



Sodomie et masculinité chez les juristes musulmans du IX^e au XI^e siècle

Mohammed Mezziane

Résumé

La régulation de la sexualité masculine et féminine par le droit musulman classique n'obéit pas à des préoccupations de morale, de préservation d'un hypothétique « ordre naturel » ou même de la perpétuation de l'espèce, mais à la préservation de l'ordre public. À ce titre, les divers châtiements prévus contre les transgressions sexuelles sont conçus pour être appliqués en lien étroit avec le degré de nuisance qu'ils génèrent. Le présent article présente cette thèse dans le cadre de deux hypothèses : le lien entre *fisq*, espace et sexualité ; le lien entre masculinité et sexualité.

Mots-clé

sodomie, homosexualité, masculinité, sexualité musulmane, *ḥudūd*, *fisq*

Abstract

The regulation of masculine and feminine sexuality by the Classic Muslim law doesn't respond to moral or procreation concerns, nor even to preservation of an hypothetical "Natural order". It responds, rather, to the preservation of social order. Therefore, different punishments against sexual transgressions are thought to being strictly applied with harm degree that those transgressions produce. The present article presents this thesis in the context of two axes : the links between *fisq*, space and sexuality and the relationships between masculinity and sexuality.

Keywords

sodomy, homosexuality, masculinity, Islamic sexuality, *ḥudūd*, *fisq*.

Introduction

L'identité sexuelle est l'un des objets de recherche les plus questionnés ces dernières années en sciences sociales¹ : homosexualité, hétérosexualité, place de la

¹ De multiples travaux sur l'homosexualité, la sexualité et/ou la masculinité ont été menés ces trente dernières années en Occident. Beaucoup de ces travaux sont américains, même si en France, par exemple, de très nombreuses recherches ont été publiées ces dix dernières années. Des querelles d'approche conceptuelle ont divisé les universitaires au début des années 90. L'objet du différend, dans le sillage des travaux sur le genre, portait entre autre sur les identités sexuelles (homosexualité/hétérosexualité). Certains chercheurs la considéraient comme une réalité socialement et historiquement construite, à partir du XIX^e siècle. Pour d'autres, ces identités sexuelles

sexualité dans la définition des identités de genre (masculin/féminin). Cet intérêt soutenu est lié, en partie, au bouleversement du statut juridique de l'homosexualité dans les sociétés occidentales. En quelques décennies l'homosexualité a été dépénalisée, le couple homosexuel a obtenu une reconnaissance juridique et parfois des statuts juridiques équivalents à ceux des couples hétérosexuels.

Simultanément, l'offensive juridique de nombreux pays arabes² contre les « déviants » sexuels (homosexuels) esquisse un mouvement inverse, et soulève de multiples questions quant à l'argumentaire utilisé pour légitimer la répression.

seraient naturelles et existeraient depuis toujours : seules leurs représentations sociales (positives ou négatives) seraient construites et évolueraient d'une époque à l'autre. Une querelle largement dépassée aujourd'hui : peu de chercheurs soutiennent encore que ces identités ne sont pas construites, et à partir du XIX^e siècle seulement. Sur l'émergence des identités sexuelles, voir à titre indicatif Leo Barsani, *Homos, repenser l'identité*, trad. de l'angl. (États-Unis) par Christian Marouby, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998 ; George Chauncey, *Gay New York, 1890-1940*, trad. de l'angl. (États-Unis) par Didier Eribon, Paris, Fayard, 2003, pp. 9-46 ; David Halperin, *Cent ans d'homosexualité, et autres essais sur l'amour grec*, trad. de l'américain par I. Châtelet, Paris, EPEL, 2000 ; David Halperin, *Saint Foucault*, trad. E. Eribon, Paris, EPEL, 2001. Pour la période antique et le sens attribué aux rôles sexuels, voir : Eva Cantarella, *Selon la nature, l'usage et la loi : la bisexualité dans le monde antique*, trad. M.-D. Porcheron, Paris, La Découverte, 1991 ; James Dover, *Homosexualité grecque*, trad. Suzanne Saïd, Claix, La pensée sauvage, 1982, (1^{ère} éd. Cambridge Mass, Harvard University Press, 1978). Par ailleurs, sur les liens entre sexualité, nature, normalité, et médicalisation, les travaux de Michel Foucault ont ouvert de vastes perspectives. Voir notamment *Les anormaux, cours au Collège de France (1974-1975)*, éd. établie sous la direction de F. Ewald et A. Fontana, par V. Marchetti et A. Salomoni, Paris, Seuil-Gallimard, 1999, pp. 155-303, ainsi que le premier volume de *l'Histoire de la sexualité. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976. Enfin, la référence théorique pour les études sur le genre (construction de la masculinité et de la féminité) est l'incontournable Judith Butler, *Trouble dans le genre. Pour un féminisme de la subversion*, préf. E. Fassin, trad. C. Kraus, Paris, La Découverte, 2005. Ces querelles entre constructionnistes et essentialistes sont aussi présentes dans quelques études sur l'homosexualité dans un espace musulman. Nous en rendrons compte ci-dessous.

² Les poursuites judiciaires pour le motif d'homosexualité se sont multipliées ces dernières années dans de nombreux pays arabes, dont l'Égypte, avec le procès très médiatisé des cinquante-deux Égyptiens arrêtés dans une boîte de nuit et jugés par un tribunal militaire en 2001. Voir Jean Gaudin, « De la haine au crime, l'homophobie », *Chronique d'Amnesty International*, 175 (juin 2001). En Arabie Saoudite, trois hommes accusés d'homosexualité sont décapités (Voir Mouna Naïm, « En Arabie saoudite, trois personnes ont été décapitées pour homosexualité », *Le Monde*, 4 janv. 2002, p. 5) ; il s'agit de la traduction française, des usages de la presse française, s'agit-il de « same-sex relations » ? Quel est le terme arabe usité par les autorités saoudiennes ? On ne sait pas. Les exactions sont par ailleurs régulières dans ce pays, et l'une des dernières en date concerne l'arrestation de 110 homosexuels dans un appartement privé et la condamnation d'une trentaine d'entre eux (six mois à un an de prison, et 200 à 2000 coups de fouet). Voir http://citegay.fr/ACTUALITES/GAY/241837/actualites_visu.htm. Enfin le Maroc, où, en juin 2004, quarante-trois hommes sont arrêtés, dans une ville du Nord du Maroc, dans une soirée privée et accusés de « déviance sexuelle ». Voir l'article de Karim Boukhari dans *Le Journal Hebdomadaire* (1^{er}-7 mars 2003), p. 4 et un article anonyme « La chasse aux homos », *Tel Quel*, Casablanca, 131(12-19 juin 2004).

Si la plupart de ces pays n'appliquent plus la *šarī'a*³, la légitimation de la répression s'enracine néanmoins en partie dans le corpus théologico-juridique de l'époque médiévale. Les ouvrages contemporains de *fiqh* assimilent d'abord l'homosexualité à une maladie qui serait porteuse d'un risque pour la société humaine : dénatalité, maladies... Les sources utilisées par les juristes de l'époque médiévale pour élaborer le statut juridique de l'acte de sodomie sont mobilisées par les théologiens modernes dans une perspective principalement morale⁴; ils désignent l'homosexualité comme une pratique contre-nature qu'il s'agirait d'éradiquer⁵. Les motivations qui les incitent aujourd'hui à soutenir la répression de l'homosexualité seraient, selon eux, équivalentes à celles qui ont conduit les juristes de l'époque médiévale à instaurer un cadre juridique « sévère » pour les actes de sodomie.

Le corpus juridique de l'époque médiévale, comme les motivations des juristes qui ont légiféré sur le statut juridique de la sexualité illicite, sont aussi l'objet de questionnement dans la recherche contemporaine sur le statut de la sexualité dans un cadre musulman. Arno Schmitt, dans une étude récente, a ainsi exploré et mis en perspective d'une manière détaillée le statut du sodomite⁶ et la position des juristes des différentes écoles juridiques de la période

³ À l'exception de l'Arabie Saoudite, aucun pays arabe n'applique la *šarī'a* pour sanctionner la sodomie. Et, en ce qui concerne l'Arabie saoudite, qu'entend-on, de toute manière, par *šarī'a*?

⁴ Les ouvrages de droit musulman (*fiqh*) contemporains inscrivent en effet la lutte contre l'homosexualité dans une tradition qui remonterait à l'aube de l'Islam et mobilisent à cet effet le Coran, les hadiths, et les traditions des différentes écoles juridiques sunnites. Considérant l'homosexualité comme anhistorique, ces ouvrages ignorent la différence entre sodomie (l'acte sexuel) et homosexualité (identité sexuelle). Voir notamment al-Šayḥ Aḥmad Muḥammad 'Assāf, « al-Mu'āmalāt », *al-Aḥkām al-fiqhiyya fī l-madāhib al-islāmiyya l-arba'a*, revu et commenté par al-Šayḥ Sa'd al-Dīn al-'Aytānī, Beyrouth, Dār Iḥyā' al-'Ulūm, 1988, II, pp. 514-520. Voir aussi les ouvrages de vulgarisation à grande diffusion, comme celui de Youcef Quaradhaoui, *Le licite et l'illicite en islam*, trad. de l'arabe par Salaheddine Kechrid, Paris, Okad Rayhane, 1990, pp. 122, 141-143, 160; al-Mūsawī, *al-Niẓām al-iğtimā'ī fī l-islām*, Beyrouth, Dār al-Šafwa, 1992, pp. 12, 26-27, 34-35, 37.

⁵ L'utilisation par les théologiens musulmans contemporains d'une terminologie comme « sexualité contre-nature » ou « sexualité pathologique » pour qualifier l'homosexualité (appelée *liwāt*, ou *ṣudūd ġinsī*) renvoie à la caractérisation occidentale de l'homosexualité telle que constituée au XIX^e siècle. Nous verrons que ces caractères ne sont pas opérants pour la période médiévale.

⁶ Selon Arno Schmitt (« *Liwāt im fiqh: Männliche Homosexualität?* », *Journal of Arabic and Islamic Studies*, 4/2 (2002), pp. 51, 57), la traduction de *liwāt* par « homosexualité » ou « pédérastie » est impropre. Si l'homosexualité désigne les relations sexuelles entre personnes du même sexe, le *liwāt* de l'époque médiévale, lui, désigne l'acte anal indépendamment du sexe du partenaire. De même, '*amal qawm Lūt*', communément et presque exclusivement utilisé dans les livres du *fiqh*, renvoie uniquement à l'acte anal (*ibid.*, pp. 53, 59). Par ailleurs, les termes de *liwāt*, *laṭa*, *lawwāt*, qu'Arno Schmitt définit, apparaissent rarement dans les livres du *fiqh* ou les

médiévale⁷. Mais, note l'auteur, la peine imposée par les *fuqahā'* aux sodomites ne semble pas avoir été dissuasive⁸. Il y aurait à cela deux raisons : la procédure nécessaire pour sa mise en application⁹, et l'origine sociale des juristes. Mālik b. Anas, Abū Ḥanīfa, ou Ṣaybānī, etc., étaient des commerçants ou des artisans ; d'origine arabe pour la plupart, ils habitaient de petites villes provinciales (Koufa, Basra, ou Médine), donc trop éloignées des grands centres urbains [lieux de pouvoir], pour faire appliquer les sanctions. Par ailleurs, ils

exégèses des hadiths, mais plutôt dans la littérature. D'autres recherches anglo-saxonnes publiées ces dernières années confirment qu'on ne peut assimiler « homosexualité » à *liwāt*. Outre Arno Schmitt, voir notamment Khalid El-Rouayheb, *Before Homosexuality in the Arab-Islamic World, 1500-1800*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, p. 137, qui arrive aux mêmes conclusions à propos de l'Empire ottoman des XVI^e et XVIII^e siècles ; selon Khalid El-Rouayheb, les *fuqahā'* ne traitent pas de la fellation et considèrent qu'embrasser ou caresser un homme n'est guère répréhensible ; les caresses entre un homme et une femme étaient même plus sévèrement punies que celles entre deux hommes ou celles entre deux femmes (*ibid.*, p. 139) ; tomber amoureux d'un garçon était considéré comme un acte involontaire et n'était pas condamnable : les religieux admettaient qu'une personne morte pour l'amour d'un garçon entrerait au Paradis s'il n'y avait pas eu de consommation. Citons encore E.K. Rowson (« The Categorization of Gender and Sexual Irregularity in Medieval Vice Lists », dans *Body Guards: The Cultural Politics of Gender Ambiguity*, éd. J. Epstein et K. Straub, New York, Routledge, 1991, pp. 64, 65, 72), qui arrive aux mêmes conclusions, en étudiant les écrits d'*adab*, et décrit précisément la classification proposée par un manuel d'instruction littéraire de l'époque médiévale (sodomite, fornicateur, proxénète, relation anale hétérosexuelle, etc.). Cependant, E.K. Rowson utilise systématiquement le terme *irregularity*, pour désigner les conduites illicites, sans préciser si cette irrégularité s'oppose à une norme, telle que conceptualisée en Europe à partir du XVIII^e siècle, prémisses à une médicalisation de l'homosexualité. Citons par ailleurs l'article ancien de Franz Rosenthal, « Ar-Rāzī on the hidden illness », *Bulletin of the History of Medicine*, 52 (1978), pp. 45-60 (reprinted with the permission of Johns Hopkins University Press. Courtesy of Yale University Seeley G. Mudd Library). Il y présente et commente le point de vue médical, à l'époque médiévale musulmane, sur la *ubna* (sodomie passive). Enfin, certains auteurs, comme J. Massad, « Re-Orienting Desire: The Gay International and the Arab World », *Public Culture*, 14/2 (2002), pp. 361-385, vont jusqu'à mettre en question la pertinence de la notion d'homosexualité dans les pays arabes contemporains (emploi d'une notion qui marquerait la volonté de l'Occidental de doter ses valeurs et son histoire d'une portée universelle).

⁷ Son article expose les positions de la plupart des écoles juridiques musulmanes de la période médiévale et résume la position de juristes plus tardifs (modernes et contemporains) de ces écoles. Ces positions n'ont d'ailleurs guère évolué, selon A. Schmitt, entre la période médiévale et celles plus tardives (moderne et contemporaine).

