



**Olaf Köndgen The Codification of Islamic Criminal Law
in the Sudan: Penal Codes and Supreme Court Case
Law under Numayrî and al-Bashîr, Brill, Studies in
Islamic Law and Society, vol. 43, Leiden/Boston, 2018**

Baudouin Dupret

► **To cite this version:**

Baudouin Dupret. Olaf Köndgen The Codification of Islamic Criminal Law in the Sudan: Penal Codes and Supreme Court Case Law under Numayrî and al-Bashîr, Brill, Studies in Islamic Law and Society, vol. 43, Leiden/Boston, 2018. 2018. hal-01872276

HAL Id: hal-01872276

<https://hal.science/hal-01872276>

Submitted on 11 Sep 2018

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.

Olaf Köndgen, *The Codification of Islamic Criminal Law in the Sudan: Penal Codes and Supreme Court Case Law under Numayrî and al-Bashîr*, Brill, Studies in Islamic Law and Society, vol. 43, Leiden/Boston, 2018

Avec *The Codification of Islamic Criminal Law in the Sudan: Penal Codes and Supreme Court Case Law under Numayrî and al-Bashîr*, Olaf Köndgen nous offre une étude extrêmement approfondie sinon exhaustive de l'histoire autant décriée que méconnue de l'islamisation du droit pénal au Soudan, à partir des années 1980. Cas d'étude particulier, il est en même temps exemple paradigmatique de ce phénomène d'islamisation du droit qui agite le monde musulman depuis un demi-siècle. C'est en cette double qualité qu'il convient d'en faire la lecture. Celle-ci est requise aussi bien pour les spécialistes du Soudan, un pays à l'histoire politique et juridique troublée et même chaotique, que les historiens, anthropologues et sociologues du droit en contexte musulman.

Premier constat : la charia concentre une charge symbolique énorme qui oppose radicalement ses partisans et ses détracteurs (p.4). Il n'est dès lors pas étonnant que, point de référence dans l'élaboration des lois, elle ait été très souvent utilisée à des fins politiques. Sa charge identitaire est au moins aussi forte que sa portée juridique, et l'exemple soudanais le montre à la perfection. Présentée comme un retour à l'authenticité juridique soudanaise, la charia s'est néanmoins coulée dans le moule hérité de la colonisation anglo-égyptienne, ne serait-ce que formellement, en empruntant la forme codifiée. Köndgen montre très bien que cette codification de la charia, loin de n'être qu'une mise en forme, est une affaire hautement complexe, politique et controversée, dont il résulte une « charia nationale » spécifique à chaque pays (p.5).

Il est difficile de faire l'histoire juridique du Soudan avant la colonisation, tant les sources sont éparpillées, lacunaires et hétéroclites. C'est avec l'administration égypto-ottomane que le Soudan fit pour la première fois l'objet d'un gouvernement central, basé à Khartoum, que le pouvoir judiciaire se trouva organisé de manière systématique et hiérarchisée, et qu'un droit uniforme commença à être introduit dans la lettre, sinon de manière effective (p.33). Après l'épisode du Mahdî et de son successeur (1881-1898), le condominium anglo-égyptien conduisit à l'introduction du droit anglo-musulman originaire des Indes britanniques. Celui-ci ne concerna toutefois que le droit de la famille et des biens de mainmorte. Inspiré de la législation coloniale indienne, un premier code pénal fut adopté en 1899, tandis que, la même année, un code de procédure pénale suivant le code militaire égyptien fut promulgué. Après l'indépendance, l'égyptianisation du droit pénal s'accrut, avec l'adoption en 1970 d'un nouveau code marquant le passage de la Common Law au modèle civiliste (p.42), avant un retournement de situation en 1974 et le retour à la Common Law.

Si la Constitution permanente de 1973, dans son article 9, consacra le statut du droit islamique comme source de la législation, côte à côte avec le droit coutumier, rien ne changea véritablement avant l'accession au pouvoir de Numayrî et sa politique d'« islamisation » du système juridique soudanais. Connues sous le nom de « lois de septembre », une série de lois dites « islamiques » furent adoptées en 1983. Celles-ci se caractérisèrent avant tout par leur mauvaise rédaction, par leur fréquente contradiction avec la doctrine islamique (*fiqh*), par leur caractère répressif et par leurs usages arbitraires. L'exécution de Mahmud Muhammad Taha, le leader des Frères républicains opposés au régime et à l'islamisation du droit, en constitua l'apogée aussi dramatique qu'infâme, d'autant que le crime d'apostasie pour lequel il était poursuivi ne figurait même pas dans les dispositions du code pénal islamisé. La chute du régime de Numayrî se traduisit par une attitude procrastination à l'égard du droit islamisé (p.69). Une

majorité en faveur de leur abrogation s'était toutefois dessinée quand, en 1989, un nouveau coup d'Etat porta un autre militaire, 'Umar al-Bashîr, au pouvoir. Soutenu par les Frères musulmans et leur leader, Hasan al-Turâbî, le nouveau pouvoir s'engagea dans une double voie : d'une part, la réforme des lois islamisées ; de l'autre, la purge en profondeur de l'appareil judiciaire et la mise en place d'un système parallèle de tribunaux. Toute une série de nouveaux textes furent adoptés, dont une loi pénale (1991), une loi du statut personnel (1991), une loi sur l'ordre public (1996), une constitution (1998) et une loi sur les associations politiques (1998). On le voit, une équation était ainsi établie entre islamisation et renforcement du contrôle moral et politique.

