconnue en tant que récompense pour le croyant.

Le Prophète, dont il sied de suivre l'exemple au premier chef, eut une vie sexuelle particulièrement dense.

Pourquoi dès lors jetterait-on l'interdit sur la sexualité? Pourquoi la passerait-on sous silence ?

Mahomed contracta un grand nombre d'unions ainsi que la Tradition nous le rapporte par la bouche d'EL-BOKARI (Hadith "livre du mariage" du çah'ih').

D'une part reconnaît-il avoir épousé un grand nombre de femmes, mais encore et surtout pose-t-il son attitude comme règle de vie: « *Quiconque se détourne de la voie que j'ai tracée n'est pas des miens...Celui d'entre vous qui est capable d'entrer en ménage doit se marier...* ».

Ainsi le mariage apparaît-il comme une règle de conduite permettant l'assouvissement de l'instinct sexuel.

L'Islam, à la différence de la tradition occidentale n'a jeté aucun voile pudique sur les relations sexuelles. Au contraire même, sont-elles la récompense ultime pour le croyant qui s'est évertué à appliquer à la lettre les préceptes de la loi.

¹ A. BOUHDIBA op. cit.

² BOUHDIBA op. cit.

³ Idem.

Il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux délices dont fait état le Coran, des *hōuris* accueillant avec complaisance les croyants, leur faisant augurer des voluptés qui les attendent.

GHAZALI se fait encore plus précis : *“Les aiguillons les plus puissants sont ceux des parties génitales et du ventre, et le paradis est un endroit où ils seront satisfaits et surexcités.”*

Le paradis promis à l'homme juste est un lieu où *“l'on embellit de jour en jour. L'appétit est centuplé. On mange et on boit à volonté. La puissance génésique de l'homme elle aussi est surmultipliée. On fait l'amour tout comme sur la terre mais chaque jouissance se prolonge, se prolonge et dure quatre vingt ans...”*

Les *hōuris* seront leur récompense *“chaque Elu qui en épousera soixante dix, outre les femmes légitimes qu'il a épousées sur terre et aucune qui n'est un sexe appétissant...Chaque fois que l'on couche avec une hōuri on la trouve vierge. D'ailleurs la verge de l'Elu ne se replie jamais. L'érection est éternelle. A chaque coït correspond un plaisir, une sensation délicieuse, tellement inouïe en ce bas monde que si on l'y éprouvait on tomberait évanoui...”*¹.

Force est de constater que les descriptions sont pour le moins crues et ne s'embarrassent pas d'images édulcorées.

Autant dire que récompense dans l'au-delà, le sexe ne saurait être prohibé du commun des mortels.

Selon Aïcha, épouse préférée du Prophète, le coït *“repose l'âme, fortifie la volonté, éclaire l'esprit, améliore la vue, éloigne les maladies, prévient la folie et assouplit le corps.”*²

A la suite du Prophète, théologiens, exégètes, jurisconsultes et oulémas, toutes écoles confondues, n'hésitent nullement à glisser jusque dans leurs traités les plus austères quelques passages où sont décrits avec lyrisme les plaisirs de la chair : *“Louange à Allah qui façonne les verges droites et dures comme les lances pour guerroyer dans les vagins et nullement ailleurs”* s'écrie Al Sonuouti, théologien Egyptien du XV^e siècle.

Bien loin d'ignorer les plaisirs sexuels, l'Islam les reconnaît très explicitement.

¹ (Al SUYUTI Jalaleddine, “Kitâb al îdhâh’fi ‘ilmil nikah” cité par A.BOUHDIHA) ; Ou encore sur le sort différent réservé à l'homme et à la femme: “Les femmes au Paradis sont spécialement affectées à leurs époux et ne veulent point en changer. Pour l'homme, il se peut qu'il ait de nombreuses épouses au Paradis, mais la femme n'y aura pas plusieurs époux. (Al QAYRAWÂNÎ, “La Risâla”,p. 113) ; Sur le sort réservé aux Croyants au Paradis, il peut être renvoyé au Sommaire de MOUSLIM, Livre 53, tome II, p. 516 à 523.

² El Bokhari (810- 870).