⁸ Les pratiques sociales telles qu'elles transparaissent dans la littérature d'*adab* montrent l'échec dissuasif de cette loi. De nombreux travaux ont par ailleurs interrogé la valeur de témoignage du *muğūn*, littérature qui représentait les pratiques illicites dont la sodomie. Voir notamment les articles de J.W. Wright, E.K. Rowson et F. Rosenthal dans *Homoeroticism in Classical Arabic Literature*, New York, Columbia University Press, 1997 ; E.K. Rowson, « The Categorization of Gender and Sexual Irregularity in Medieval Vice Lists », *op. cit.* ; Frédéric Lagrange, « L'obscénité du vizir », *Arabica*, 53/1 (2006), pp. 54-107.

⁹ La procédure pour établir la culpabilité d'un homme ayant commis l'acte de sodomie est explicitée dans le chapitre ci-dessous.

appartenaient à un milieu «petit bourgeois» à la morale sévère; ils auraient légiféré sur l'acte de sodomie (*'amal qawm Lūt*) en instituant leur mode de vie [puritain] en norme. Toutefois, affirme Arno Schmitt, un tel mode de vie était étranger et éloigné de la vie urbaine de leurs contemporains, à savoir la masse du peuple ou l'élite imprégnée de culture hellénistique (Damas, Bagdad)¹⁰. Aussi s'étonne-t-il de l'illogisme de la démarche des juristes, qui semblent peu soucieux de la mise en oeuvre de leurs lois, et l'attribue-t-il à une approche [aveuglement] morale de la sexualité¹¹.

Mais Arno Schmitt a-t-il correctement analysé le champ d'application de la peine, pour affirmer ainsi que celle-ci n'était que peu ou pas appliquée? Cette question nous semble devoir d'abord être posée.

Le présent article interrogera donc la démarche des juristes des IX^e-XI^e siècles dans le champ de la sexualité¹². Démarche qui est différente, selon nous, de celle de leurs successeurs contemporains. Et si l'attitude des *fuqahā'* vis-à-vis du *lūt* a généralement été analysée sous l'angle de son assimilation ou non au *zānī*, nous nous préoccupons plutôt de son assimilation au *fāsiq*. Deux interrogations nous permettront de nous représenter la sexualité médiévale et

¹⁰ Par la suite, cette loi aurait réussi à acquérir un statut sacré. Les autorités politiques se seraient instituées garantes de cette loi. Quant aux sodomites, ils se seraient adaptés à cette situation en adoptant des pratiques discrètes (Schmitt, «Liwāt», p. 109.). Mais si l'activité sexuelle passive était mal vue, ce n'était pas le cas de l'activité sexuelle active, qui ne remet pas en question la masculinité, toujours selon Arno Schmitt qui cite E.K. Rowson («Categorization», p. 55). Dans son travail sur la sexualité dans le monde antique, E. Cantarella (*Nature*) a avancé une hypothèse semblable.

¹¹ Schmitt, «Liwāt», pp. 108-110.

¹² Pour ce, nous nous référerons à l'exégèse du Coran et de la Sunna, ainsi qu'à la casuistique historique utilisée par les juges des grandes villes comme matériaux juridiques. La casuistique n'étant pas toujours clairement exposée, nous ne pouvons réduire nos sources à un seul juriste, si éminent et précis soit-il. D'où aussi le recours à des *fuqahā'* postérieurs comme al-Qurṭubī (XIII^e siècle) ou al-Kāsānī (XII^e siècle). Afin de circonscrire et d'éclaircir la nature des arguments qualifiant les actes prohibés, il nous faudra nous référer à de nombreux juristes (ḥanafites: al-Ğaṣṣās, al-Saraḥṣī ou al-Kāsānī; mālikites: al-Bāġī, parfois Ibn 'Arabī ou al-Qurṭubī; šāfi'ite: al-Šāfi'; zāhirite: Ibn Ḥazm). Ajoutons que notre travail n'a pas pour objet de préciser les normes et les différentes pratiques entre écoles juridiques, ce qui nécessiterait une étude spécifique de chaque école juridique.

Par ailleurs, nos principales sources relatives à la *sunna* sont les livres canoniques validés par l'islam sunnite: al-Buḥārī (m. 256/870), *al-Ğāmi' al-Šaḥīḥ* (2762 hadiths différents); Muslim (m. 261/875), *al-Ğāmi' al-Šaḥīḥ* (4000 hadiths différents); Abū Dāwūd (m. 275/889), *Kitāb al-Sunan* (5273 hadiths); al-Tirmidī (m. 279/892), *Kitāb al-Ğāmi'*, (3956 hadiths); al-Nasā'ī (m. 303/915), *Kitāb al-Sunan*, (2800 hadiths), Ibn Māġa (m. 273/886), *Kitāb al-Sunan* (4341 hadiths); Mālik b. Anas (m. 179/795), *al-Muwatta'*; Aḥmad b. Ḥanbal, *al-Musnad* (28000 à 29000 hadiths). Pour l'exégèse, nous nous référons surtout à al-Ṭabarī (225/840-310/923) et al-Ğaṣṣās (m. 370/980) dont les ouvrages sont parmi les plus anciens qui nous aient été conservés. Outre leurs commentaires, ils y reprennent ceux de leurs prédécesseurs.

notamment ses liens avec la procréation et la masculinité : la première portera sur la manière dont les juristes justifiaient la répression de la sodomie (affaire de la morale, ou préservation de l'ordre public?) ; nous verrons ensuite, toujours selon ces juristes, comment la masculinité se constituait, par quels actes ou quels rôles sexuels.

1. Sodomite et ordre public

1.1 *Les juristes et la sodomie : une approche empirique et pragmatique*

On aurait du mal à retrouver dans les exégèses du Coran et du Hadith, du IX^e au XI^e siècle, une théorie précise de la sexualité. Les premiers musulmans hésitent. L'exemple de la polémique autour du statut du sodomite (*lūṭī*)¹³ est significatif à cet égard : certes, il désobéit à Dieu, mais doit-il être pour autant sanctionné dans le cadre de l'apostasie (*kufr*) ? Cette hésitation dissimule en réalité une interrogation plus large touchant à l'insoumission aux prescriptions de Dieu (*'iṣyān amr Allāh*) et au statut de l'insoumis (*al-'āṣī*) dans la société. L'insoumission (*fisq*)¹⁴ doit-elle être sanctionnée par l'exclusion des fautifs hors de la communauté musulmane (*takfīr*) ?

¹³ '*Amal qawm Lūṭ* (acte du peuple de Lot) est la périphrase habituellement utilisée dans les livres de *fiqh* pour désigner l'acte de pénétration anale indépendamment du sexe biologique du partenaire (homme ou femme). Les termes *lūṭī* (sodomite) ou *liwāṭ* (sodomie) sont très rarement utilisés dans ces sources, tout comme les termes *lawwāṭ* (sodomite). Et comme le souligne K. El-Rouayheb (*Homosexuality*), pour les juristes, le *lūṭī* est celui qui a pratiqué l'acte de pénétration anale ne serait-ce qu'une seule fois, indépendamment donc de la fréquence et de la persistance de cette pratique sexuelle. Nous utiliserons dans ce travail les termes sodomie ('*amal qawm Lūṭ*) et sodomite (*lawwāṭ* et *lūṭī*) dans le sens juridique défini ci-dessus.

¹⁴ Le *fisq* est habituellement traduit par désordre moral, libertinage, péché, débauche, impiété... Voir notamment le résumé de L. Gardet, intitulé « Fāṣiḳ », *EP*. Voir aussi Joseph Schacht qui traduit *fāsiq* par pécheur (*Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1983, p. 149), ou Mohammad H. Benkheira (*L'amour de la Loi. Essai sur la normativité en Islam*, Paris, PUF, 1997, pp. 72, 152). Nous avons choisi de mettre en évidence un sens plus neutre : insoumission aux prescriptions de Dieu (*'iṣyān awāmīr Allāh*), sans préjuger de la dimension morale liée aux actes prohibés. '*Ṭyān Allāh* (insoumission à Dieu) est le sens donné au *fisq* dans les exégèses de cette époque (al-Ṭabarī, *Ġāmi'*, XXX/1, pp. 182, 306). Nous montrerons que, pour notre période, les arguments des juristes musulmans concernant les proscriptions de Dieu s'articulent à la préservation de l'ordre public plutôt qu'à la morale. J.-C. Vadet (*Les idées morales dans l'Islam*, Paris, PUF, 1995, pp. 88-91, 97) analyse l'importance de l'obéissance, notamment celle due au Prophète, et le lien avec l'ordre social. Il explique aussi l'importance de la Loi dans l'Islam, et notamment que cette Loi n'est pas d'essence purement morale (pp. 147-196).

Le sodomite est-il un apostat ou un insoumis (fāsiq)?

Deux éminents juristes de la fin du VIII^e siècle, Abū Ḥanīfa et Mālik b. Anas¹⁵, ont des positions divergentes quand au statut de l'acte de sodomie (*ʿamal qawm Lūt*). Ils s'accordent sur la nécessité de le sanctionner, mais s'opposent sur la nature de la sanction. Le premier applique une peine qui est laissée à l'appréciation du juge (*taʿzīr*), et qui ne peut en aucun cas être la mort; d'après Abū Ḥanīfa, si Dieu avait voulu la mise à mort du sodomite (*lūṭī*), il l'aurait précisé. Le second, Mālik b. Anas, comme Abū Ḥanīfa se base sur des versets coraniques qui condamnent l'acte du peuple de Lot (*ʿamal qawm Lūt*). Mais il y adjoint un hadith (controversé) du Prophète où il est recommandé d'exécuter le sodomite au rôle sexuel «actif» (*al-fāʿil*) ainsi que celui au rôle sexuel «passif» (*al-mafʿūl bihi*)¹⁶. Aussi, à l'opposé du premier, il considère que le «délit» est à classer dans la catégorie des infractions dont la peine est fixée par Dieu (*ḥadd*). Il assimile, en effet, ces pratiques à l'activité sexuelle illicite (*zinā*), et, en conséquence, condamne le coupable qui a déjà contracté un contrat de mariage (*muḥṣan*) à la peine réservée à l'adultère (*zinā*): cent coups de fouet suivis de la lapidation. Par ailleurs, il recommande également la peine de mort pour le coupable n'ayant jamais contracté un mariage.

Quant à la procédure pour établir la culpabilité, Mālik reprend celle de la fornication (*zinā*) pour l'appliquer à la sodomie, sans aucune modification. La procédure implique que l'incriminé, reconnu sain d'esprit, avoue son forfait en présence d'un juge, quatre fois et à quatre moments différents (l'aveu n'induit pas la culpabilité du partenaire qui, pour être inquiété, doit avouer lui aussi). Sinon, il est nécessaire de réunir le témoignage de quatre hommes, musulmans, majeurs, libres et intègres, ayant vu en même temps, à partir du même endroit, la même chose (à savoir les coupables, pendant que l'organe viril de l'un allait et venait dans l'orifice de l'autre, «comme le fil de laine dans le chas de l'aiguille»).

Ainsi, à partir de la fin du VIII^e siècle, ces juristes, développent en même temps deux statuts pour l'acte du peuple de Lot (sodomie), similaires quant à la catégorie juridique (relations sexuelles illicites), mais différents par la nature de la sanction (peine fixée par Dieu ou établie par les hommes). Si l'interdiction est unanime (*iğmāʿ*), le désaccord se situe uniquement au niveau du cadre

¹⁵ Abū Ḥanīfa (m. 767) et Mālik b. Anas (715-795) sont considérés comme les fondateurs des écoles juridiques ḥanafite et mālikite. Sur la formation des écoles juridiques, la construction du corpus des hadiths, etc. voir Schacht, *Introduction*, pp. 26-62, 97-99, 69-75, 165-173. Voir aussi son résumé de la constitution des corpus de la tradition et des jurisprudences du *fiqh* dans «*Fikḥ*» *EF*.

¹⁶ Abū al-Walīd al-Bāḡī (403/1012-474/1082), *al-Muntaqā, šarḥ al-Muwattaʿ*, Le Caire, Maṭbaʿat as-Saʿāda, 1332/1914. Consulté sur le site <http://hadith.al-islam.com>, p. 1298.

juridique à l'intérieur duquel ces actes doivent être punis : la peine fixe (*ḥadd*) relève d'un cadre juridique « sacré », institué par Dieu ; la peine discrétionnaire (*ta'zīr*) relève d'un cadre juridique mis en place par les hommes. Dans le premier cas, le juge ne peut qu'appliquer la peine prescrite par Dieu si les preuves sont réunies. Dans le second cas, le juge a toute latitude pour fixer la peine (abandon des poursuites, remontrances, amende, prison, coups de fouet ou exil) en tenant compte, notamment, du statut social du prévenu¹⁷.

Deux corpus majeurs, interprétés différemment par les deux écoles juridiques, vont justifier leurs positions respectives : le Coran avec les versets relatifs aux turpitudes du peuple de Lot ; les hadiths auxquels sont attribués un statut jurisprudentiel et la première jurisprudence établie notamment par Abū Bakr (1^{er} calife, 632-634).

Coran, Hadith et l'acte de sodomie

Les versets qui traitent des pratiques sexuelles du peuple de Lot sont classés dans une dizaine de sourates différentes¹⁸. Ils n'instituent aucune peine fixe (*ḥadd*), mais se contentent d'une condamnation générale des actes d'insoumission de ce peuple (débauche sexuelle en réunion publique, refus de donner l'hospitalité aux étrangers, viol des hommes étrangers à la cité, banditisme, consommation du vin, pratique du chant, etc.). Or cette « imprécision » posera d'autant plus de problèmes au législateur que le Prophète ne laisse ni jurisprudence ayant pour objet les actes de sodomie, ni exégèse sur les pratiques sexuelles évoquées dans ces versets¹⁹.

¹⁷ Il faut deux témoins pour constater l'acte sexuel anal chez les Ḥanafites. Il faut aussi que leur témoignage spécifie qu'ils ont vu l'organe de l'un dans l'orifice de l'autre.

