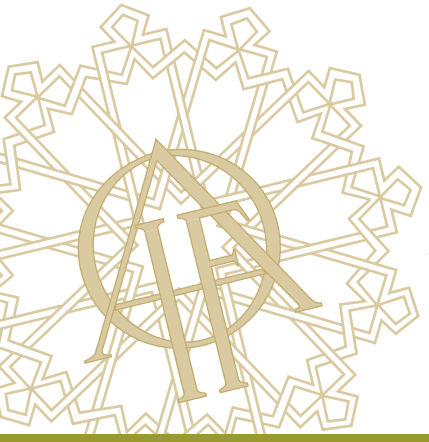
MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET DE LA RECHERCHE



ANNALES ISLAMOLOGIQUES

en ligne en ligne en ligne en ligne en ligne en ligne en ligne en ligne en ligne en ligne

AnIsl 35 (2001), p. 627-662

Jean-Pierre Van Staëvel

Savoir voir et le faire savoir: l’expertise judiciaire en matière de construction, d’après un auteur tunisois du 8e/XIVe siècle.

Conditions d’utilisation

L’utilisation du contenu de ce site est limitée à un usage personnel et non commercial. Toute autre utilisation du site et de son contenu est soumise à une autorisation préalable de l’éditeur (contact AT ifao.egnet.net). Le copyright est conservé par l’éditeur (Ifao).

Conditions of Use

You may use content in this website only for your personal, noncommercial use. Any further use of this website and its content is forbidden, unless you have obtained prior permission from the publisher (contact AT ifao.egnet.net). The copyright is retained by the publisher (Ifao).

Dernières publications

9782724711264	*La chapelle d’Osiris Ounnefer Neb-djefaou*	Laurent Coulon
9782724711752	*Guide du Caire Islamique*	Hadrien Collet
9782724711660	*Mélanges de l'Institut dominicain d'études orientales 41*	Adrien Candiard (éd.)
9782724711745	*Bulletin archéologique des Écoles françaises à l'étranger (BAEFE)*	
9782724711271	*Du côté de chez Zeus*	Emmanuel Botte (éd.), Hélène Cuvigny (éd.), Michel Reddé (éd.)
9782724711677	*La Description de l’Égypte*	Paul-Marie Grinevald
9782724711714	*La pensée et la pratique pharmacologiques d’Avicenne*	Sylvie Ayari
9782724711899	*BCAI 40*	

© Institut français d’archéologie orientale - Le Caire

Jean-Pierre VAN STAËVEL

Savoir voir et le faire savoir : l'expertise judiciaire en matière de construction, d'après un auteur tunisois du 8e/XIVe siècle

1. DU FAIT AU DROIT : PROCÉDURE ET MOYENS DE PREUVE EN DROIT MUSULMAN

1.1. La part hégémonique de la procédure accusatoire

Dans tout système normatif, l'une des questions majeures touche à la relation entre les faits et les règles de droit qui les régissent. La détermination des règles applicables aux faits envisagés suppose que ces faits soient au préalable établis pour pouvoir être ensuite saisis par le droit et qualifiés juridiquement. Dans le droit musulman, cette tâche herméneutique primordiale est celle du cadi, qui établit les faits en se fondant sur des éléments ayant valeur probante, alors que le mufti accepte les faits tels qu'ils lui sont proposés dans la demande de *fatwā* qui lui est adressée [1]. C'est de ce passage du fait au droit, et de la manière dont l'ont notamment envisagé les ulémas tunisois dans les premières décennies du VIIIe/XIVe siècle, dont il va être question dans cet article. La question de la preuve en droit musulman, de sa nature et de sa place dans la procédure, a donné lieu à une abondante littérature, centrée essentiellement sur la preuve testimoniale (*šahāda*), preuve « manifeste »

Cet article est la version remaniée d'une partie d'une thèse nouveau régime, « *Les usages de la ville. Discours normatif, habitat et construction urbaine dans l'Occident musulman médiéval (Xe-XIVe siècles)* » (Université Lumière Lyon 2, directeur : Pierre Guichard), soutenue à Lyon le 25 janvier 2000 (à paraître aux presses de l'ifao). Une première formulation de ce travail a donné lieu à une communication au colloque « II Joseph Schacht Conference on Theory of Islamic law : The Role of *Qāḍis* in Islamic Law » (Grenade, 16-20 décembre 1997). Que les organisateurs et tous les participants de ce colloque, et plus particulièrement Maribel Fierro et Baber Johansen, soient ici remerciés pour les remarques et critiques qu'ils ont bien voulu alors me dispenser.