Il les enferme cependant dans le cadre du mariage (*Nikah*) ou du concubinage, l'islam par ce biais interdisant "le désordre charnel" selon l'expression de Bernard Durand¹.

Il s'ensuit que tout rapport sexuel en dehors du mariage ou du concubinage est répréhensible. En effet, à la différence de la conception Chrétienne développée par Saint Paul, faisant l'apologie du célibat et de l'abstinence, l'islam pour sa part énonce une philosophie diamétralement opposée.

Le célibat n'est pas en "odeur de sainteté" : tout individu en état de reproduire doit être marié ou avoir sa concubine esclave².

Il s'ensuit que les rapports sexuels sont des rapports de complémentarité et de jouissance, assumant dans le cadre légal du mariage une certaine régulation sociale.

L'œuvre de chair serait signe de la puissance divine conformément aux dispositions du Coran: "*Elles (les femmes) sont un vêtement pour vous et vous êtes un vêtement pour elles...Cohabitez avec elles et recherchez ce qu'Allah a prescrit pour vous.*"

En tant qu'atteinte à la majesté divine les comportements illicites seront censurés (I) bien que le Prophète engage au silence et à l'oubli (II).

I/ LA CENSURE DES COMPORTEMENTS ILLICITES

Les relations licites créent des tabous spécifiques du *ih'can* dont le viol constitue le péché capital de *Zina*. Il convient cependant de ne point perdre de vue qu'il n'y a pas en matière de *Zina* de distinction morale ou pénale : il s'agit d'un acte qui est à la fois péché et infraction pénale.

Le particularisme de l'islam au regard de nos sociétés occidentales repose sur le fondement de l'interdiction.

Il s'agira avant tout de sanctionner la méconnaissance ou la violation des principes d'Allah, il s'agira de "réprimer les atteintes à la majesté divine", bien plus que de sauvegarder l'ordre public.

Le sentiment moral de la pudeur n'a que fort peu de place dans cette conception !

Le droit pénal français, héritier du droit romain, consacre le principe "*Nullum crimen, nulla poena sine lege*"³.

Il s'avèrerait pour le moins inconcevable de condamner un individu sans une prévision juridique, en l'absence d'une règle pénale.

¹ Bernard DURAND "Droit musulman droit successoral" Litec.

² Bernard DURAND, op. cit.

³ Encore que cette formule ne soit due qu'aux jurisconsultes allemands.

D'où la conséquence "naturelle" selon laquelle à toute infraction édictée et définie par le législateur correspondrait une peine édictée par le même législateur.

Le droit pénal musulman, *a contrario*, adopte une thèse diamétralement opposée consistant en la détermination arbitraire des délits et des peines.

Seuls certains domaines de ce droit pénal échappent à cette règle : il s'agit des infractions *hodoud* (*hadd* au singulier) au sein desquelles s'inscrit précisément le péché de *zina*, s'opposant aux infractions *taazir*, les premières trouvant leur source dans les prescriptions divines, le Coran et la Sunna.

De quoi s'agit-il ? Que recouvre ce terme ?

D'une manière générale, en langue arabe, le terme *hadd* signifie "limite", « empêchement » ou « obstacle ».

Au regard du Coran, il désignera les bornes fixées par Dieu, sa volonté, ses prescriptions manifestées au travers des commandements et des défenses.

Autant dire que le caractère religieux, sacré, s'impose d'emblée ces infractions constituant au premier chef des transgressions à la volonté de Dieu, parfois même qualifiées de "crimes contre la religion"¹.

Au sens pénal du terme, le *hadd* désigne une peine fixe, déterminée et immuable, édictée par la loi Révélée (Coran ou Sunna), pur droit de Dieu, non soumis à l'appréciation du juge.

"Le *hadd* est la peine définie et prononcée formellement par la Loi religieuse; il est donc de nature religieuse sacrée, insoumis au changement du temps."².

Ces infractions semblent pouvoir se ranger dans deux catégories et ce, en fonction de leurs différentes natures : c'est ainsi que seront stigmatisés des délits à caractère nettement politique ou religieux, tel le cas d'apostasie, d'une part, ou en délits que nous qualifierions de "délits de droit commun" d'autre part.