¹⁸ Ce sont les versets des sourates al-A'rāf (VII, 78-81) ; Hūd (XI, 79-84) ; al-Ḥiğr (XV, 58-77) ; Les prophètes (XXI, 74-75) ; Les poètes (XXVI, 160-175) ; La fourmi (XXVII, 55-59) ; L'araignée (XXIX, 27-34) ; Les rangs (XXXVII, 127-132) ; Šād (XXXVIII, 12-13) ; Qāf (L, 13) ; La lune (LIV, 33-40), *Le Coran*, trad. Kazimirski, Manchecourt, 2002, pp. 137-138, 198, 232-233, 298, 347-348, 357, 374, 426, 431, 503, 521-522). Ces versets relatent comme on le sait les turpitudes du peuple de Lot et décrivent ses forfaits. L'ensemble des « délits » est aggravé par leur incroyance en Dieu. Après des avertissements répétés, les cités rebelles (Sodome, Gomorrhe et deux autres villages plus petits) sont détruites. Aucun habitant de cette région, à l'exception de Lot et de ses deux filles, n'échappe à la sanction. La question de la sexualité et du viol des étrangers n'est pas abordée dans chacune des treize occurrences. Voir aussi Schmitt, « Liwāṭ », pp. 60-64.

¹⁹ Les traditionnistes ainsi que les exégètes des IX^e-XI^e siècles ne rapportent qu'un seul hadith : « quelles actions illicites (*munkar*) le peuple de Lot pratiquait dans ses réunions (*nādihim*) ? » (notre traduction). Or la réponse du Prophète n'évoque pas la sexualité, mais que le peuple de Lot jetait des pierres aux étrangers et s'en moquait (*yasharūn*). Voir l'exégèse d'al-Ṭabarī (*al-Gāmi'*, XI, p. 145), Aḥmad b. Ḥanbal (164/781-241/856), *Musnad al-Imām Aḥmad b. Ḥanbal*, éd. Muḥammad 'Abd al-Salām 'Abd al-Šafi, Beyrouth, Dār al-Kutub al-'ilmiyya, 1993, VI, p. 450.

Mālik b. Anas ainsi qu'un grand nombre de juristes et d'exégètes de cette époque estiment que les versets en question, même s'ils ne recommandent pas de peine fixe (*ḥadd*), sont une claire indication aussi bien pour l'interdiction, que pour la sanction de la sodomie dans le cadre des peines fixées par Dieu (*ḥudūd*). Ils se réfèrent notamment aux supposées consultations juridiques (*fatwā*) d'Ibn 'Abbās²⁰.

Abū Ḥanīfa, nous l'avons vu, précise que si Dieu avait eu la volonté de punir cette pratique sexuelle par des peines fixes (*ḥudūd*), il l'aurait énoncée comme il l'a fait pour la consommation de l'alcool, le vol, les relations hétérosexuelles illicites (*zinā*), etc. Et il se réclame d'un hadith du Prophète qui assure qu'un musulman ne doit subir une peine fixe (*ḥadd*) qu'en vertu d'un texte clair du Coran ou du Prophète (*naṣṣ*) ou par un consensus (*iğmā'*). Or, ni le Coran ni le Hadith ne sont clairs sur cette question, et aucun consensus n'est établi. Les peines fixes sanctionnant la fornication (*zinā*), insiste Abū Ḥanīfa, ont été instaurées pour prévenir les nuisances graves et les désordres qui en résultent (confusion quant à la filiation biologique; perte financière pour les femmes, le montant de la dot pouvant être lié à leur virginité). Or, souligne-t-il, l'acte de sodomie ne détermine pas cette catégorie de problèmes. Il n'y a donc pas lieu de le prévenir avec cette catégorie de sanctions. Il faut le punir dans le cadre des peines discrétionnaires (*ta'zīr*) conclut-il²¹.

Au XI^e siècle, la position d'Ibn Ḥazm, juriste andalou et principal théologien de l'école juridique zāhirite, révèle que, trois siècles après cette controverse, l'exégèse des sourates à laquelle se réfèrent les tenants de l'application des peines fixes reste toujours en discussion²². En effet, Ibn Ḥazm, poussant

²⁰ Ibn 'Abbās, neveu et compagnon du Prophète, exégète et jurisconsulte du VII^e siècle, considéré comme le plus grand savant de la première génération des musulmans, recommande de lapider le sodomite quel que soit son rôle sexuel (actif ou passif) et son statut matrimonial (célibataire ou marié). Selon Claude Gilliot, la figure d'Ibn 'Abbās appartient plus au mythe qu'à l'histoire (« Portait "mythique" d'Ibn 'Abbās », *Arabica*, XXXII (1985), pp. 127-184).

²¹ Voir Ibn al-'Arabī, *Aḥkām al-Qur'ān*, éd. 'Alī l-Biğāwī, Beyrouth, Dār Iḥyā' al-Turāt al-'Arabī, 2001, III, pp. 269-271 ; al-Saraḥsī, *al-Mabsūṭ*, Beyrouth, Dār al-Kutub al-'ilmiyya, 1993, IX, pp. 77-78 ; Abū Bakr al-Ğaṣṣās, *Aḥkām al-Qur'ān*, éd. Muḥammad al-Ğādiq Qamḥāwī, Beyrouth, Dār Iḥyā' al-Turāt al-'Arabī, 1405 H. Pour al-Ğaṣṣās, voir le texte en ligne (<http://feqh.alislam.com/Display.aspMode=1&DocID=7&MaksamID=368&ParagraphID=1393&Sharh=0&HitNo=3&Source=1&SearchString=G%24201%23%E1%E6%D8%230%231%230%23%23%23%23%23>).

²² Ibn Ḥazm est l'auteur d'*al-Muḥallā*, une synthèse des fondements du droit (*uṣūl al-fiqh*), de la théologie, ainsi que des divergences entre les écoles juridiques. Il y reprend l'ensemble des arguments relatifs à l'acte de sodomie développés par ses prédécesseurs, pour les réfuter. Ainsi nous restitue-t-il les différentes positions sur cette question, et leurs justifications.

sur ce point l'analyse plus loin qu'Abū Ḥanīfa²³, conteste que la destruction de Sodome ait eu pour seule origine la sexualité de ses habitants. C'est leur incroyance qui est principalement punie, affirme-t-il en réfutant l'ensemble de l'approche exégétique²⁴. Selon lui, c'est bien dans le cadre de l'insoumission à Dieu (*ʿiṣyān Allāh*) que ses prédécesseurs ont analysé les relations sexuelles entre hommes, mais sans que ces derniers aient explicité le lien avec l'incroyance. Ibn Ḥazm conduit sa démonstration par analogie avec l'histoire des autres peuples ayant subi les mêmes sévices que le peuple de Lot. Le sodomite, conclut-il, ne doit être puni par la mort que s'il proclame son apostasie²⁵.

On voit ainsi que ces dizaines de versets du Coran sur l'acte de sodomie entre hommes ne permettent pas d'instituer une norme juridique unique, comme, par exemple, pour les relations sexuelles illicites entre un homme et une femme (*zinā*)²⁶. Notons par ailleurs qu'à cette époque, aucun statut global de la sexualité n'est évoqué par les exégètes : nulle référence à sa fonction procréative (qui s'exprimerait, par exemple, par la crainte de l'anéantissement de l'espèce humaine) ou à une norme naturelle²⁷. La principale préoccupation est en lien avec l'ordre public : l'insoumission à Dieu (*fisq*) et le désordre (*fitna*).

Quant aux hadiths, il en existe plusieurs qui condamnent la sodomie (*ʿamal qawm Lūt*). Ils sont rapportés par quatre des six recueils canoniques du Hadith. Al-Buḥārī et Muslim les ont ignorés.

Un hadith en particulier est habituellement cité par les Mālikites, Šāfiʿites et Ḥanbalites pour justifier la sanction de la peine de mort : « Si vous trouvez

²³ Abū Ḥanīfa admet l'interprétation qui considère l'anéantissement du peuple de Lot comme une punition infligée au sodomite. Il refuse néanmoins de prescrire la peine de mort, du moment que les versets ne l'ont pas spécifié clairement.

²⁴ Les sourates relatives aux forfaits du peuple de Lot s'insèrent dans une scansion précédée ou suivie de la mention de deux autres peuples, punis de la même manière que lui : les Thamoudéens, peuple du Prophète Šāliḥ, et les habitants de la forêt de Maydān, peuple du Prophète Šuʿayb. Voir les mêmes sourates mentionnées ci-dessus, *Le Coran*, trad. R. Blachère, pp. 137-138, 198-199, 233, 345, 348-349, 356, 374-375, 520-521.

²⁵ Ibn Ḥazm (384/995-456/1064), *al-Muḥallā bi-l-āṭār*, éd. ʿAbd al-Ġaffār Sulaymān al-Bandārī, Beyrouth, Dār al-Kutub al-ʿilmiyya, 1988, XII, pp. 394-395. Voir aussi l'article de C. Adang, « Ibn Ḥazm on Homosexuality », *al-Qanṭara*, XXIV/1 (2003), pp. 5-31. Elle y présente et analyse le chapitre qu'Ibn Ḥazm consacre à l'acte de sodomie (*ʿamal qawm Lūt*) dans *al-Muḥallā*.

²⁶ Juriste ḥanafite, al-Ġaṣṣās élabore au X^e siècle une nouvelle exégèse du Coran où ne sont commentées que les sourates auxquelles les ḥanafites attribuent une valeur juridique, instituant des recommandations ou des peines fixes. Les versets relatifs aux forfaits du peuple de Lot en sont absents. Voir al-Ġaṣṣās, *Aḥkām*.

²⁷ Il y a quelques exceptions plus tardives : l'exégète mālikite al-Qurṭubī, au XIII^e siècle, inclut la procréation en argument « additionnel » à son argumentaire légitimant l'interdiction de l'acte de sodomie (*Tafsīr al-Qurṭubī*, Le Caire, Dār al-Šaʿb, s.d., XIII, p. 341).

deux hommes pratiquant l'acte du peuple de Lot [sodomie], tuez (*uqtulū*) celui qui a un rôle sexuel actif (*al-fā'il*) et celui qui a un rôle sexuel passif (*al-maf'ul bihi*) »²⁸.

Néanmoins, tout comme pour les versets coraniques, les exégètes des hadiths n'associent pas l'interdiction à un détournement de la sexualité: pas plus de référence ici qu'ailleurs à une crainte de la dénatalité. Seule la désobéissance à Dieu et l'insoumission aux prescriptions (*fisq*) représentent des arguments déterminants pour justifier l'interdit²⁹.

Le premier sodomite jugé et la première jurisprudence

La tradition retient que les premiers jugement et condamnation d'un sodomite musulman sont attribués au successeur du Prophète, Abū Bakr : Ḥālid b. al-Walid, au cours de sa campagne contre l'insurrection de l'une des tribus de la péninsule Arabique, sollicite des instructions sur le cas de Šuġā' b. Warqā l-Asadī accusé de se faire prendre comme les femmes (*yunkaḥu kamā tunkaḥu l-nisā*). Abū Bakr interroge les compagnons du Prophète: ils lui suggèrent la lapidation (peine qui sanctionne l'adultère), et seul 'Alī b. Abī Ṭālib considère qu'il mérite le bûcher. La position de 'Alī est relatée dans deux versions différentes. Dans la première, il argue que Dieu a détruit le peuple de Lot pour cette action immonde (*fi'la šanī'a*). Il s'agit, d'après lui, d'une apostasie (*kuf*). Dans la seconde, 'Alī b. Abī Ṭālib met en avant une tout autre catégorie

²⁸ Traduit par nos soins, voir Ibn Māġa (207/823-275/889), *Sunan Ibn Māġa*, éd. Muḥammad Fu'ād 'Abd al-Bāqī, Beyrouth, Dār al-Fikr, s.d., II, p. 856. Le Prophète n'a jugé aucun litige ayant pour objet les relations sexuelles entre hommes. C'est du moins un fait qu'aucun exégète ou juriste ne conteste (Ibn Qayyim al-Ġawziyya, *Zād al-Mā'ād fi ḥudā ḥayr al-'ibād*, éd. Šu'ayb al-Arna'ūt et 'Abd al-Qādir al-Arna'ūt, Beyrouth, Mu'assasat al-Risāla, 1987, V, pp. 40-41). Notons que les chaînes de transmission de la dizaine de hadiths recensés sont faibles (Abū Dāwūd (202/818-275/889), *Sunan Abi Dāwūd*, éd. Badr al-Dīn Ġitīn 'Ār, Istanbul, Dār al-Dā'wa, 1992, IV, 607-608; Ibn Māġa, *Sunan*; al-Tirmidī (209/825-279/893), *Sunan al-Tirmidī: al-Ġāmi' al-Šāḥiḥ*, éd. 'Abd al-Raḥmān Muḥammad 'Uṭmān, Beyrouth, Dār al-Fikr, 1983, III, pp. 8-9; Ibn Ḥanbal (164/781-241/856), *Musnad al-Imām Aḥmad b. Ḥanbal*, éd. Muḥammad 'Abd al-Salām 'Abd al-Šāfi, Beyrouth, Dār al-Kutub al-'ilmiyya, 1993, I, pp. 286, 391, 402, 412, 413.

Par ailleurs, Ibn Ḥazm n'accorde aucune valeur jurisprudentielle à l'ensemble de ces hadiths qui traitent de l'acte de sodomie. Il souligne justement la question de la fragilité de leurs chaînes de transmission (*al-Muḥallā*, XII, pp. 392-394). Les Mālikites, les Šāfi'ites et les Ḥanbalites, eux, ne tiennent pas compte de ces réserves. Ils justifient la légitimité de la peine de mort contre l'acte de sodomie en évoquant ces hadiths, auxquels ils accordent ainsi une valeur juridique destinée à perdurer (al-Tirmidī, *Sunan*, p. 9; al-Šāfi'ī, *Kitāb al-Umm*, éd. Muḥammad Zuhri l-Naġġār, Beyrouth, Dār al-Ma'rifa, s.d., VII, p. 183).

²⁹ Dans les exégèses canoniques, l'argument de la procréation n'est pas utilisé. Par ailleurs, seules quelques exégèses de hadiths, plus tardifs, comme 'Abd al-Ra'ūf al-Manāwī, par exemple, utilisent l'argument de la procréation (*Fayḍ al-Qadīr*, Le Caire, al-Maktaba l-Tiġāriya l-Kubrā, 1356 H, VI, p. 226).

d'arguments. D'après lui, «les bédouins (*a' rāb*) craindraient plus la célébrité qui découlerait d'une peine exemplaire que la peine en elle-même. Exécuter le coupable simplement dans le cadre d'une peine fixe (*ḥadd*) ne les impressionnerait pas». Aussi conseille-t-il le bûcher comme peine exemplaire³⁰.