[1] M.Kh. Masud, B. Messick, D.S. Powers, « *Muftis, Fatwas,* and Islamic Legal Interpretation », *in* M.Kh. Masud, B. Messick, D.S. Powers (éd.), *Islamic Legal Interpretation : Muftis and their Fatwas*, Cambridge, Londres, 1996, p. 3-32 (p. 18 et 22).

AnIsl 35 (2001), p. 627-662 Jean-Pierre Van Staëvel

(*bayyina*) des juristes médiévaux et « preuve par excellence » pour les historiens du droit [2]. Cet intérêt pour le témoignage oral est dû à la place que lui réserve la littérature procédurale musulmane, qui s'efforce de déterminer les conditions dans lesquelles il doit être considéré comme valable, et partant, recevable par le cadi. La preuve testimoniale résulte généralement de l'attestation fournie par deux témoins (*šāhid*, plur. *šuhūd*) de sexe masculin, libres, de bonne moralité (*ʿadl*, c'est-à-dire revêtu de l'honorabilité, *ʿadāla*), musulmans de préférence. En dehors de l'aveu (*iqrār*), de valeur décisive en droit musulman, le moyen probatoire le plus sûr est donc la parole humaine, l'attestation verbale d'hommes jugés dignes de foi. Ce système de preuves suppose que la saisie du fait par le juge s'effectue au moyen d'une procédure de type accusatoire [3]. Le procès est conçu comme la lutte de deux parties devant le juge, celui-ci ayant pour tâche essentielle d'assigner aux parties les rôles de demandeur (le plaignant, « celui qui allègue », *al-muddaʿī*) et de défendeur (« celui contre qui l'on allègue », *al-muddaʿā ʿalay-hi*). On sait que cette assignation des rôles est d'une importance capitale pour l'aboutissement du procès, parce qu'elle détermine à qui incombe la charge de la preuve. Du moment que le témoignage répond à toutes les conditions formelles requises, le juge doit le suivre. Toutefois, si la preuve testimoniale administrée par le demandeur, c'est-à-dire celui qui allègue, s'avère insuffisante ou inadaptée aux prétentions de celui-ci, le serment (*yamīn*) est alors déféré à charge de l'adversaire, puisque la preuve, selon l'adage juridique classique passé en *ḥadīṯ*, « incombe à celui qui allègue, [alors que] le serment [incombe] à celui qui dénie [cette allégation] » (*al-bayyina ʿalā al-muddaʿī wa-l-yamīn ʿala man ankara*) [4]. En réalité, dans nombre de procès, étant donné que le rôle de demandeur est beaucoup plus avantageux que celui de défendeur, puisqu'il voit l'initiative de la preuve lui revenir, les deux parties agissent souvent alternativement comme demandeur et défendeur, et apportent chacune à leur tour leurs moyens de preuve (*ḥuǧǧa*, plur. *ḥuǧağ*), cherchant ainsi à contrer les dires de la partie adverse et à imposer leurs propres assertions. Quant au cadi, il fait au fur et à mesure des débats la part des preuves produites par chacune des deux parties, et détermine en fin de compte, par un jugement (*ḥukm*) qu'il prononce en fonction du poids de leurs arguments respectifs, laquelle de celles-ci l'a emporté, à moins

[2] Voir par exemple les développements que lui consacrent les travaux suivants : M. Morand, « Introduction à l'étude de la preuve », *in Id., Études de droit musulman algérien*, Alger, 1910, p. 314-333 (p. 330 suiv.) ; G.-H. Bousquet, *Précis de droit musulman (principalement mâlékite et algérien)*, Alger, (s. d.)., p. 338 suiv. ; L. Milliot, F.-P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2e éd., Paris, 1987, p. 564 suiv. ; R. Brunschvig, « Le système de la preuve en droit musulman », *in La preuve. 3e partie : Civilisations archaïques, asiatique et islamiques*, (*Recueils de la Société Jean Bodin* 18), 1963, p. 169-186 ; J. Schacht, *Introduction au droit musulman*, Paris, 1983, p. 159 suiv. Bibliographie dans R. Brunschvig, « Bayyina », *in EI²*, p. 1185-1186 et R. Peters, « Shāhid », *in EI²*, p. 213-214. Sur la procédure en Ifrīqya à l'époque ḥafṣide, consulter R. Brunschvig, *La Berbérie orientale sous les Ḥafṣides des origines à la fin du XVe siècle*, t. 2, Paris, 1947, p. 127-131.