Cette dernière catégorie se subdivisant elle-même en infractions de sang portant atteinte à l'intégrité physique de l'individu (homicides, coups et blessures volontaires ou involontaires causés directement à la victime) dans la sanction desquelles la place de la victime sera prépondérante (application du *qisas* ou loi du talion ou du *diya*, paiement d'une composition) et en crimes "contre l'honneur", crimes sexuels, soit qu'il s'agisse d'une atteinte au sexe lui-même en tant que "sexe prohibé" ou "tabou sexuel", soit qu'il s'agisse d'atteintes à l'honneur sexuel qui n'est autre ainsi que nous le verrons que l'accusation de fornication non prouvée légalement. Enfin, s'agira-t-il des crimes de lucre tel le vol (*sariqa*).

L'infraction *hadd* peut s'envisager en tant que règle de droit tant au regard d'une conception restrictive qu'au regard d'une conception extensive.

¹ J. SCHALDT, op. cit.

² ALAYLI Bahaeddine, "La réglementation des rapports sexuels en droit musulman comparé" Thèse, PARIS, 1980, p.334.

Dans le premier cas elle serait stricto sensu une “peine fixée en principe par le Coran comme sanctions de délits déterminés violant un droit d’Allah”, alors que considérée lato sensu il s’agirait de “toute peine fixée en principe par le Coran comme sanctions de délits déterminés violant un droit d’Allah... ou un droit de l’homme”¹. Il s’agira dans cette deuxième conception d’une définition nettement plus générale emportant des dispositions répressives avant tout centrées sur la réparation du préjudice causé à l’individu par l’acte délictueux.

A n’en pas douter, les infractions sexuelles relèvent pour leur part de la définition restrictive, la réparation du “dommage” causé à la victime n’étant que très subsidiairement pris en compte. En cette matière, c’est la transgression aux prescriptions d’Allah et elle seule qui prime.

Ainsi, le *hadd* se présente comme “la limite déterminée au delà de laquelle on est considéré comme violant un droit donné d’Allah ou de l’homme. Dresser cette limite ou barrière revient donc à constater l’infraction et, par extension, à lui appliquer la sanction prévue”². Le franchissement de cette limite sera élément constitutif du délit.

Le comportement sexuel ayant pour conséquence d’influer sur la structure familiale, celui-ci est il strictement réglementé par la Révélation, tout manquement aux prescriptions édictées relevant de la peine légale.

Le zina, infraction péché, en tant qu’atteinte aux prescriptions divines en matière sexuelle, trouve son fondement et sa réglementation dans la Révélation proprement dite, “mais également au travers des faits et gestes du Prophète, dont la vie est pour les musulmans un phénomène didactique”³.

Pas moins de 27 versets coraniques lui sont consacrés⁴. Il demeure la seule atteinte aux mœurs prévue et réprimée par le Coran, dont l’interdiction formelle est

¹ Léon BERCHER “ Les délits et peines de droit commun prévus par le Coran” Thèse Paris 1926.

² Id. p. 91.

³ F.P. BLANC “ Le crime et le péché de Zina en droit malékite”, Droit Histoire et Sexualité” op. cit.

⁴ Les versets coraniques réglementant le Zina: 27 versets du Coran lui sont consacrés répartis en quelque 12 sourates:

II- 164, “La vache”.

IV- 19,29,30, “ Les femmes”

V- 7, “La table”

XVI- 92, “Les abeilles”

XVII- 34, “L’Isra”

XXIII- 7, “Les croyants”

XXIV- 3à 11,18,23,33,34, “ La lumière”

XXV- 68 à 70, “La salvation”

XXIX- 43, “ Les araignées”

XLII- 35, “ La délibération”

posée par la Sourate XVIII-verset 34: “ Evitez l’adultère car c’est une turpitude et une mauvaise route”¹.

II/ LE SILENCE ET L’OUBLI

En tant que domaine particulier du droit pénal musulman, le doute profitera à l’accusé suivant le célèbre *hadith* “ *Ecartez les peines légales par les doutes!*”.

On peut cependant légitimement s’interroger sur le fondement de cette prescription.

S’agit il d’un souci de respect des droits de l’homme avant-gardiste, ou bien plutôt de tenter par tous moyens d’éviter la publicité du scandale causé par l’acte défendu de Dieu ? Nous penchons sans ambiguïté aucune pour cette seconde conception.