Soulignons que durant cette courte période, les deux années du califat de Abū Bakr, le bûcher n'est pas une sanction spécifique réservée aux sodomites. La tradition rapporte que cette punition s'applique à de nombreux actes considérés comme une rébellion³¹. Al-Fağā'a, un opposant à Abū Bakr, subira le même traitement que Šuğā' : il est condamné au bûcher pour rébellion, brûlé comme apostat (*kāfir*), en même temps que Šuğā' le sodomite.

Questions à propos de la première jurisprudence

Plusieurs éléments attirent l'attention, à propos de la tradition de cette première jurisprudence. D'abord, les compagnons du Prophète édictent leur sanction sans se réclamer de l'autorité du Prophète et sans mentionner de hadiths jurisprudentiels. Seul leur jugement, articulé aux versets qui relatent l'insoumission du peuple de Lot, suffit pour recommander les sévices, à partir du moment où la sodomie est considérée comme une insoumission. Notons par ailleurs le peu de précision de la procédure visant à établir la culpabilité du sodomite : il n'y a pas plus d'indications sur le nombre de témoins que sur un éventuel aveu³².

Sont donc sujets à controverse les versets relatifs aux forfaits du peuple de Lot aussi bien que les hadiths jurisprudentiels et la jurisprudence établie par les compagnons du Prophète. Zones d'ombre et hésitations accompagnent le

³⁰ Les événements relatifs à la première jurisprudence établie par Abū Bakr sont relatés par al-Ğāḥiẓ dans l'épître *Mufaḥḥarat al-Ğaw āri wa-l-ġilmān, Rasā'il al-Ğāḥiẓ*, éd. 'Abd al-Salām Muḥammad Hārūn, Le Caire, Maktabat al-Ĥānġī, s.d., II, pp. 100-101 ; Ibn Ḥazm, *De l'amour et des amants. Ṭawq al-Ḥamāma fī l-ulf wa-l-ullāf*, trad. de l'arabe G. Martinez-Gros, Paris, Sindbad, 1992, p. 225 ; Ibn Ḥazm, *al-Muḥallā*, XII, pp. 388-392 ; Ibn al-'Arabī, *al-Aḥkām*, III, p. 438 ; al-Bāġī, *al-Muntaqā*.

³¹ Les historiens arabes rapportent que la succession du Prophète se déroule dans des conditions difficiles. Abū Bakr consacre la majeure partie de son califat à réprimer les mouvements politico-religieux et sécessionnistes qui se déclenchent à la mort de Muḥammad (période appelée la *riḍḍa*, apostasie). Pour rétablir l'ordre, il n'hésite pas à utiliser la menace d'apostasie (*takfir*) pour le moindre manquement au dogme : ne pas faire sa prière, ne pas payer l'impôt légal (*zakāt*), ne pas jeûner pendant le ramadan, etc.

³² La tradition de cette jurisprudence n'a pas été retenue dans l'ensemble des recensements des sources canoniques (*Sunan*). Si le supplice infligé à al-Fağā'a, le rebelle, est répertorié dans al-Buḥārī (194/810-256/870), *Šaḥiḥ al-Buḥārī*, éd. Muṣṭafā Dīb al-Buġā, Beyrouth, Mu'assasat al-Ḥadāmāt li-l-Ṭibā'a, 1980, III, p. 1098, et a rencontré un large consensus chez les traditionnistes, celui de Šuğā' le sodomite, l'est moins : Muslim et Buḥārī ne le mentionnent pas.

statut de l'acte du peuple de Lot (sodomie)³³, attestant d'un statut non précisé au moins jusqu'à la fin du VIII^e siècle : les sodomites sont, peut-être, exécutés sur dénonciation, d'abord par le bûcher, ensuite par lapidation aux VII^e-VIII^e siècles³⁴.

La formation d'un consensus

En somme, si l'on suit les traditions rapportées et les statuts finalement retenus pour qualifier les sodomites, on constate que l'accusation d'apostasie, évoquée dans un premier temps, est délaissée au profit de l'insoumission aux prescriptions de Dieu (*fisq*)³⁵. Dans la seconde moitié du VIII^e siècle, Mālik b. Anas et Abū Ḥanīfa, tout comme l'ensemble des juristes qui leur succèdent, en tirent les conséquences juridiques : la sodomie est interdite, mais le sodomite n'est pas un apostat.

Abū Yūsuf³⁶, cité par al-Saraḥsī³⁷, explicitera la nature de l'interdit. Il insiste sur la nature commune des deux orifices (vagin, anus) que seul un interdit juridique peut opposer : « Le devant (*al-qubul*) et le derrière (*al-dubur*) sont chacun un organe sexuel (*farg*) qu'il faut, juridiquement (*šar'an*), couvrir avec

³³ Quelques exécutions sont rapportées pour la période umayyade : 'Abd Allāh b. al-Zubayr, gouverneur de la Mecque, exécute sept sodomites : quatre hommes mariés sont lapidés, et trois hommes célibataires reçoivent cent coups de fouet chacun. Ici la peine est similaire à celle des relations sexuelles illicites (*zinā*). Par ailleurs, aux VII^e-VIII^e siècles, trois califes umayyades (Marwān b. 'Abd al-Malik, 'Umar b. 'Abd al-'Azīz, Hišām b. 'Abd al-Malik) exécutent des sodomites par lapidation. Certaines versions mālikites tardives, à propos de ces exécutions, affirment qu'ils ont, tous, été brûlés comme Ṣuḡā' ; voir al-Bāḡī, *al-Muntaqā* et Ibn al-'Arabī, *Aḥkām*, p. 438. Outre l'absence de détails quant à l'identité des « coupables », le point commun entre ces jurisprudences est l'imprécision de la procédure qui établit leur culpabilité. Pas plus que celle établie par Abū Bakr, ces jurisprudences ne sont rapportées dans *al-Muwatta'* de Mālik, ni *al-Umm* d'al-Šāfi'i, ni dans les six recueils canoniques. Ibn Ḥazm en conteste l'authenticité (*al-Muḥallā*).

³⁴ Ces traditions sont considérées comme des constructions du *fiqh* (voir Schacht, *Introduction*), d'où l'incertitude quant à la réalité historique des événements évoqués. Pour l'élaboration du statut juridique de l'acte de pénétration anale, *'amal qawm Lūṭ*, dans l'ensemble des écoles juridiques musulmane, voir l'étude détaillée de Schmitt, « Liwāt » ; pour l'école juridique ḥanafite plus particulièrement, voir aussi K. El-Rouayheb (*Homosexuality*, pp. 111-150).

³⁵ Voir Ibn Ḥazm, *al-Muḥallā*, XII, pp. 388, 393. Il y critique les premières consultations juridiques et indique clairement que le sodomite est un *fāsiq* et qu'il ne peut être considéré comme un apostat.

³⁶ Abū Yūsuf Ya'qūb b. Ibrāhīm (m. 183/ 799) est un disciple de Abū Ḥanīfa. Il est aussi le premier à occuper le poste de Grand Juge (*Qāḍī l-Quḍāt*) au moment de sa création par le calife Hārūn al-Rašīd. Sa position est rapportée par al-Saraḥsī, *al-Mabsūṭ*, Beyrouth, Dār al-Kutub al-'ilmiyya, 1993, IX, p. 78.

³⁷ Al-Saraḥsī est un important juriste ḥanafite du XI^e siècle. Il vécut en Transoxiane. Certains de ses écrits juridiques sont restés des textes de référence pour l'école ḥanafite jusqu'au XIX^e siècle. Voir *EP*.

un vêtement. Et chacun des deux est par nature (*ṭab'an*) désiré au point que celui qui ne connaît pas l'interdit juridique (*al-ṣar'*) ne fait aucune différence entre les deux. Les deux endroits, le devant et le derrière, sont désirés naturellement (*ṭab'an*) parce qu'ils ne sont pas dissemblables pour ce qui est de la chaleur (*al-ḥarāra*) et de la douceur (*al-luyūna*) »³⁸.

Quel que soit le sexe biologique du partenaire sexuel, son orifice est désirable. C'est la constitution organique (moiteur et douceur) qui rend ces orifices (anus et vagin) naturellement désirés³⁹. L'interdit n'est donc que d'ordre juridique (*ṣar'an*). Il est lié à une réglementation de la sexualité qui trouve sa légitimité non dans une loi originelle qui se réfère à la Nature mais dans une proscription divine⁴⁰. La Nature serait, par conséquent, le désordre que la loi de Dieu vient ordonner.

Un consensus se forme donc à partir de la fin du VIII^e siècle pour sanctionner l'acte du peuple de Lot (sodomie) dans le cadre des relations sexuelles illicites (avec peines fixes ou discrétionnaires), et non pas dans un cadre juridique créé spécifiquement pour les relations sexuelles entre hommes. Cela

³⁸ Traduit par nos soins, al-Sarahsī (*Mabsūt*). Cet argumentation n'est pas une spécificité de l'école juridique hanafite. Des juristes, comme le šāfi'ite F. al-Rāzī, *al-Taḥṣīn al-Kabīr*, Beyrouth, Dār al-Fikr, 2005, VIII, p. 131, l'utilisent. Mohammed Benkheira, *L'amour*, p. 300, souligne cet argument d'al-Rāzī quand il expose la position du *fiqh* à propos des relations sexuelles entre les hommes et les animaux : « La bestialité remet en question la frontière fondatrice, celle qui sépare l'homme de la bête. Malgré cela, ce crime n'est pas tenu pour aussi grave que le *zinā* ou l'homosexualité ». Soulignant qu'al-Rāzī déclare : « Le châtement a été institué pour réprimer les penchants de l'âme, or elle [l'âme] ne penche pas pour un tel acte », il ajoute : « Autrement dit, si la bestialité n'est pas traitée avec la même sévérité que les crimes sexuels, c'est parce qu'elle se situe hors du champs de la normalité. C'est donc une aberration dont la Loi n'a pas à se soucier beaucoup. Mais si on lit attentivement ce qu'écrit Rāzī, on ne peut alors s'empêcher d'établir un rapport avec le statut de l'homosexualité masculine : celle-ci serait punie sévèrement, car elle constituerait réellement un penchant de l'âme ? S'agit-il de la reconnaissance par le *fiqh* d'une pulsion homosexuelle ? ». Voir aussi la suite de son développement, *L'amour*, pp. 301-305.

³⁹ Pour les *fugahā'*, le coït anal met en contact la verge avec le *mauḍī' al-adā* et expose à une souillure à laquelle l'homme répugne « naturellement ». Il n'est évidemment pas question ici d'une « nature » de l'hétérosexualité *versus* contre-nature de l'homosexualité, mais de deux « naturels » qui s'affrontent : le « naturel » de désirer l'anūs car chaud et doux donc pénétrable au même titre que le vagin ; le « contre naturel » de désirer l'anūs car lieu de souillure (fécale).

⁴⁰ Existe-t-il une similitude entre le *liwāt* pratiqué entre hommes et celui entre un homme et une femme ? Incontestablement, répondent les juristes, si le rapport charnel est consommé hors cadre juridique licite. Que le partenaire soit de sexe féminin ou masculin, l'acte de sodomie est puni pareillement ; les juristes ne hiérarchisent pas le délit en fonction du sexe biologique du partenaire sexuel. Mais la sodomie des épouses ou des concubines fait elle l'objet d'un vaste débat, autour d'un tout autre verset coranique que celui qui interdit la sodomie entre hommes. Question qui montre à quel point, juridiquement, la sexualité était déconnectée de l'impératif de procréation (voir notre mémoire de D.E.A. sous la direction de J. Dakhliā : *Le sodomite et l'efféminé dans l'Islam des IX^e-X^e siècles. Statuts juridiques et représentations sociales*, Paris, EHESS, 2005, pp. 37-43. Voir Aussi K. El-Rouayheb, *Homosexuality*, p. 123).

procure une double assurance au sodomite. D'une part, la garantie d'une procédure explicite pour dénoncer l'acte de pénétration (quatre témoins musulmans, majeurs, libres et intègres). D'autre part, la non application de la peine de mort pour ceux dont les actes ne peuvent être établis par des témoins : toute accusation ou insulte qui ne s'appuie pas sur quatre témoins est punie comme calomnie (quatre-vingts coups de fouet). De la sorte, il devient quasi impossible de faire exécuter un sodomite sur simple dénonciation. D'une manière implicite, la peine de mort est écartée⁴¹.

1.2 *L'insoumis (fāsiq), la désobéissance et l'ordre public*

Les juristes justifient les sanctions contre la sodomie principalement en évoquant la désobéissance (*ʿiṣyān*) et son corollaire, l'insoumission (*fisq*). Leur position est claire : le sodomite (*lūṭī*) ne peut être accusé d'apostasie. Il s'agit seulement d'un musulman qui désobéit à l'une des proscriptions de Dieu (comme celles de la consommation du vin, des relations sexuelles illicites, de l'irrégularité des prières, etc.) : un insoumis (*fāsiq*). Faut-il voir dans l'approche des juristes la seule volonté, pragmatique, de préserver la paix sociale, d'éviter les conflits et les risques de dissension ? Quelle est leur volonté : prévenir et punir des actes sexuels entre personnes de même sexe, ou prévenir et punir la publicité de ces pratiques ? L'analyse du concept d'insoumission nous donnera une première indication. Nous verrons ensuite ce qu'il faut comprendre de l'analogie juridique entre la sodomie et la sexualité licite.