[3] Sur ce type de procédure en droit mālikite, voir également J. Berque, *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, Rabat, 1944, p. 24 et suiv.

[4] Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī, *Al-Risāla*, éd. et trad. L. Bercher sous le titre *La Risāla ou Épître sur les éléments du dogme et de la loi de l'Islām selon le rite mâlikite*, Alger, 1945, p. 260, trad. p. 261 ; R. Brunschvig, « Le système de la preuve... », p. 177. Sur le serment, voir notamment G. Peyronnie, « Le serment judiciaire dans le droit malékite et dans la jurisprudence marocaine », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence (= RATMLJ)* 50, 1934, p. 34-43 ; F. Dulout, « Le serment dans le droit musulman et ses coutumes (Doctrine et dernier état de la jurisprudence) », *RATMLJ* 63, 1947, p. 1-31 ; A. Khellal, « Le serment en droit musulman (école malékite). Matière personnelle et mobilière », *RATMLJ* 74, 1958, p. 18-53.

qu'il ne défère la charge du serment (*yamīn*), à l'une d'entre elles [5]. Dans ce type de procédure, le fait est ici essentiellement construit par le dire alterné des parties (*murāfaʿāt*), par le va-et-vient des assertions et des dénégations proposées par les témoignages des parties, oraux ou écrits, émanant de personnes physiques, vivantes ou mêmes disparues, dans le cas de la prise en compte par le cadi de documents écrits. Ce sont alors les témoins, comme le remarque Milliot, qui sont les juges de la cause [6].

1.2. Un moyen de preuve méconnu : la trace en tant que présomption d'un fait

Il existe pourtant en droit musulman un deuxième type de procédure qui implique une tout autre définition des rôles entre les parties et le cadi, et où celui-ci voit sa marge d'action élargie par rapport à la procédure accusatoire, et au rôle d'arbitre qui lui incombe alors. Dans cette procédure, que l'on peut appeler « inquisitoire », le fait n'est plus construit par le dire alterné des parties, mais établi par l'observation directe de l'objet du litige, à la recherche de preuves matérielles. Celles-ci consistent en un moyen de preuve indirect, puisqu'elles permettent d'établir non un fait à strictement parler, mais la présomption de l'existence de ce fait, que l'on ne peut atteindre, que l'on ne peut constater d'aucune manière, mais que l'on établit généralement en fonction de circonstances factuelles, ponctuelles : apparence physique, indices matériels ou traces, etc. Or, le système procédurier classique du droit musulman repose sur le principe que le cadi ne peut jamais juger d'après son propre témoignage, et n'est donc pas admis à tirer une présomption d'un fait qu'il a perçu directement [7]. Pour déduire une présomption, il faut donc que le fait en question soit établi par le dire d'autrui : d'où le recours que font les institutions judiciaires à des techniciens (maçons, marchands d'esclaves, médecins, agronomes), lorsque le cas en question intéresse le domaine du concret, du tangible, qu'il s'agisse de défauts affectant des bâtiments, des terrains, des aménagements hydrauliques, d'une maladie ou d'une infirmité diminuant la valeur d'un esclave, d'une bête de somme, des risques de stérilité affectant une femme mariée, etc. Ces experts sont diligentés auprès de l'objet (ou du sujet) en question, sur les lieux mêmes du litige, afin de mettre en évidence *in situ* les indices et les traces, témoignages d'actions ou de situations passées, dont ils sont chargés de transmettre la teneur au cadi [8]. L'expertise est donc une phase cruciale de la procédure inquisitoire, où les usages sociaux peuvent être amenés à se voir reconnaître un statut juridique particulier. Cependant, obnubilée qu'elle était par la preuve testimoniale et les conditions de sa validité, ainsi que par la force probatoire respective du témoignage oral et du document écrit, la recherche islamologique a

[5] M. Morand, *Introduction...*, p. 318-319 et 332.