Si la liste de ces infractions est très brève dans le Coran et quelque peu plus extensive dans les traités de *fiqh*, il n’en demeure pas moins que la peine *hadd* sera d’application restrictive, l’infraction devant remplir certaines conditions pour que la peine soit encourue. La sanction ne pourra intervenir que tout autant que le fait incriminé coïncidera très exactement avec la description théorique et les conditions exigées.

Le pardon de la victime ne sera de nul effet, s’agissant d’une véritable peine dont l’appréciation échappera au domaine humain. Dieu seul pourra agir comme il le souhaitera “post mortem”; le juge qui appliquera la peine *hadd* est étroitement lié par la précision des traités. Autant dire qu’une telle peine légale a bien souvent

LX- 12, “ L’examinée”

LXX- 31,32, “ Les degrés”

¹ Certaines traductions de la Révélation se montrent encore plus nettes: “Ne commettez point le zina, c’est une turpitude abominable” ou encore “évitez la fornication; c’est une abomination! Quel détestable chemin!”

Il est cependant à noter que pour un musulman, le Coran ayant été révélé en “pur arabe”, il doit être lu dans cette langue: Dieu a révélé sa loi en langage inimitable. De ce point de vue toute traduction du Coran serait impossible ou même interdite.

Cette précision est apportée notamment aux versets 1 et 2 de la Sorate XLI: “C’est une descente de par le Tout Puissant, le Miséricordieux, c’est un Ecrit dont les signes s’articulent en Coran (récitation) arabe, à l’intention d’un peuple capable de connaissance...”

Cela ne confère pas pour autant aux arabes un statut particulier, la Révélation étant destinée à l’humanité entière: “Nous ne t’avons envoyé aux humains qu’en leur totalité, pour porter l’annonce et donner l’alarme; mais la plupart ne le savent pas” (XXXIV,28).

« Dans la mesure où l’arabe fut la langue dans laquelle le divin se manifesta aux hommes, il acquit aux yeux de ceux qui s’appelleraient désormais “musulmans” le plus extraordinaire des prestiges. La plus grande joie de ces premiers musulmans fut ainsi, non pas d’interpréter cette parole, ni même de la mettre en ordre, mais de s’y baigner, de s’en repaître par la récitation ou la psalmodie » (ROCHDY Alili, “Qu’est ce que l’Islam?” coll. la Découverte).

En revanche il est permis de l’interpréter, et les traductions du Coran sont considérées par les religieux, comme des “interprétations”.” (Roger CARATINI, “Mahomet”, éd. Critérior, annexe F, p.547).

vocation à rester lettre morte, ce qui n'évitera au demeurant nullement la sanction au coupable puisque si l'une des conditions manquait il se verrait infliger une peine *taazir*, fautes pour lesquelles la loi n'a pas prévue de peines écrites.

“La Révélation ne serait intervenue que sur des points fondamentaux: protection de la propriété (vol), de la structure familiale (fornication) ou pour modifier ce qui devait changer: limiter la vengeance privée (talion, composition), assurer plus de sécurité (brigandage). Pour le reste elle laisse subsister les anciens usages et maintient la porte ouverte à une évolution nécessaire”¹.

Si nous savons qu'il s'agit de la violation du tabou par excellence et d'une infraction gravissime pour le croyant, si cette règle posée en son principe ne soulève aucun commentaire particulier, il en va tout autrement pour ce qui concerne la sanction à infliger au coupable.

Sur ce point en effet, les textes nous donnent des solutions différentes.

Ainsi, pour un même crime, le coupable serait-il puni tantôt de flagellation (XXIV-2), tantôt d'enfermement (IV-19), tantôt d'une peine plus douce en cas de repentir, mais non précisée (IV-20).