A la manœuvre juridique se trouvait une figure majeure de l'islam politique soudanais, Hasan al-Turâbî. L'approche de l'islamisation qu'il prônait était un mélange de méthodes traditionnelles et d'éléments modernistes (p.81). Affirmant la nécessité d'« une révolution au niveau des principes de la doctrine » et partisan en théorie du recours aux méthodes propres au droit occidental, à la sociologie et aux sciences naturelles, Turâbî fut l'artisan de la correction du droit pénal islamique dans le sens d'une plus grande cohérence et conformité à la doctrine islamique classique. Après sa disgrâce, la charia n'en demeura pas moins pivotale dans l'idéologie du régime (p.93), même si son vocabulaire ne sature pas la constitution de 1998. De toute cette évolution juridique, il résulte aujourd'hui un patchwork juridique hybride et synchrétiste (p.105).

L'ambition du code pénal de 1991 est, selon le memorandum qui l'accompagne, de « promulguer des lois authentiquement soudanaises, dérivées de la charia, qui de ce fait répondent aux aspirations des masses soudanaises » (p.108). Si son authenticité et sa popularité sont sujettes à caution, une amélioration substantielle de sa formulation, de son articulation à ses sources, de son adaptation au pays et de son caractère purement répressif est, par rapport à son prédécesseur de 1983, perceptible. Il en va de même du code de procédure pénale de la même année. Deux techniques constitutives et interprétatives du droit émergent : d'une part, celle du choix éclectique entre les différentes écoles doctrinales islamiques en fonction de l'objectif recherché par la législation (*takhayyur*) ; de l'autre, la jurisprudence de la Cour suprême. S'agissant de cette dernière, il est important de souligner que le pouvoir d'émettre des circulaires d'interprétation remonte au Règlement d'organisation et de procédure des tribunaux du droit musulman (*Muhammadan Law Courts*) de 1915. De manière générale, l'application des lois pénales islamiques sont conditionnées, depuis leur réforme des années 1990, par l'absence de toute incertitude (*shubha*), ce qui en limite substantiellement la mise en œuvre (p.127).

L'islamisation du droit pénal signifie, en premier lieu, l'identification d'une série spécifique de crimes soumis à un régime de preuve particulier. Elle entraîne, en second lieu, la mise en application de sanctions elles aussi spécifiques. S'agissant des crimes, il s'agit essentiellement des crimes relevant des *hudûd* (sing. *hadd*), c'est-à-dire des crimes stipulés expressément dans le Coran et la Tradition : fornication, diffamation relative à la fornication, consommation d'alcool, vol, banditisme, apostasie. Les sanctions comprennent différentes formes de peines de mort, le talion (*qisâs*), la flagellation, le bannissement, l'emprisonnement, l'amende, la saisie de propriété et les peines laissées à la discrétion du juge (*ta'zîr*) quand les conditions propres au crime *hadd* ne sont pas réunies. Köndgen consacre le cœur de son ouvrage à passer en revue ces différents crimes, leur formulation dans la doctrine classique, leur codification en 1983 et 1991, et leur interprétation par la Cour suprême.

Bien que le rattachement de ce droit pénal islamique aux sources doctrinales islamiques soit revendiqué, il faut néanmoins remarquer que « le législateur soudanais a introduit des crimes

islamiques dans un code pénal séculier par voie de greffe, créant de ce fait des incohérences, perturbant sérieusement la logique qui sous-tendait les codes antérieurs et, en de nombreuses occasions, ne suivant pas non plus les prescriptions du *fiqh* » (p.304). En outre, la mise en place d'un système juridique et judiciaire dédié à l'ordre public a permis au régime d'éviter l'application des plus sévères punitions fondées sur la charia tout en maintenant un instrument disciplinaire puissant (p.396). On se retrouve en conséquence dans un système juridique où coexistent des standards juridiques différents. L'action de la Cour suprême a réussi à atténuer les effets chaotiques de cette coexistence, tout en laissant la mise en cause de cette référence à la charia hors d'atteinte du contentieux judiciaire (p.402). En somme, l'inspiration de la charia persiste dans les codes, mais son interprétation opère de manière à « éviter les débats, les conflits et les tragédies » (p.407). Il en résulte une charia conjugée de manière nationale, dont la forme effective est tributaire des contingences locales. Dans la mesure où la charia joue un rôle pivot dans la pratique du pouvoir, entre une valeur symbolique et une ressource de légitimation pour un régime autoritaire (p.416), il est difficile d'imaginer l'émergence d'une dynamique conduisant à son abolition. Bien qu'elle ne soit nullement ancrée dans la tradition précoloniale mais qu'elle apparaisse plutôt comme l'héritière du système colonial, la charia s'est imposée comme un point de référence obligé de tout régime politique. Avec ce paradoxe que la charia qui s'est imposée en est une version radicalement sécularisée (p.413). On pourrait ajouter : et positivisée, dès lors que c'est l'Etat qui détient le monopole de sa formulation, que le choix des règles applicables se fait par le truchement d'un code et de manière sélective, et que la doctrine islamique classique ne constitue qu'un vivier dans lequel puiser les normes jugées utiles.

Comme on le disait en introduction, l'ouvrage d'Olaf Köndgen est indispensable pour au moins deux types de lecteurs. Ceux qui s'intéressent au Soudan contemporain, d'une part, et ceux qui mènent des recherches comparatives entre différentes façons de pratiquer la charia, de l'autre. On peut toutefois regretter, à cet égard, que l'auteur n'ait pas davantage tiré parti des travaux portant sur le « droit musulman moderne », que ce soit pour remarquer sa déconnexion d'avec le *fiqh* classique, pour souligner son « invention », pour insister sur sa « sécularisation », ou encore pour décrire sa « positivisation ».

Baudouin Dupret