[6] L. Milliot, F.-P. Blanc, *Introduction...*, p. 563. Sur cette question, voir également J. Berque, *Essai...*, p. 54.

[7] J. Berque, *Essai...*, 24. Sur la question des présomptions, l'article fondamental, qui a servi de base à la réalisation du présent travail, reste celui de J. Lapanne-Joinville, « Les présomptions », *RATMLJ* 73, 1957, p. 99-113 (p. 100).

[8] R. Brunschvig, *La Berbérie...*, vol. II, p. 129 ; *Id.*, « Le système de la preuve... », p. 182-183 ; ce problème de l'expertise est particulièrement développé dans un autre article - fondamental lui aussi - du même chercheur : *Id.*, « Urbanisme médiéval et droit musulman », *REI* 15, 1947, p. 127-155 (p. 152).

longtemps réduit les autres formes de preuve à la portion congrue, quand elle ne les a pas tout simplement ignorées [9]. De grands noms de l'histoire du droit musulman, Morand et Bousquet par exemple, ont ignoré l'existence de la preuve circonstancielle, quand ils n'ont pas nié explicitement son existence, comme Schacht ou Coulson [10]. Seuls quelques chercheurs travaillant sur le droit mālikite maghrébin se sont intéressés à cette question, notamment Brunschvig, qui, par son étude consacrée aux rapports entre « urbanisme médiéval et droit musulman », a bien mis en évidence l'importance de ce moyen de preuve [11], Berque, qui envisageait cependant l'existence de ce mode de preuve non sans quelques réticences [12], ou Lapanne-Joinville, auteur d'une remarquable étude sur les présomptions [13]. Depuis quelques années, Baber Johansen a entrepris à son tour une recherche minutieuse sur cette question, mettant ainsi en lumière l'évolution épistémologique qui, dans le cadre du droit procédurier islamique, va peu à peu donner une nouvelle importance à ce type de preuve [14].

1.3. Objectifs et sources de l'étude

C'est dans la ligne de ces derniers travaux, qui tendent à reconsidérer les pesanteurs historiographiques qui s'attachent à cette question de la preuve matérielle, que s'inscrit la présente étude. Celle-ci a pour objet d'essayer de saisir les relations qui s'instaurent, à l'occasion d'une expertise judiciaire, entre ses divers protagonistes, les experts et leur commanditaire, le cadi, autour de trois problèmes centraux :

1. *Les modalités pratiques de l'expertise*, en traitant tout d'abord la question de la nature de l'expertise, c'est-à-dire de son mode opératoire, des qualités et des facultés spécifiques que mettent en œuvre les experts pour faire parler la matière [15], pour tirer du monde sensible les informations demandées par le cadi ;

2. *La force probatoire des indices matériels dégagés par l'observation*, en mettant en lumière la construction d'une herméneutique propre à l'expertise ;

3. Enfin *la nature de la parole de l'expert*, en essayant de cerner plus précisément la question de l'enjeu de l'expertise, c'est-à-dire des rapports de savoir et de pouvoir, parfois ambigus ou conflictuels, qui s'instaurent à l'occasion de la procédure, entre cadis et experts, lors de l'élaboration de la décision judiciaire, sur la base des données récoltées par ces derniers.

[9] R. Brunschvig a été l'un des premiers chercheurs à souligner que le système de la preuve en droit musulman était plus complexe que le modèle traditionnellement proposé par l'historiographie orientaliste, et que la procédure admettait des moyens de preuve particuliers et diversifiés, en fonction de la matière juridique envisagée : voir notamment « Le système de la preuve... », p. 179.

[10] J. Schacht, *Introduction...*, p. 160 : « La preuve circonstancielle n'est pas admise [en droit musulman] » ; N.J. Coulson, *Histoire du droit islamique*, Paris, 1995, p. 121 : « [En droit musulman], toute forme de preuve indirecte était totalement inadmissible ».

[11] R. Brunschvig, « Urbanisme... », p. 152-153.

[12] J. Berque, *Essai...*, p. 104 et suiv.