Seul le cas de l'épouse esclave paraît plus clairement envisagé, celle-ci ne devant subir que la moitié de la peine réservée à la femme libre. (IV-30)

Quoiqu'il en soit, ces peines coraniques seront partiellement modifiées par la Tradition, la réclusion étant abandonnée pour ne voir subsister que la flagellation et l'apparition de deux autres sanctions, l'une d'origine hébraïque, la lapidation, et l'autre semblant être d'origine romaine: le bannissement s'apparentant à la *relegatio in insulam*. A cet effet, il est topique de noter qu'il semblerait qu'en droit musulman cette peine soit considérée comme accessoire, le fondement de son prononcé se justifiant par l'oubli du scandale que l'infraction n'a pas manqué d'occasionner, oubli qui sera facilité par la disparition à temps².

Pour tomber sous le coup de la loi, l'acte sexuel doit avoir été pratiqué avec une femme qui n'est ni l'épouse, ni l'esclave du coupable. La règle ainsi posée trouve un certain nombre de correctifs en application des recommandations du Prophète : “*Ecartez les peines légales par des doutes ou apparences plausibles, ou équivoques, choboat.*”

Le problème ici évoqué est celui de l'apparence des droits: tant du droit de propriété sur l'esclave que du mariage.

Un individu ayant forniqué pourrait échapper à la peine hadd, l'acte sexuel ayant eu à ses yeux toute l'apparence de la “régularité”.

¹ Michèle ZIZARI - DEVIF op. cit.

² Ce point de vue serait renforcé par l'idée que le nouveau venu dans la communauté sera emprisonné sur place en cas de fornication, et non banni.

N'étant pas encore intégré à la communauté, n'étant connu de quasiment aucun de ses membres, la nécessité d'oubli ne s'imposerait pas.

Il s'agit ni plus ni moins pour Bousquet que d'un "artifice juridique, porte de sortie dérobée, ménagée dans la définition du délit de fornication, dans le but essentiel de faire en sorte d'éviter le scandale de la divulgation de ces infractions ou tabou sexuel".

La difficulté pour l'observateur juriste va consister dans le fait de savoir s'il existe, ou pas, un critère certain et indiscutable de ces cas de choboat, un critère qui ne soit pas laissé à l'appréciation du juge, ne consistant pas en présomptions du fait de l'homme mais bien en présomptions légales.

Les solutions varient suivant les rites. Les hanéfites, par exemple, considèrent que ces présomptions peuvent être basées sur une situation juridique on ne peu plus équivoque : il s'agira de la relation d'un mari avec sa femme répudiée par une formule non explicite¹, ou encore des rapports d'un maître avec son esclave, vendue mais non encore livrée, ou de la copulation entre un ascendant avec la femme esclave de son descendant.

Dans de telles hypothèses la présomption serait irréfragable : la peine légale serait écartée, cette solution s'imposant au juge, sans qu'il soit possible de rapporter la preuve contraire.

Un témoin irait-il jusqu'à affirmer que le coupable avait connaissance de l'interdit, que son témoignage ne serait nullement pris en compte.

Ces présomptions peuvent encore avoir pour fondement une simple apparence de droit dans l'esprit du délinquant qui aura dès lors agi en toute bonne foi: il peut s'agir du cas du mari fornicant avec sa femme répudiée triplement et pendant sa retraite légale.

Nous pouvons comparer la réglementation de cette équivoque avec l'"*error tolerabilis*" (erreur vraisemblable) du droit romain : c'est ainsi que ne sera pas reconnue coupable d'adultère la femme qui s'est remariée croyant de bonne foi son premier mari décédé².

Au nombre de ces doutes écartant la peine hadd, on peut citer le coït par doute de droit, par doute de fait et par doute sur le contrat que, par manque de temps nous ne saurions définir ici.

Encore, l'acte sexuel, pour être zina, doit il être accompli avec un complice consentant, ce qui induit l'abolition de la capacité par contrainte.

La contrainte sera très majoritairement invoquée par la femme pour tenter d'échapper aux peines légales, bien plus que pour voir châtié, ainsi que nous le verrons, son agresseur.

Cette non - responsabilité invoquée sera encore tributaire d'un problème de preuve ayant tendance à rétrécir singulièrement son champ d'application. Il ne suffit

¹ Sur ce concept de répudiation, voir F.P.BLANC, "Le droit Musulman" Dalloz, p. 67 et s.

² J.M.CARBASSE, "Introduction historique au droit pénal" p.37 à 39.

pas d'invoquer la contrainte, encore faut-il en rapporter la preuve, ce qui est loin d'être chose aisée en cette matière.