⁴¹ Du fait de l'impossibilité d'appliquer des peines fixes, l'ensemble des écoles juridiques appliquaient possiblement des peines discrétionnaires pour les actes charnels entre hommes, sous la dénomination *mubāshara*, et non pas *'amal qawm Lūṭ* (ces actes ne nécessitent que deux témoins). La *mubāshara*, terme non défini avec précision dans les livres du *fiqh*, est souvent utilisée pour désigner deux personnes ayant des relations charnelles sans préjuger de la pénétration (cela peut aussi désigner une caresse, un baiser, ou même le simple regard avec désir). D'un point de vue juridique, dans le cadre de la sexualité illicite, cela concerne probablement tout couple illicite surpris dans une situation suspecte (dans un lieu isolé et sans vêtements par exemple ; deux personnes de même sexe surpris, nus, sous la même couverture ; deux personnes pratiquant le coït intercrural, *taḥḥid*, etc.) sans que l'on puisse prouver juridiquement la pénétration (défaut des quatre témoins, refus d'aveux, etc.). Toutefois, C'est une question qui n'est pas détaillée dans les livres du *fiqh*, et pour en circonscrire le sens et le cadre d'application cela nécessite une véritable étude. Par ailleurs, nous ne disposons pas d'archives de l'administration judiciaire de cette époque, et nous ne connaissons ni la fréquence ni la manière dont étaient mises en oeuvre les punitions des délits concernant la sexualité entre hommes. Signalons néanmoins un article récent de Christian Müller, « L'assassinat du savant Abū Marwān al-Ṭubnī : drame familial et judiciaire », *Al-Qanṭara*, 2 (2005), pp. 425-448. Il y reconstitue l'enquête menée par les autorités policières, ainsi que les discussions des juristes mālikites sur les peines à infliger dans le Cordoue du XI^e siècle. Il est vrai que le délit n'est pas d'ordre sexuel, mais cette étude de cas constitue cependant une indication sur la manière dont le doute peut profiter aux accusées dans le cadre d'un délit qui relève de la peine fixe.

1.2.1. Le concept d'insoumission (fisq)

Définition du *fisq*

Le *fisq* a un sens composite bien plus large qu'une dimension simplement morale. Si les ouvrages du *fiqh* ne définissent pas le sens de ce concept mais se contentent d'aborder le statut du *fāsiq*⁴² dans plusieurs rubriques des *uṣūl* et des *furū*⁴³, chez les exégètes du Coran, en revanche, le sens est plus explicite.

Le *fisq* dans l'exégèse du Coran.

C'est au fait de déborder une limite spatiale qu'al-Ṭabarī attribue l'origine du mot *fisq*. Les Arabes, souligne-t-il, désignent le fait d'outrepasser une limite (*ḥurūḡ 'an al-ṣay'*) par *fasaqa*, c'est la raison pour laquelle la souris est qualifiée de *fuwaysiqā* : elle sort de son espace propre, terrier (*ḡuḥr*), pour aller gâter les affaires des gens. Par analogie, poursuit al-Ṭabarī, le dissimulateur (*munāfiq*) ou l'infidèle (*kāfir*) ont été appelés *fāsiqūn*, car ils ont transgressés les limites posées par Dieu en refusant de lui obéir (*li-ḥurūḡihimā 'an ṭā'at Allāh*)⁴⁴. Par ailleurs, le terme de *fisq* est souvent associé à un autre terme : *fāḥiṣā*⁴⁵. Selon al-Ṭabarī (*Ġāmi'*, IV, p. 85) *fāḥiṣā* désigne l'acte laid (*fī la qabiḥa*), qui transgresse ce que Dieu interdit. Il précise l'origine du *fuḥṣ* : la laideur (*qubḥ*) est liée au fait d'outrepasser les limites et la mesure (*ḥurūḡ 'an al-ḥadd wa-l-miqdār*) dans toute chose, et peut ainsi qualifier quelqu'un qui est trop grand : *fāḥiṣ al-ṭūl* : sa taille est « laide » parce qu'elle a dépassé la mesure convenue (*ḥaraḡa 'an al-miqdār al-mustaḥsan*). Ainsi la « laideur » d'une *fāḥiṣā* n'est pas seulement liée à l'acte en soi, mais aussi à son caractère excessif (*al-ḥurūḡ 'an al-miqdār al-mustaḥsan*). Notons enfin qu'aucun de ces termes – *fāḥiṣā* et *fisq* – n'est spécifique à la sexualité en particulier (acte de sodomie, adultère, fornication) ;

⁴² L'hésitation des exégètes quand au statut du *fāsiq* est en partie liée au fait que le terme *fāsiqūn* désigne, dans le Coran, aussi bien les polythéistes que les croyants. Des exégètes voient là une indication pour considérer tout musulman qui n'applique pas l'ensemble des prescriptions de Dieu comme un apostat (*kāfir*), position qui ne sera pas suivie. Un consensus (*iğmā'*) s'établira : la principale différence entre un musulman et un infidèle ne sera pas liée au respect des actes (prescrits ou proscrits), mais à la proclamation de la foi en l'existence de Dieu ; tant que la foi n'a pas été abjurée publiquement, et quels que soient les actes commis, le *fāsiq* sera traité et jugé en tant que musulman. Voir notamment le résumé de Gardet, « Fāsiḳ ».

⁴³ Voir les discussions dans les livres de *fiqh* quant à la valeur du témoignage d'un *fāsiq* (un témoin *fāsiq* doit-il être disqualifié du fait qu'il ne serait pas *'adl* ?), quant à la validité du jugement d'un juge *fāsiq* ou quant à la prière conduite par un *fāsiq*, etc.

⁴⁴ Al-Ṭabarī, *Ġāmi'*, I, pp. 182-183.

⁴⁵ Les deux termes qualifient aussi bien des actes punis par des peines fixes (*ḥadd*), comme les actes sexuels illicites, la consommation de vin, le banditisme, le vol, que des actes que Dieu menace de châtier le jour du Jugement et dont il n'a pas fixé de peine (la duplicité (*nifāq*), désobéir à ses parents (*uqūq*), etc.)

ils qualifient tous les actes de transgression (consommation du vin, vol, diffamation, *qadf*, etc.), quelle qu'en soit la nature.

Dans l'ensemble des commentaires regroupés par al-Ṭabarī, l'élément mis en avant dans la qualification de *fāsiq* est la rébellion (*ʿiyyān*) contre les obligations prescrites à celui qui a proclamé sa croyance en Dieu (*ʿabd Allāh*). Cette désobéissance (*hurūḡ ʿan al-ṭāʿa*) constitue une transgression de limites préalablement fixées⁴⁶.

Le *fisq* est donc la rébellion contre l'ordre de Dieu, par le fait de commettre des actes qu'il a proscrits (*hurūḡ ʿan amr Allāh wa-ṭāʿatihi ilā mā nahā ʿanhu wa-zaḡara wa-ilā mā šīyatihi*)⁴⁷. Mais *fisq* comme *fāhiṣa* désignent la transgression d'une limite convenue, et non d'une limite absolue⁴⁸. La portée de la transgression et la nature de la peine peuvent faire l'objet d'un débat.

Al-Saraḥsī nous aide à mieux circonscrire le sens juridique du *fisq* quand il l'utilise pour désigner les actes de non-musulmans. Si des non musulmans protégés (*ḍimmī*) vendent publiquement du vin ou de la viande de porc, ils commettent selon lui un acte de *fisq*, car vendre ces produits d'une manière ostentatoire signifie un manque de considération pour la loi musulmane et une rupture du pacte signé avec eux⁴⁹. Ainsi, selon al-Saraḥsī, ce n'est pas tant l'acte de vendre du vin ou du porc (qualifié de *fisq*) qui est en question, mais le caractère ostentatoire de la vente. Ce caractère ostentatoire implique une transgression des limites contractuelle, donc une insoumission. En général, les juristes n'insistent pas sur la dimension morale des actes⁵⁰.

Définition de l'espace autorisé

Ainsi la question de l'interdit associé au dépassement des limites fonde-t-elle la réflexion des juristes. Elle se retrouve explicitée notamment dans leur

⁴⁶ Muḡāhid b. Ḡabral-Maḥzūmī, *Tafsīr Muḡāhid*, éd. ʿAbd al-Raḥmān al-Sūrtī, Beyrouth, al-Manšūrāt al-ʿilmiyya, I, p. 102.

⁴⁷ Al-Ṭabarī, *Ġāmiʿ*, VI, p. 78.

⁴⁸ Soulignons l'absence ou la rareté d'arguments qui prohibent les actes en tant que mauvais en soi. Les actes sont d'abord envisagés dans leur relation avec un espace ou une limite convenue. Seule la préservation de l'ordre social implique certaines proscriptions. D'où la possibilité, pour les juristes et les exégètes de cette époque, d'envisager, au Paradis, l'accomplissement d'actes liées à la *šahwa* (désir charnel, envie de consommer du vin, etc.). Voir, à propos de l'utilisation sexuelle des éphèbes (*wildān*) au Paradis, Rouayheb, *Homosexuality*, pp. 128-136.

⁴⁹ Al-Saraḥsī, *Šarḥ Kitāb al-Sīyar al-kabīr li-l-Šaybānī*, Le Caire, éd. Ġāmiʿat al-Duwal al-ʿArabiyya, IV, p. 487. Nous avons consulté le livre sur le site al-Warrāq (<http://www.alwaraq.net/index2.htm?i=75&page=1>).

⁵⁰ Arno Schmitt (« Livāṭ », p. 55) remarque que même un moraliste comme al-Ġazālī ne met pas sur le même plan l'acte de sodomie et le le désir pour un jeune homme sans consommation. al-Ġazālī condamne par ailleurs moins sévèrement ce désir s'il s'exprime par le regard ou par le toucher.

manière d'envisager le vol. Selon que le voleur a pénétré un espace autorisé ou non autorisé, la peine encourue (amputation de la main) variera. Les juristes considèrent en effet que l'amputation de la main du voleur punit d'abord la violation d'un espace interdit. Le vol d'un objet subtilisé par un proche (parent, domestique, ou ami), donc autorisé à évoluer dans un espace donné, ne tombe pas sous le coup de la peine fixe (l'amputation). Dans ce cas précis, la responsabilité incombe d'abord au maître des lieux : il n'a pas fait preuve de discernement, puisqu'il a non seulement autorisé le voleur à approcher ses biens, mais l'a induit en tentation en ne mettant pas ceux-ci sous clef⁵¹.

Selon cette approche, ce n'est pas tant le vol qui est puni par la peine fixe (*ḥadd*), mais le vol dans le cadre de la violation d'une limite : l'espace dont l'accès est soumis à autorisation. Poussant donc ce raisonnement jusqu'au bout, certains juristes déconseillent l'amputation de la main pour un vol à l'arraché perpétré dans un lieu public : le voleur n'a violé aucun espace non autorisé⁵². Ainsi, la peine fixe (*ḥadd*) ne sanctionne pas spécifiquement un acte, mais un acte aggravé par la transgression d'une limite, notamment spatiale. La même nuance existe entre la sanction des délits commis en terre d'Islam (*dār al-islām*) et ceux commis à l'étranger (*dār al-ḥarb*) : de même que pour le vol, l'un des axes de réflexion des juristes est la limite spatiale comme élément déterminant pour évaluer l'échelle de nuisance⁵³.

Les témoins pour constituer un délit

C'est à cette organisation de l'espace que s'articule la règle des quatre témoins nécessaires à la preuve d'un acte sexuel illicite (fornication ou sodomie). Une telle exigence a-t-elle, en effet, seulement pour vocation de rendre le constat encore plus difficile ?

De fait, C'est la grande majorité des personnes susceptibles d'évoluer dans un espace privé qui se trouve d'emblée disqualifiée en tant que témoins. En effet, ceux-ci (obligatoirement mâles, majeurs, libres, musulmans, intègres) ne doivent pas être en situation de tirer un bénéfice de l'exécution de l'un des coupables⁵⁴.

⁵¹ Mālik (m. 179/796), *al-Muwatta'*, éd. Muḥammad 'Abd al-Bāqī, Beyrouth, Dār Iḥyā' al-Kutub al-'Arabiyya, s.d., pp. 526-527 ; al-Šāfi'i, *Umm*, VI, p. 151.

⁵² Mālik, *al-Muwatta'*.

⁵³ Les juristes considèrent un espace comme musulman si la loi musulmane s'y applique. Voir al-Šāfi'i, *Umm*, VIII, pp. 354-355) et al-Saraḥsī, *Šarḥ*, IX, p. 38. Par ailleurs, la réflexion autour du lien entre l'acte et l'espace où il se déroule n'est pas une spécificité ḥanafite ou mālikite, elle est posée dans toutes les écoles juridiques. Joseph Schacht, *Introduction*, p. 165, souligne que : « Le droit musulman ne prétend pas à une valeur universelle ; il est contraignant dans sa totalité pour les Musulmans sur les territoires des États islamiques, dans une moindre mesure en territoire infidèle et, pour les non Musulmans, seulement en territoire islamique et dans une mesure très limitée »

⁵⁴ Ḥalīd al-'Akk, *Mawsū'at al-Fiqh al-mālikī*, Damas, Dār al-Ḥikma, 1993, IV, pp. 67-71.

Se trouvent ainsi disqualifiés: les femmes libres (épouses ou parentes); les hommes libres susceptibles d'hériter ou de remplacer le condamné dans l'une des charges qu'il occupe (les parents, les ennemis ou les rivaux déclarés); les esclaves (y compris ceux potentiellement amants); les enfants mineurs, ou majeurs si héritiers. Ces quatre témoins deviennent, de fait, très improbables, quasi impossibles à réunir, d'autant plus que les musulmans libres peuvent difficilement circuler dans un espace privé sans s'annoncer; ils courraient alors le risque de violer justement cet espace soumis à autorisation préalable.

Il semble bien qu'en liant la sanction des actes à l'espace où ils sont commis, les juristes cherchent principalement à évaluer le trouble commis, que la sanction a pour fonction de prévenir⁵⁵.

C'est donc comme enjeu d'ordre public que la sodomie est précisément réglementée. Aussi doit-on s'attendre à ce que la sexualité dans son ensemble fasse elle aussi l'objet d'une réglementation détaillée.

1.2.2. *Sexualité et ordre public*

Ce sont en premier chef les relations sexuelles entre un homme et une femme qui feront l'objet d'une étude précise par les juristes. Le corpus validé par les traditionnistes (les hadiths et les jurisprudences établies par le Prophète à propos de la fornication) constitue l'un des modèles à partir duquel les juristes développent leur raisonnement. Et l'un de nos premiers constats, à propos de la plupart des cas de fornication jugés à Médine au VII^e siècle, est la réticence du Prophète à punir les fautifs. Trois cas l'illustrent⁵⁶.