[13] *Op. cit.*

[14] B. Johansen, « Le jugement comme preuve. Preuve juridique et vérité religieuse dans le droit islamique hanéfite », *StudIsl* 62, 1990, 5-17 (l'auteur reconsidère la position historiographique classique sur l'inexistence de la preuve matérielle en droit musulman, p. 11 et note 31). Voir surtout, du même, l'article récent intitulé « La découverte des choses qui parlent. La légalisation de la torture judiciaire en droit musulman (XIII^e-XIV^e siècle) », *Enquête* 7, 1998, p. 175-202 (notamment p. 185, où B. Johansen critique les positions de Schacht et Coulson sur cette question).

[15] Les métaphores concernant la prise en compte par les experts des « choses qui parlent », dont il est fait usage dans les pages de cet article, font bien sûr directement référence aux remarques et hypothèses formulées par B. Johansen, dans l'article cité *supra*.

Pour ce faire, et en me basant sur un corpus de sources jurisprudentielles mālikites d'époque médiévale, je m'intéresserai plus particulièrement au domaine de l'expertise en construction. Je réduirai encore plus mon champ d'investigation, pour centrer essentiellement mon propos sur les informations contenues dans le *Kitāb al-Iʿlān bi-aḥkām al-bunyān*, ouvrage composé à Tunis dans la première moitié du 8e/XIVe siècle par un expert en la matière [16]. Le *Kitāb al-Iʿlān* se présente comme une compilation d'opinions émises dans le cadre du *maḏhab* mālikite sur des problèmes inhérents à la construction. Il nous renseigne également sur la pratique juridique (*ʿamal*) en usage à cette époque dans les tribunaux de Tunis, et nous permet, grâce aux cas d'espèces (*nāzila,* plur. *nawāzil*) qui y sont consignés et à la relation des situations d'expertise dans lesquelles l'auteur est intervenu, de saisir la place de l'expertise judiciaire lors du déroulement de la procédure [17]. De son auteur, Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b. Ibrāhīm al-Laḫmī, plus connu sous le nom d'Ibn al-Rāmī, on ne dispose que des informations que cet auteur fournit parcimonieusement sur lui-même dans son ouvrage : peu de choses en fait [18]. Il se qualifie de « maître-[maçon] » (*muʿallim*), « salarié » (*aǧīr*) de son état, mais le fait qu'il ait acquis les connaissances – juridiques et scripturaires – nécessaires à la composition de son livre en fait un personnage d'exception. D'abord parce qu'il est, en l'état actuel des connaissances et pour le domaine mālikite de l'Occident musulman d'époque médiévale, le seul expert-maçon à nous avoir jamais laissé un tel ouvrage sur le droit de la construction. Ensuite parce qu'il a exercé son activité d'expert auprès de plusieurs « cadis de la communauté » (*qāḍī al-ǧamāʿa*, magistrat suprême, placé à la tête de l'institution judiciaire) à Tunis dans le premier tiers du 8e/XIVe [19] : Abū Yaḥyā Abī Bakr al-Ġawrī al-Sfāqṣī (m. en 699/1299) [20], Abū Zayd ʿAbd al-Raḥmān b. al-Qaṭṭān (en fonction en 701/1301) [21], Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b. Aḥmad b. al-Ġammāz (qui accède à la fonction en 718/1318) [22], et surtout Abū Isḥāq Ibrāhīm b. ʿAbd al-Rafīʿ (m. 733/1333) [23], son maître. Une longue carrière, donc, de plus de trente années, puisque

[16] L'ouvrage a fait l'objet de deux éditions critiques : celle de ʿAbd al-Raḥmān b. Ṣāliḥ al-Aṭram, 2 vol., Riyadh, 1995, et celle de Férid Ben Slimane, Tunis, 1999. Les références en notes renvoient de manière systématique 1) à la pagination de l'édition d'Al-Aṭram (dorénavant A ; texte de référence) ; 2) à la pagination de l'édition de Ben Slimane (dorénavant BS).

[17] De nombreuses études partielles ont été consacrées à cet ouvrage, à commencer par celle de Brunschvig, « Urbanisme... », *op. cit.* Voir aussi F. Ben Slimane, « Quelques aspects de la ville islamique dans le traité d'Ibn al-Rāmī », *CahTun* 45, nº 159-60, 1992, p. 103-119, et *Id.*, « Ibn al-Rāmī et l'art de bâtir », *in* H. Annabi, M. Chapoutot-Remadi, S. Kamarti (coord.), *Itinéraire du savoir en Tunisie*, Tunis, Paris, 1995, p. 78-83 ; B.S. Hakim, *Arabic-Islamic Cities : Building and Planning Principles*, Londres, New York, 1986 ; J. Akbar, *Crisis in the Build Environment : the Case of the Muslim City*, Leyde, New York, 1988 ; M. ʿAbd al-Sattār ʿUṯmān, *al-Madīna al-Islāmiyya*, Koweït, 1988.