C'est ainsi, qu'en cas de grossesse apparente, l'accusation portée contre une femme ni mariée, ni en puissance de maître, qui invoquera la contrainte à l'origine de l'acte ayant conduit à son état, sera crue sur parole par les hanéfites et les chaféites alors qu'elle subira le châtement réservé aux coupables de zina pour les malékites, sauf pour elle à rapporter la preuve, par quatre témoins, soit du rapt par violence, soit du viol lui-même :

“ Si une femme enceinte non mariée prétend avoir été contrainte à fornicuer, sa prétention est non avenue et elle encourt la peine légale, à moins que des témoins ne déclarent qu'il y a eu rapt de telle manière que le ravisseur est resté seul avec elle, ou à moins qu'elle ne soit venue appeler au secours au moment de l'acte, ou enfin qu'elle ne soit revenue en saignant”¹.

En dehors de l'état de grossesse, pour le cas où la femme porterait plainte et invoquerait une relation qui lui aurait été imposée par la violence, une telle accusation pourrait se retourner contre elle, le droit musulman s'attachant avant tout à la protection de l'homme en raison de sa supériorité sur la femme.

Le cadi, dans un tel cas, pour retenir l'excuse de contrainte, sera amené à considérer l'état de réputation de l'homme accusé d'un tel crime: ainsi, si l'homme est vertueux, à défaut pour la femme de se présenter devant le magistrat “accrochée” nous rapporte BERCHER, elle sera condamnée à la peine hadd et devra de surcroît répondre de l'imputation calomnieuse de fornication. (voir supra).

Pour le cas où l'excuse de contrainte serait admise par le juge, en présence d'un individu ne présentant pas tous les standards de la vertu, il devra se contenter de renvoyer la femme, sans pour autant que cela entraîne ipso facto l'application au coupable de la peine de fornication, sauf à prouver légalement l'infraction par quatre témoins ou par l'aveu. (voir supra).

Autant dire qu'eu égard à de telles dispositions, la femme hésitera à déposer plainte, de crainte de se voir condamnée dans le pire des cas, ou, dans l'hypothèse la plus favorable, de voir le juge lui donner acte de ses accusations sans pour autant être conduit à appliquer le châtement suprême à son agresseur.

Là encore, une telle disposition, en raison de sa stricte réglementation et des conséquences y attachées, est destinée à rester lettre morte, et ce, afin de limiter le plus possible le domaine d'application du crime de zina.

¹ Al QAYRAWÂNÎ, La Risâla, op. cit. p. 255. Il convient de rapprocher ce texte de la loi hébraïque et plus particulièrement du DEUTERONOME XXII, 20-24 que nous avons cité (voir “Les sources du péché de zina dans la sunna”). Le Doyen F.P. BLANC s'interroge sur le fait de savoir si l'expression “qu'elle ne soit revenue en saignant” ne ferait pas allusion à la défloration. Nous ne le pensons pas, le texte visant la femme enceinte non mariée; selon nous il peut également s'agir de la femme non mariée parce que répudiée auquel cas l'interprétation de BERCHER y voyant “les signes de la puberté” serait inopérante.

Un autre élément remarquable limitant singulièrement la portée sinon de la prohibition de l'acte sexuel illicite, du moins de sa dénonciation, est le cas de fausse accusation.

En cas de fausse accusation, la charia a posé le principe de l'infraction calomnieuse de fornication, sorte d'infraction d'honneur réprimée sévèrement, Djarîmat Qadhf, dont la motivation se trouve dans le scandale causé par la révélation des faits touchant l'honneur et la dignité, touchant aussi bien l'auteur de l'acte coupable que ses parents.

L'idée dominante découlant de la législation islamique en matière de zina demeure d'éviter le scandale causé par la *fahicha* (honte sexuelle), scandale rejaillissant sur l'ensemble de la famille dont il convient de préserver les valeurs morales et par là, la société musulmane toute entière.

En considération de ces éléments, le système de preuves en matière de fornication est un système particulier par lequel "tout est mis en œuvre pour que le crime de zina ne puisse être établi ni sanctionné" selon l'opinion de Bousquet, opinion que nous rejoignons dans la mesure où il s'avère pratiquement difficile, sinon impossible, de faire le rapport de la preuve de la fornication, et par là, d'appliquer la peine hadd.