Le premier cas concerne Mā'iz b. Mālik, le fornicateur: Mā'iz b. Mālik interpelle le Prophète dans la mosquée. Il lui annonce par quatre fois qu'il a forniqué et lui demande de le purifier. À chaque fois, le Prophète détourne la tête et fait semblant de ne pas avoir entendu l'aveu. Mais à la quatrième sermon, le Prophète questionne Mā'iz sur le sens du *zinā*: «Peut-être as-tu seulement embrassé ou caressé?». Mā'iz refuse de se rétracter. Le Prophète interroge ensuite ses proches sur sa santé mentale et son statut matrimonial. Ils répondent qu'il est sain d'esprit et qu'il n'est pas célibataire. Le Prophète ordonne alors de le faire lapider⁵⁷. À une autre occasion – deuxième cas –, une

⁵⁵ Cette approche transparaît aussi dans le statut juridique de l'esclave. Fornicateur ou sodomite, et quel que soit son statut matrimonial, il est exempté de la peine de mort et ne reçoit que cinquante coups de fouet, en lieu et place des cent coups prévus pour l'homme libre. C'est qu'il ne s'agit pas de pénaliser financièrement son maître, dans la mesure où l'insoumission d'un esclave est moins importante pour l'ordre public que la perte financière que représenterait sa mort. Les juristes laissent à leurs maîtres le soin de corriger ceux-ci.

⁵⁶ Cités par Abū Dāwūd, *Sunan*, IV, pp. 573, 590, Mālik, *al-Muwatta'*, pp. 414-416 et Muslim, *Ṣaḥīḥ*, *Ṣaḥīḥ*, 29, *Ḥudūd*, 22, III, pp. 1322-1323. Ces hadiths sont validés par l'ensemble des écoles juridiques.

⁵⁷ Muslim, *Ṣaḥīḥ*, 29, *Ḥudūd*, 20, III, p. 1320, traduit par nos soins.

femme, al-Ġāmidīyya, interpelle le Prophète et lui demande de la purifier⁵⁸. Il lui répond : « Invoque la miséricorde de Dieu et repens-toi auprès de lui (*istağfirī bi-llāh wa-tūbī ilayhi*) ». Elle n'en a cure et insiste : « Vous voulez m'obliger à revenir comme Mā'iz. Or je suis enceinte. C'est le fruit de la fornication. » Le Prophète lui recommande d'attendre jusqu'à l'accouchement et de revenir. Après celui-ci, elle renouvelle son interpellation. Il lui recommande d'allaiter son enfant et de revenir une fois qu'il aura été sevré. À son troisième retour, le Prophète hésite encore à lui appliquer la peine ; il lui ordonne de trouver un tuteur à son fils. Quand elle l'interpelle une quatrième fois, il la fait lapider⁵⁹. Apparaît clairement le point commun entre ces deux récits, validés par la tradition et le droit (*fiqh*) : la réticence du Prophète à entendre l'aveu des fautifs ; une réticence active, puisqu'il tente de les dissuader de persister dans leur aveu, et leur recommande de cacher leur forfait (*yastatir bi-satr Allāh*).

Cette réticence est encore plus explicite dans un autre cas de fornication. Un autre homme – notre troisième cas – avoue au Prophète qu'il a eu des relations sexuelles illicites avec une femme. Le Prophète ordonne qu'il soit fouetté et prévient que les musulmans doivent éviter d'enfreindre les interdits de Dieu ; mais si quelqu'un faillit, ajoute-t-il, il faut qu'il le cache (*yastatir bi-satr Allāh*). Autrement, s'il avoue : « Je lui ferai subir la sanction prévue à cet effet »⁶⁰. Ainsi, l'attitude du Prophète traduit clairement que l'acte en soi importe moins que ses conséquences. Ce n'est pas le délit effectif qui fait agir le Prophète, puisqu'il est disposé à faire semblant de n'avoir rien entendu. C'est l'aveu public et répété, associé à l'acte, qui constitue la violation d'une limite.

De même, le soupçon qui a pesé sur la fidélité de 'Ā'isha, l'épouse préférée du Prophète, éclaire l'approche du Prophète sous un autre angle. Le Prophète refuse d'y ajouter foi et de la condamner. Il hésite durant plusieurs semaines : son entêtement provoque les rumeurs. Le Prophète n'a donc que deux solutions pour ramener le calme : la séparation qu'il refuse d'envisager ou un signe de Dieu pour innocenter 'Ā'isha. C'est alors que lui sont inspirés les versets relatifs à l'accusation sans preuve des femmes vertueuses, qui innocentent

⁵⁸ Notons que la notion de purification (*ṭaḥīr*) par la sanction n'implique pas une sacralisation de la sexualité. La purification par la punition concerne tous les délits qui relèvent des peines fixées par Dieu (*ḥudūd*) sans distinction de catégorie (vol, alcool, sexualité illicite, banditisme, etc.). C'est la désobéissance à Dieu qui est punie (la punition purifie et octroi le pardon de Dieu). C'est elle seule qui motive la peine (al-Šāfi'i, *Umm*, VI, p. 138).

⁵⁹ Traduit par nos soins, al-Šāfi'i, *Umm*, II, p. 1323.

⁶⁰ Mālik, *al-Muwatta'a*, p. 518.

‘Ā’iṣā⁶¹. Or, ces versets indiquent clairement, que juridiquement, un acte sans témoin et sans aveu est un acte qui n’a pas eu lieu⁶².

1.2.3. *La discrétion: un fondement de l’ordre public?*

C’est donc la menace que fait peser sur son autorité l’aveu répété impuni ou l’accusation non démentie qui fait réagir le Prophète. En dehors de cette circonstance, il est disposé à ignorer le délit. L’acte en soi, seul, n’est pas suffisant : ce qui importe est sa publicité, et les conséquences de celles-ci. Aussi, lorsque al-Saraḥsī, au XI^e siècle, théorise les peines fixes (*ḥudūd*), il rappelle qu’elles ont été instituées pour prévenir le désordre (*fitna*). C’est la principale raison pour laquelle tous les délits qui n’en sont pas source ont été exemptés ; ils ne sont punis que d’une peine discrétionnaire. À propos d’un autre délit, l’apostasie des femmes par exemple, al-Saraḥsī ajustera la punition en fonction du degré de nuisance : les coupables ne doivent pas encourir la peine fixe prévue à cet effet (la mort) du fait que le désordre causé par leur acte est beaucoup moins grave que celui qui est causé par un homme libre. Il recommande une peine discrétionnairement fixée par le juge⁶³.

C’est, peut être, grâce à l’analyse du terme *fiṣq* (insoumission) comme violation des limites convenues que les juristes justifient leurs avis dans un cadre légal plutôt que moral : il s’agit de l’insoumission à Dieu par la désobéissance à l’un des interdits énoncés dans le Coran ou le Hadith. Cette catégorie comprend aussi bien le fornicateur et le sodomite, que le voleur et le buveur de vin⁶⁴. Mais l’insoumis demeure un musulman qui, s’il désobéit à l’une des

⁶¹ Traduit par nos soins. Muslim, *Ṣaḥīḥ*, III, pp. 2129-2138.

⁶² Joseph Schacht, *Introduction*, p. 161, souligne que « Le droit islamique de procédure n’institue pas tant sur la détermination d’une vérité objective que sur l’application d’une règle formelle ». Notons que Rowson « Categorization », p. 61, affirme en note, sans préciser ses références, que le *zinā*, parce que difficile à prouver, devait se régler souvent par une justice sommaire exécutée par les parents et les maris. De tels postulats sont problématiques. Si en effet dans certaines sociétés arabes contemporaines les questions du *zinā* et de l’honneur se règlent souvent par une justice sommaire, pour les sociétés médiévales une telle affirmation est moins évidente et mériterait une étude plus précise.

⁶³ Voir al-Saraḥsī, *Ṣarḥ* : les raisons pour lesquelles les *ḥudūd* ont été établis, ainsi que la justification de la règle des quatre témoins (IX, pp. 36, 37, 38) ; la différence entre *zinā* et ‘*amal qaum Lūṭ*’ (IX, pp. 78, 79) ; l’apostasie des femmes (X, p. 108). La principale différence entre peines fixes et peines discrétionnaires est d’ordre symbolique : l’une relève de la justice de Dieu, l’autre de celle des hommes ; les peines fixes purifient le fautif qui n’est plus comptable de ses méfaits devant Dieu ; les peines discrétionnaires ne punissent que les actes jugés néfastes par les hommes. En fonction des juristes, des écoles juridiques et des époques, les peines discrétionnaires sont d’ailleurs parfois aussi lourdes que les peines fixes. Par ailleurs, seuls les ḥanafites poussent le raisonnement aussi loin à propos du degré de nuisance, en dispensant les femmes de la peine de mort en cas d’apostasie.

⁶⁴ Al-Saraḥsī, *Ṣarḥ*, X, p. 108.

prescriptions, n'encourt pas pour autant systématiquement une sanction légale⁶⁵.

Ils tentent ensuite de proportionner la sanction en fonction de la nuisance des actes, évaluée en lien avec l'espace où le délit est commis. La réticence des juristes à intervenir dans l'espace privé ne doit pas être envisagée comme une volonté d'octroyer un espace de liberté aux musulmans. Une telle approche est étrangère aux préoccupations de cette époque; en évitant d'intervenir dans un espace privé, ils ne laissent pas cet espace sans règles: ils ne font que déléguer le soin de faire respecter les limites au chef de l'espace privé en question. Cela implique-t-il que le chef de la maison dispose de suffisamment de latitude et d'impunité pour pratiquer lui-même la sexualité qu'il désire? Quoi qu'il en soit, cette liberté n'est pas étendue à ceux qui se trouvent sous sa responsabilité, et dont il a le devoir de surveiller les actes. De ce fait, l'espace privé n'échappe pas vraiment aux normes édictées. Si les juristes, ou l'autorité, sont responsables de l'ordre public, chaque espace privé est sous la responsabilité de son maître⁶⁶.

Ainsi, dans un espace privé ou public, le sodomite demeure un insoumis (*fāsiq*) dont la désobéissance est sanctionnée d'une manière proportionnée à la nuisance causée par ses actes, et notamment à leur publicité.

Il est par ailleurs important de souligner que la difficulté de mettre en oeuvre l'application de la peine de mort ne signifie pas nécessairement une volonté de la part des juristes de créer des lois pour qu'elles ne soient pas appliquées. Mais plutôt qu'il existe un cadre précis à leur application, ce cadre n'étant pas lié au seul acte sexuel illicite, mais à la violation d'une limite spatiale ou contractuelle. Seule la conjonction des deux permet la mise en application de la peine fixe.

1.3 Sexualité et masculinité

Nous avons vu que la sexualité, pour les juristes, est considérée dans sa dimension sociale. La justification de la punition du sodomite, contrairement à ce qu'elle sera à l'époque contemporaine, ne s'appesantit pas sur la nature de la sexualité pratiquée, mais s'intéresse seulement au désordre créé par sa publicité. Pour comprendre cette approche, il est nécessaire d'interroger maintenant la place de la sexualité dans la détermination des genres sexuels (masculinité et féminité), notamment par l'analyse du lien entre filiation biologique, sexua-

⁶⁵ Ibn Ḥazm, *al-Muḥallā*, XII, p. 393, après avoir évoqué l'ensemble des polémiques sur cette question, affirme en conclusion que le *fāsiq* est un musulman.

⁶⁶ Al-Sarāḥī, *Šarḥ*, IX, p. 82.

lité, et par l'attribution juridique aux hommes de l'autorité dans le cadre du mariage (*ʿiṣmat al-nikāḥ*).

Autorité, filiation et sexualité

Pour les juristes musulmans, l'autorité (*ʿiṣmat al-nikāḥ*) est octroyée exclusivement aux hommes. Une femme est perpétuellement sous la tutelle d'un homme (parent, époux, ou tuteur désigné par les autorités), tutelle qui peut faire l'objet d'un transfert dans le cadre du mariage; l'argumentaire sur lequel celui-ci se fonde éclaire un aspect intéressant de la masculinité à l'époque médiévale: l'importance octroyée par les juristes à l'acte sexuel dans la caractérisation de la masculinité.

Les points de vue sont en effet partagés à propos des relations charnelles entre époux dans le cadre du mariage. Al-Saraḥsī résume assez bien les points d'accord et de divergence entre juristes de différentes écoles. Le mariage, précise-t-il, a deux objectifs: prévenir le désordre, en encadrant juridiquement la sexualité, et favoriser la procréation. C'est précisément la raison pour laquelle le contrat juridique a lieu entre un homme et une femme, et que l'une des conditions de sa confirmation étant la publicité qui en est faite. Le mariage secret est prohibé, en sorte de différencier le mariage régulier «de la fornication (*zinā*) qui, elle, requiert le secret»⁶⁷. Al-Saraḥsī énonce ensuite plusieurs autres conditions validant le contrat de mariage (*ʿaqd al-nikāḥ*)⁶⁸: notamment l'équivalence du statut social (*musāwāt*) entre les deux époux. La considération du statut social (la liberté, la religion, le niveau de richesse) précède en effet tout ce qui s'énonce autour du corps (être sain d'esprit, pubère, de sexes opposés, et disposer d'organes sexuels, *ālā*)⁶⁹.

Une fois les principes généraux énoncés, al-Saraḥsī en vient à la définition de l'acte sexuel (*waṭʾ*) validant le contrat de mariage. Précisant auparavant son caractère obligatoire, l'auteur évoque les différentes traditions casuistiques. En

⁶⁷ Traduit par nos soins, al-Saraḥsī, *al-Mabsūṭ*, IV, p. 193. Sur la question des conditions nécessaires à la validation de l'acte de mariage, nous citons al-Saraḥsī. Ces questionnements ne sont pas néanmoins une spécificité de l'école juridique ḥanafite. Sur ce point, les quatre principales écoles juridiques sunnites adoptent la même position. Si par ailleurs le mariage constitue un devoir religieux dans les sociétés musulmanes contemporaines, comme l'affirme, d'après des hadiths de Muslim et al-Buḥārī, A. Bouhdiba, *La sexualité en Islam*, Paris, PUF («Quadrige»), 2001 (1^{ère} éd. 1975), pp. 110-113. Pour la période qui est ici envisagée la question de l'obligation n'est absolument pas tranchée: voir al-Saraḥsī, *al-Mabsūṭ*, Ibn Ḥazm, *al-Muḥallā*, IX, pp. 3-12, et Ibn Ruṣd, *Bidāyat al-Muḥtaḥid wa-nihāyat al-muqtaṣid*, Beyrouth, Dār al-fikr, s.d., II, p. 2. C'est un acte ou recommandé ou souhaitable ou nécessaire, etc.

⁶⁸ Validation nécessaire non seulement pour la vie familiale mais aussi le statut social et juridique du musulman: seul un contrat de mariage validé octroie *al-iḥṣān*, en cette qualité, un homme devient passible de la peine de mort en cas de relations sexuelles illicites.

⁶⁹ Al-Saraḥsī, *al-Mabsūṭ*, V, pp. 147-150.

effet, plusieurs traditions s'opposent : une première considère que le simple isolement dans un lieu voilé (*irḥā' al-sutūr*) d'un homme et de son épouse entraîne la validation du mariage. Ce courant légitime sa position par les versets recommandant le voile. L'interdit, selon eux, comprend l'isolement : une personne pubère, libre, de sexe féminin n'est autorisée à s'isoler et à se découvrir auprès d'un étranger pubère de condition libre que si elle en est l'épouse. L'isolement du couple, de fait, aurait ainsi valeur d'acte charnel et validerait, par conséquent, le contrat de mariage (*'aqd al-nikāḥ*). Une autre tradition n'accepte pas cet argument et exige qu'il y ait eu au moins un attouchement (caresse, baiser, etc.). Les juristes citent cette fois les hadiths qui interdisent toute alliance matrimoniale avec les ascendants ou les descendants d'une femme, quand celle-ci a été touchée avec désir par le prétendant en question⁷⁰. Ces deux courants d'interprétation ne considèrent donc pas l'acte sexuel intégral. Pour eux, une fois la question de l'équivalence du statut social obtenue (liberté et religion musulmane), seules des considérations secondaires interviennent dans la validation du contrat de mariage : isolement pour les premiers, simple attouchement pour les autres, autant de manière de se comporter socialement jugées plus significatives qu'un rapport sexuel.

Mais une troisième tradition juridique assure que la pénétration de l'organe viril dans l'orifice du devant de l'épouse est obligatoire. Elle recommande la pénétration en référence (*qiyās*) aux actes sexuels avec pénétration qui invalident certaines prescriptions de Dieu (purification avant la prière, jeûne du ramadan), ou qui sont punis par la loi (la fornication). Et c'est finalement cette tradition juridique qui réunira la plus grande adhésion : l'acte charnel qui valide un mariage devra mettre en œuvre la pénétration⁷¹.

Toutefois, les juristes précisent que l'éjaculation n'est pas indispensable. Une simple pénétration de la partie supérieure du membre viril (*ḥaṣafa*) suffit. Certains ajoutent que même si le pénis n'est pas en érection, et même s'il est nécessaire que la femme ou l'homme s'aident de leurs mains pour le faire entrer dans l'orifice, la pénétration est proclamée suffisante pour valider le mariage et transférer l'autorité (*'iṣmat al-nikāḥ*) du tuteur légal à l'époux. Ils concluent qu'une pénétration avec la totalité de l'organe viril n'est pas obligatoire : le gland suffit. Par ailleurs, dans le cas où le gland est coupé, s'il reste du membre viril une longueur équivalente à celle, habituelle, d'un gland, elle doit être considérée comme suffisante pour valider la pénétration. Une tradition, marginale et minoritaire, ira jusqu'à assurer que même si la totalité de l'organe

⁷⁰ Al-Saraḥsī, *al-Mabsūṭ*, V, pp. 148-149.

⁷¹ Pour cette discussion, outre al-Saraḥsī (*al-Mabsūṭ*), voir Mālik, *al-Muwatta'*, p. 342, et al-Šafi'i, *Umm*, VII, pp. 233-234.

sexuel de l'homme est coupée, s'il frotte son emplacement contre le sexe féminin (*siḥāq*), cela constitue un rapport sexuel validant le mariage⁷².

Ainsi, les juristes de la plupart des écoles juridiques n'accordent pas une place centrale à l'acte sexuel *achevé* dans la perspective de la pénétration. Il n'est pas indispensable. Si le statut social est satisfaisant, le sexe biologique d'un homme suffit à lui seul à valider le mariage. Ne serait-ce pas le signe que l'acte sexuel n'avait pas l'importance qu'il a acquise aujourd'hui dans les textes réglementant le mariage⁷³?

L'époux « trompé », la filiation, la sexualité

Corrélativement au contrat, d'autres dispositifs réglementent les liens de filiation découlant du mariage, qui distendent encore le lien entre mariage et sexualité. Un cas jurisprudentiel, attribué au Prophète, est particulièrement intéressant : l'époux qui surprend sa compagne avec un autre homme doit-il recourir à trois autres témoins pour rejeter notamment les enfants illégitimes?

Hilāl b. Umayya approche ainsi le Prophète pour lui demander justice. Il accuse son épouse d'avoir commis l'adultère avec Šarīk b. Samḥā'. Le Prophète lui ordonne d'amener trois autres témoins, faute de quoi il lui appliquera la sanction (*ḥadd*) prévue pour ceux qui accusent sans preuve une femme musulmane d'adultère. Mais l'injonction du Prophète est récusée par l'époux « trompé » ; il réitère son accusation et invoque l'aide de Dieu. L'autorité du Prophète est ainsi mise à mal ; de nouveaux versets coraniques expriment alors le point de vue religieux :

⁷² À propos des caractéristiques de la pénétration, voir al-Bāḡī, *al-Muntaqā*, al-Šafi'i, *Umm*, V, pp. 30-41. Il ne s'agit pas d'une spécificité particulière à une école juridique, à l'exclusion des autres. Toutes se sont penchées sur cette question et ont validé la nécessité de la pénétration. Un ensemble de jurisprudences ou de propositions appliquées ou discutées jusqu'aux XIV^e-XVI^e siècles notamment par l'école mālikite montre que ces discussions ne relèvent pas seulement de la théorie juridique : voir sur la pénétration sans éjaculation validant l'acte du mariage, Ibn Ḡuzayy, juriste mālikite andalou (m. 693/1293), *al-Qawānīn al-Fiqhiyya*, Beyrouth, Dār al-Qalam, s.d., pp. 140, 233 ; sur la pénétration de celui dont l'organe sexuel est coupé, voir 'Abd al-Barr al-Namarī l-Qurṭubī, *Kitāb al-Kāfi*, éd. Muḥammad M. 'Uḥīd, Le Caire, Maṭba'at Ḥassān, 1979, II, p. 364 ; pour les consultations juridiques sur l'isolement dans un lieu voilé (*irḥā' al-sutūr*) validant le mariage, voir Abū 'Abbās Aḥmad al-Wanšarīsī (834/1431-914/1508), *al-Mi'yār al-Mu'rib wa-l-ḡāmi' al-muḡrib 'an fatāwī Ifriqiyya wa-l-Andalus wa-l-Maḡrib*, éd. Muḥammad Ḥiḡḡī, nouvelle édition, Rabat, publication du Ministère des Waqfs et des affaires religieuses, 1981, IV, pp. 327-334.

⁷³ Le code du statut personnel de certains États arabes, comme par exemple le Maroc, spécifie que l'acte sexuel est indispensable. Il attribue ainsi au mariage un but de procréation ; voir Maurice Bormans, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris, Mouton, 1977, p. 198.

« 6. Ceux qui accuseront leurs femmes et qui n'auront d'autres témoins à produire qu'eux-mêmes jureront quatre fois devant Dieu qu'ils disent la vérité. 7. Et la cinquième fois pour invoquer la malédiction de Dieu sur eux s'ils ont menti. 8. On n'infligera aucune peine à la femme si elle jure quatre fois devant Dieu que son mari a menti, 9. Et la cinquième fois, en invoquant la malédiction de Dieu sur elle si ce que le mari a avancé est vrai. 10. Si ce n'était la grâce inépuisable de Dieu et sa miséricorde, Il vous punirait à l'instant ; mais Il aime à pardonner, et Il est miséricordieux. »⁷⁴

Le Prophète convoque alors les deux époux et leur enjoint de jurer chacun à son tour selon les indications des versets révélés. Ensuite, en aparté, à l'intention de ses compagnons, il commente l'événement : à la naissance, la vérité éclatera. La suite donna en effet raison à l'époux « trompé » : le nouveau-né portait des signes physiques de ressemblance qui désignaient incontestablement l'amant comme père. Le Prophète complète alors la procédure par un éclaircissement : « S'il n'y avait pas les règles établies par les versets révélés, je l'aurais punie (*lawlā mā maḍā min kitāb Allāh la-kāna lī wa-lahā šā'n.*) »⁷⁵ Cette procédure est ensuite adoptée dans les livres du droit (*fiqh*) sous le nom de « l'appel à la malédiction » (*li'ān*)⁷⁶. Validée par la tradition, la démarche du Prophète indique d'abord la volonté de préserver la cohérence des lois édictées à propos de l'adultère, mais réaffirme surtout que la matérialité des relations charnelles est moins gênante, moins signifiante que leur discussion publique. Le Prophète confirme ensuite l'autorité de l'époux lésé : celui qui refuse de se taire sur les écarts réels ou fictifs de son épouse conservera la possibilité de rejeter le « bâtard adultérin » ; le mari proclamera que l'enfant n'est pas le sien, et si l'épouse lui rétorque qu'il ment, le mariage sera dissout et l'enfant rattaché à l'ascendance maternelle⁷⁷.

Tout aussi significatif est le hadith concernant l'amant qui revendique la paternité du nouveau-né d'une concubine (*ama*) dont le maître vient à décéder. L'héritier refuse de lui céder l'enfant et proclame qu'il est son frère. Le Prophète abonde dans son sens et ruine les prétentions de l'amant : « L'enfant est pour le détenteur du contrat (*al-firāš*) et le débauché n'aura que la déception (*al-walad li-l-firāš wa-li-l-āhir al-ḥaḡar*) »⁷⁸. Là encore, la réalité de la

⁷⁴ [Coran 24:6-10], voir *Coran*, trad. Blachère, pp. 321-322.

⁷⁵ Traduit par nos soins. Ibn Māḡa, *Sunan*, I, p. 668).

⁷⁶ Serment d'anathème du mari affirmant l'adultère de son épouse, et impliquant la dissolution du mariage ainsi qu'un désaveu de paternité. Voir notamment al-Šāfi'i, *Umm*, V, pp. 285-293 ; voir Benkheira, *L'amour*, pp. 293-296.

⁷⁷ Il existe une jurisprudence mālikite rapportée par al-Wanšārī sur un cas d'anathème (*li'ān*), à Cordoue au X^e siècle (*Mi'yār*, IV, pp. 76-77).

⁷⁸ Traduit par nos soins, Ibn Māḡa, *Sunan*, I, p. 647. Ce hadith est habituellement traduit par « l'enfant [appartient] au lit [nuptial] ; et le débauché [n'a droit qu'] aux pierres [lapidation] ».

filiation, et donc d'un rapport sexuel, est secondaire par rapport à la gestion d'un problème d'ordre public.

La filiation dans les consultations juridiques

Qu'elles émanent des Ḥanafites ou des Mālikites, les réponses aux consultations juridiques indiquent sans ambiguïté que l'approche initiée par le Prophète est poursuivie par les juristes. L'un d'eux, un ḥanafite du XII^e siècle, explique la supériorité de la déclaration publique sur les preuves matérielles. Il s'agit d'un couple marié par procuration, et dont l'épouse a eu un enfant sans avoir jamais rencontré son mari. Or le mari proclame que l'enfant est le sien. Al-Kāsānī⁷⁹, auteur de la réponse à la consultation juridique, rappelle alors les objectifs du mariage :

« L'un d'eux est d'établir la filiation (*tubūt al-nasab*) et, même si dans la réalité la descendance est le produit des relations sexuelles, sa preuve apparente est le contrat de mariage (*nikāḥ*), du fait que les relations sexuelles se passent dans l'intimité (*amr bātin*). C'est la raison pour laquelle l'acte de mariage remplace la réalité (ou la preuve) des relations sexuelles effectives pour établir la filiation (*nasab*). C'est aussi pour cette raison que le Prophète a affirmé que : "L'enfant est pour le détenteur du contrat (*al-firās*) et le débauché n'aura que la déception (*al-walad li-l-firās wa-li-l-'āhir al-ḥaḡar*)". Ainsi, si un homme vivant en Orient (*mašriqī*) épouse une femme vivant en Occident (*mağribiyya*), et si elle a un enfant, il sera considéré comme l'enfant de son époux, même s'il n'y a pas eu de relations sexuelles effectives, du fait que le contrat constitue une preuve prépondérante (*wa-in lam yūḡad al-duḥūl ḥaqīqatan li-wuḡūd sababihi wa-huwa al-nikāḥ* [le contrat de mariage])⁸⁰ »

Nous privilégions l'interprétation de certains juristes, plutôt qu'une traduction littérale (nous nous en expliquons ci-dessous). Pour la seconde partie du hadith, nous avons suivi le commentaire d'al-Qurṭubī (*Tafsīr*, IX, p. 47) : si certains juristes ont interprété *ḥaḡar* comme une allusion à la lapidation, al-Qurṭubī insiste sur la déception (*ḥayba*).

⁷⁹ Al-Kāsānī est un des plus grands juristes de l'école ḥanafite. Il enseigne à Alep jusqu'à son décès en 587/1189. Voir *EF*.

⁸⁰ Traduit par nos soins. Abū Bakr al-Kāsānī (m. 587/1191), *Kitāb Badā'ī al-Ṣanā'ī fī tartīb al-ṣanā'ī*, Beyrouth, Dār al-Kutub al-'ilmiyya, II, pp. 331-332. al-Kāsānī explicitera la dissociation implicite (suggérée par *al-walad li-l-firās*...) entre filiation biologique et filiation juridique. *Al-firās*, lit nuptial, renvoie, dans cette perspective, non pas à la présomption d'un acte sexuel (réel ou fictif) se déroulant dans le *firās* [lit nuptial], mais à un contrat juridique qui lie l'homme à ses partenaires féminines (l'épouse, la concubine), contrat qui vaut présomption de l'acte sexuel. Mohammed H. Benkheira le souligne d'une manière différente en analysant les conséquences juridiques de ce hadith : «... la filiation n'est pas un fait de nature, mais une construction juridique. Il ne suffit pas donc d'être issu des ébats de deux géniteurs pour accéder à l'identité de sujet, il faut naître, une seconde fois dans l'ordre de la Loi » (*L'amour*, pp. 353-354). Voir aussi une partie du chapitre intitulé « Inceste et filiation » (pp. 343-360).