En effet, la loi exige en cas de preuve par témoins, quatre témoins, soit le double du droit commun, mâles, attestant qu'ils ont vu l'acte sexuel, condition particulièrement draconienne, tant la situation présente un caractère de rareté !

Nous n'insisterons jamais suffisamment sur le souci majeur des juristes musulmans, respectant en cela les prescriptions divines, souci se résumant dans l'idée d'éviter par tous moyens le scandale causé par le zina.

Toute la législation coranique, notamment par la difficulté du rapport de la preuve eu égard aux conditions requises, est imprégnée de ce souci : éviter le scandale s'avère infiniment plus prioritaire que la condamnation du délinquant.

Le moyen supplémentaire d'asseoir cette priorité consistera à décourager les délateurs eu égard aux risques encourus par eux.

Porter atteinte à l'honneur sexuel d'un musulman, porter témoignage contre lui et succomber dans les exigences du rapport de la preuve, ouvriront automatiquement la voie à l'accusation de Qadf, délit de fausse accusation de fornication.

Le Coran pose formellement la règle : "*Ceux qui accuseront d'adultère une femme vertueuse, sans pouvoir produire quatre témoins, seront punis de quatre vingt coups de fouet; au surplus, vous n'admettez jamais leur témoignage en quoi que ce soit, car ils sont pervers*". (XXIV-4).

Le contexte historique entourant cette révélation est parvenu jusqu'à nous d'une manière fort précise.

L'honneur du Prophète avait été mis en doute, son épouse préférée, Aïcha, la "Mère des Croyants", ayant été accusée de fornication. Mahomed avait épousé

Aïcha, alors âgée de neuf ans à Médine; elle était la fille d'Abu Bakr, premier ou second Compagnon du Prophète et d'Umm Ruman, de la tribu des Kinana. Plus de mille deux cent hadiths lui sont attribués. Pendant les neuf années que dura leur union, les rapports entre Aïcha et le Prophète furent tendres et passionnés."Toutefois, dans le courant de l'année 627, il se produisit un incident qui déclencha un scandale à Médine: la femme du Prophète fut accusée d'adultère par des ennemis du Prophète, conduits par le Médinois 'Abd Allah b. Ubbay".¹

Le Prophète avait coutume de se faire accompagner dans les expéditions guerrières par l'une de ses épouses, choisie suivant tirage au sort. Aïcha ce jour là fut l'heureuse élue. Un soir, elle s'écarta pour satisfaire à un besoin pressant et s'aperçut qu'elle avait perdu son collier; elle revint sur ses pas pour tenter de le trouver, et, la recherche s'éternisant, elle constata que la troupe était partie sans s'apercevoir de son absence: "*Les femmes étaient alors très légères et n'étaient pas envahies par l'embonpoint; elles n'absorbaient que très peu de nourriture et c'est pourquoi les gens, en le soulevant, ne trouvèrent point singulière la légèreté du palanquin...j'étais d'ailleurs toute jeune...*" nous révèle-t-elle par la bouche d'El-Bokhâri. Pensant que l'on viendrait la rechercher, elle resta sur place et s'endormit. Safouan ben el Moattal Es Solami la trouva plongée dans le sommeil, et, la reconnaissant, la fit monter sur son chameau et retrouva la troupe. Le scandale fut grand. Le Prophète, gravement contrarié, attendant la révélation qui tardait singulièrement, consulta certains de ses compagnons, dont Ali. Mais leurs avis furent contradictoires. Enfin, la révélation tant souhaitée arriva, et ce furent les versets de la sourate de la Lumière, pleins de malédictions et de menaces terribles pour l'autre vie contre les imposteurs (versets 11 et suivants) et aussi le verset 4 de la même sourate, édictant le châtement terrestre des accusateurs calomnieux"².

¹ Roger CARATINI, op. cit. p.343.

² Louis BERCHER, op. cit. p. 120. La mésaventure d'Aïcha nous est contée fort minutieusement par El Bokhâri, Titre LXIV, Cap. XXXIV, p.134 à 143, tome III.