Dans l'Occident musulman (Andalousie et Maghreb), les mālikites utiliseront un autre argument : le fœtus endormi. En effet, l'épouse dont le compagnon s'absente ou meurt peut accoucher d'un enfant dans un délai de cinq années et le prétendre issu de cette union. Les juristes acceptent l'argument d'un fœtus endormi dans l'utérus maternel, à la condition que la mère en fasse la proclamation publique⁸¹. Enfin, la même dialectique est à l'œuvre avec le droit de tout être humain à une ascendance. Si l'adoption reste interdite dans le droit musulman⁸², le descendant peut proclamer publiquement être le fils du parent choisi. L'ascendance est alors considérée comme légitime, si le père désigné ne s'y oppose pas⁸³ ; là encore, la parole publique (*iqrār*) l'emporte sur une réalité biologique.

Ainsi, ces dispositifs aménagent un cadre où mariage, autorité (*ʿiṣmat al-nikāḥ*) et filiation sont réglementés sans pourtant être étroitement associés à l'acte sexuel : d'une part, le mariage est subordonné à des considérations principalement sociales, et l'acte charnel n'en constitue pas l'élément central ; d'autre part, le seul fait d'appartenir au genre masculin importe plus que la pratique sexuelle effective dans l'ensemble des processus de légitimation (d'une union, d'une descendance), dont chacun peut choisir d'ignorer la réalité biologique.

Mariage, masculinité et loi naturelle

Les jurisprudences du Prophète, validées par les juristes, n'expliquent pas à elles seules la place secondaire attribuée au fait sexuel. Al-Saraḥsī, bien qu'il voie dans l'origine du mariage la nécessité de perpétuer l'espèce humaine, conforte plutôt notre analyse :

« Dieu a décidé de la continuation du monde jusqu'au jour du Jugement, et c'est par la procréation que la perpétuation est assurée. Habituellement, la procréation n'existe qu'entre un homme et une femme, et cela ne se produit que par l'acte sexuel. C'est pourquoi la loi de Dieu (*al-ṣarʿ*) a institué le contrat de mariage (*nikāḥ*) pour empêcher : la division (*fasād*) engendrée par les disputes pour dispo-

⁸¹ Al-Wanṣarīsī rapporte plusieurs cas, qui montrent une mise en œuvre répétée de ces dispositions en Occident musulman (*Mi'yār*, IV, pp. 480-481, 492-495, 524-526). De multiples conséquences juridiques découlent de la non prise en compte de l'adultère, dont la possibilité que l'héritier soit un « bâtard ». Cela pose la question de l'importance réelle de la filiation biologique pour les musulmans de cette époque.

⁸² L'adoption est interdite par un verset du Coran : seul le tutorat permet de prendre en charge un enfant abandonné. Cela implique que l'enfant n'est pas plus rattaché à l'ascendance de son tuteur qu'il ne peut constituer un héritier légal (*ṣarʿi*).

⁸³ Cette procédure s'appelle la proclamation publique ou l'aveu (*al-iqrār*). Elle est validée par l'ensemble des écoles juridiques sunnites. Voir al-Saraḥsī, *Mabṣūṭ*, XVII, p. 168.

ser des corps des femmes (*tağallub*) ; que la séduction (*iqdām*) sans acte de possession de certains [hommes] n'engendre une confusion dans la filiation, et cela risque d'être la cause de la perte des descendants (*ḍayā' al-nasl*). En effet, les femelles (*ināṭ*) humaines sont dans l'incapacité de gagner de quoi vivre et de pourvoir aux dépenses des enfants. La possession par l'acte de mariage a été instituée pour pallier ces insuffisances et contraindre les hommes à assurer les frais d'entretien et d'éducation de leurs enfants (*fa-ta' ayyana l-mulk ṭarīqan lahu ḥattā yu'rafā man yakūnu minhu al-walad fa-tağiba 'alayhi nafaqatuhu li-allā yaḍī'a*)⁸⁴.

C'est donc pour pallier les insuffisances des femmes qu'un cadre juridique astreignant pour l'époux a été créé. Énoncée ainsi, la démarche des juristes s'explique autrement : le mariage est un échange d'ordre économique nécessaire pour l'équilibre de la société humaine. L'élément financier, bien plus ou tout autant que la sexualité (la procréation)⁸⁵, en constitue l'argument décisif. La peur vient moins d'un manque de descendance (Dieu y pourvoit) que de troubles économiques qui porteraient en eux-mêmes les germes de la dislocation de la société humaine.

Pour al-Saraḥsī, la supériorité octroyée par Dieu à l'homme sur la femme constitue la raison pour laquelle le mariage a été créé. À tous les niveaux (ontologique, juridique, moral, physique, etc.) cette supériorité de l'homme « n'est jamais entendue que comme essence et un fait de nature, obéissant à une fin divine. Un attribut qu'une certitude physique assoit, qu'un absolu protège, qu'une tradition exauce de mille manières et que substantialisent du pouvoir et de la jouissance. Aucune revendication politique n'ébrèche cette identité qui se rapporte à la naissance », rappelle justement Nadia Tazi⁸⁶.

Aussi la masculinité n'a pas besoin de la sexualité pour s'affirmer, la pondération et la prédisposition à des activités économiques des hommes, en opposition à l'insatiabilité sexuelle et l'inconséquence féminine⁸⁷, sont autant de

⁸⁴ Traduit par nos soins. Al-Saraḥsī, *Mabsūt*, IV, p. 193.

⁸⁵ La procréation dépend principalement de la volonté de Dieu, et la sexualité humaine ne peut la contrarier. Cette approche trouve sa justification dans un hadith souvent cité : questionné sur le retrait sans éjaculation (*al-i' tizāl*), le Prophète aurait affirmé que même si le sperme (*mā'*) donnant une progéniture (*walad*) est « déversé sur un rocher, si Dieu veut créer une vie il en sortira un enfant », al-Haytamī (m. 807), *Mağma' al-Zawā'id wa-manba' al-fawā'id*, Beyrouth, Dār al-Kitāb al-'arabī, 1982, IV, p. 296 (traduit par nos soins) ; Ibn Ḥanbal, *Musnad*, III, p. 114.

⁸⁶ Nada Tazi, « Le désert perpétuel. Visages de la virilité au Maghreb », *La virilité en Islam = Cahiers intersignes*, 11-12, (printemps 1998), p. 28.

⁸⁷ Les écrits d'al-Ġāḥiẓ montrent la place importante accordée à la maîtrise de soi dans la caractérisation de la masculinité. Ainsi, dans l'une de ses épîtres, al-Ġāḥiẓ explique que la passion (*al-'iṣq*) doit céder le pas à l'amour mesuré (*al-ḥubb*) qui seul constitue « le juste milieu et la perfection. Quant au *'iṣq*, il est un *ḥubb* débordant, excessif ; C'est un trop plein d'amour et donc un amour immoral, puisque la vertu est ce juste milieu », écrit Abdallah Cheikh-Moussa, dans « La négation d'eros ou le *'iṣq* d'après deux épître d'al-Ġāḥiẓ », *Studia Islamica*, LXXII (1990),

qualités « naturelles » qui légitiment l'octroi de l'autorité exclusivement aux hommes⁸⁸ ; à aucun moment la sexualité n'intervient pour caractériser la supériorité de l'homme sur la femme : elle n'est ni essentielle ni nécessaire pour justifier la domination masculine ou caractériser la masculinité des hommes. Bien au contraire, une importante activité sexuelle, l'insatiabilité, est considérée comme un défaut spécifiquement féminin (*ṣahwat al-nisā'*)⁸⁹.

Conclusion

D'une manière générale, la sexualité n'obéit pas plus à l'injonction de la procréation que la sodomie ne représente un problème moral ; la réglementation de la sexualité ne s'inscrit pas dans une perspective visant à instaurer de bonnes mœurs : les sources juridiques le démontrent clairement, où le délit de sodomie ne dispose pas d'un cadre juridique spécifique. C'est un acte qui

p. 74. Al-Ġāhiz, précise Abdallah Cheikh-Moussa, fait de ce sentiment mesuré l'apanage des personnes égales socialement, de sexes opposés, de condition libre. Néanmoins, l'égalité est relative. L'homme viril garde une supériorité sur la femme par la maîtrise qu'il exerce constamment sur ses sentiments et ses désirs ; l'inégalité entre un homme et une femme est par ailleurs insurmontable : « définitive car fondée en nature, leur différence, inscrite dans l'ordre naturel, a pour corollaire la supériorité indiscutable de l'un sur l'autre dans l'ordre social » (*Ibid.*, p. 81). Ainsi, les pratiques sexuelles effectives sont ignorées par al-Ġāhiz aussi bien pour caractériser la masculinité, que pour expliquer la supériorité naturelle de l'homme sur la femme. Voir notre mémoire de D.E.A. (*Sodomite*, pp. 58-62 ; 74-82 ; 83-93).

⁸⁸ À propos de la place de la femme chez les musulmans de l'époque médiévale, F. Mernissi relève que la question du genre est prépondérante sur la sexualité : « Ce n'est pas la sexualité qui est attaquée et avilie mais la femme. Celle-ci est attaquée en tant qu'incarnation et symbole du désordre... ». Elle estime que pour al-Ġazālī, « l'humanité n'est faite que de mâles. Non seulement les femmes sont considérées comme étant en dehors de l'humanité mais, de surcroît, comme une menace pour celle-ci. » (*Sexe, Idéologie, Islam*, Casablanca, Eddif, 1985, pp. 28, 30).

⁸⁹ Ainsi, décrivant les aventures du sodomite Ibn Aḡam (qui, au IX^e siècle, sous le règne du calife abbaside al-Ma'mūn, a occupé la fonction de Grand Juge), al-Ġāhiz conclut qu'il a été soupçonné de pratiquer la sodomie passive à cause de l'excès de son activité sexuelle avec les hommes (*min faṭ' liwāṭihi ttuhima bi-l-ubna*). Notons bien que cette catégorie de récits relève de la littérature du *muğūn*. Cela dit, et au delà du caractère purement formel de cette catégorie d'écrits, nous pensons que ces anecdotes ont aussi un rôle éthique et social dont l'objectif est de souligner les risques liés à l'excès. Dans le cas de Yahyā b. Aḡam, ce qui est souligné ce n'est pas seulement la pratique d'une activité sexuelle particulière mais l'excès de cette pratique qui induit la *ubna*. Et nous pensons que si la comparaison entre *ubna* et *ṣahwat al-nisā'* est mise en avant, c'est moins pour souligner la similitude dans le rôle sexuel tenu par un sodomite passif et une femme, mais plus pour illustrer le désordre social que créerait un homme qui serait atteint du même mal que les femmes (l'incapacité à contrôler ses désirs sexuels). Notre hypothèse nécessite une analyse plus précise, dont une mise en relation entre les anecdotes concernant les sodomites et celles, nombreuses, qui caractérisent les femmes par leur insatiabilité sexuelle ; cela éclairera différemment la valeur négative ou positive associée aux rôles sexuels et à l'excès.

relève d'un cadre plus général: l'insoumission à l'une des proscriptions de Dieu. Il rejoint d'autres actes proscrits comme le vol, la consommation du vin, la fornication.

Ainsi, la punition du sodomite (rôle sexuel actif ou passif) s'articule autour de trois considérations: le lieu où l'acte est commis (présence ou non de témoins); la revendication de l'acte (l'aveu); le statut social du sodomite (homme libre, esclave, non musulman). Ces considérations établissent un lien étroit entre l'acte et la publicité qu'il génère. Ainsi, les juristes sévissent pour éviter le désordre (*fitna*). La sanction s'inscrit dans une perspective de préservation de l'ordre public.

Telle qu'esquissée ici la sexualité illicite (fornication et sodomie), d'un point de vue juridique, échappe donc en grande partie à nos catégories modernes (homosexualité *versus* hétérosexualité). C'est que, dans la pensée médiévale, les identités de genre (masculin, féminin) sont strictement liées au sexe biologique (et non à l'acte sexuel). Masculinité et féminité s'exprimeraient par des qualités et des défauts d'ordres comportementaux que Dieu attribue, par essence, à l'un ou à l'autre sexe; la pondération pour les hommes et l'excès pour les femmes, par exemple, en constitueraient un principe important. Cela explique-t-il pourquoi les juristes ne chercheront pas à corriger la sexualité du sodomite, compatible avec sa masculinité, mais seulement l'excès de sa sexualité, qui, l'envahissant, menace l'ordre public, et partant l'identité masculine? Une étude d'une figure autrement scandaleuse, celle de l'efféminé (*muhannat*) permettrait sans doute de répondre à cette question⁹⁰. De fait, si le sodomite n'est condamné que lorsqu'il envahit l'espace public, et manifeste ainsi une incapacité à contrôler son activité sexuelle, C'est probablement que ce manque de pondération⁹¹, caractéristique de la féminité, transgresse une identité de genre considérée comme naturelle et immuable et menace ainsi les conditions mêmes de la supériorité masculine.

⁹⁰ Le défaut de masculinité de l'efféminé était moins caractérisé par sa sexualité que par son comportement public: gestuelle, habillement, caractéristiques morales (voir Rowson, « Categoricalization... », p. 70). Par ailleurs, Abdallah Cheikh-Moussa (« Ġāhiz et les eunuques ou la confusion du même et de l'autre », *Arabica*, XXIX/2 (1982), pp. 191, 194) a souligné que la perte de masculinité des castrats n'était pas toujours associée à une défaillance de leur capacité sexuelle qui rivalisait, pour certaines d'entre eux, avec celle des hommes non mutilés.

⁹¹ Mais alors, la même inquiétude serait-elle aussi à l'oeuvre pour le *mizwāg*? Le *zānī*?