[18] H.H. ʿAbd al-Wahhāb, *Kitāb al-ʿUmr*, Beyrouth, 1990, vol. 2, p. 725-727.

[19] Il est difficile de reconstituer la biographie de certains de ces cadis, vu la pauvreté de notre documentation pour cette époque ; les deux chroniques les plus intéressantes sur la question sont d'une part le *Taʾrīḫ al-Dawlatayn* d'Al-Zarkašī, éd. M. Māḍūr, Tunis, 1966, et la *Fārisiyya* d'Ibn Qunfuḏ, éd. M. al-Šāḏilī Nayfur et ʿA.M. Turkī, Tunis, 1968. Sur les institutions judiciaires à l'époque ḥafṣide, voir R. Brunschvig, *La Berbérie...*, t. 2, p. 113-153.

[20] Al-Zarkašī, *Taʾrīḫ*, p. 54 ; Ibn Qunfuḏ, *Fārisiyya*, p. 153, où son nom semble avoir été altéré en Al-Qarawī.

[21] *Ibid*. Voir aussi ʿAbd al-Wahhāb, *ʿUmr*, vol. 2, p. 718-719.

[22] Al-Zarkašī, *Taʾrīḫ*, p. 66-67.

[23] Ibn ʿAbd al-Rafīʿ accède une première fois à la magistrature suprême en 699/1299, après la mort d'Abū Yaḥyā Abī Bakr al-Ġawrī, et reste en poste jusqu'en 701/1301 ; il est à nouveau en poste en 711/1311 ; ce personnage sera nommé à la tête de la judicature tunisoise pas moins de cinq fois dans sa carrière ; Al-Zarkašī, *Taʾrīḫ*, p. 54 et 61-62. Son principal ouvrage, le *Muʿīn al-ḥukkām ʿalā al-qaḍāyā wa-l-aḥkām*, a été édité par M. b. Qāsim b. ʾIyād, 2 vol., Beyrouth, 1989. Voir aussi ʿAbd al-Wahhāb, *ʿUmr*, vol. 2, p. 730-734.

AnIsl 35 (2001), p. 627-662 Jean-Pierre Van Staëvel

l'on s'accorde pour placer la mort du maître-maçon après celle d'Ibn ʿAbd al-Rafiʿ, qui lui a permis de consigner dans son *K. al-Iʿlān* une série d'informations essentielles pour notre compréhension du rôle des agents subalternes du cadi, des auxiliaires de justice, dans la médiation du droit auprès des particuliers, comme de celle des normes issues du monde social auprès des magistrats.

2. L'ŒIL EXERCÉ : CULTURE ET CHAMPS DE L'EXPERTISE

2.1. La culture des experts

Pour aborder l'institution de l'expertise judiciaire telle qu'elle se présente dans l'Occident musulman au 8e/XIVe siècle, on peut partir de la longue et précise description qu'en a laissé Ibn Ḫaldūn (m. en 808/1406) :

> « Les juges font souvent appel à l'expertise (des maçons), du fait de leur grande perspicacité en matière de construction (*wa-rubbamā yarǧiʿu al-ḥukkām ilā naẓar ha'ulā'i fī-mā hum abṣaru bi-hi min aḥwāl al-binā'*). En effet, dans les grandes villes, où la foule se presse et où l'activité est florissante, les gens se disputent jusqu'à l'espace et l'air, à l'étage comme au rez-de-chaussée, et jusqu'à la jouissance de l'extérieur des murs ; ils appréhendent tout préjudice que l'on pourrait causer à leurs murs, et le voisin ne peut y avoir accès que dans la mesure où il en détient le droit. Ils s'opposent aussi pour les passages et les systèmes d'évacuation des eaux de pluie et des eaux usées. Du fait des promiscuités, ils se disputent les murs, les pièces à l'étage, les canalisations ; l'un, craignant que le mur en mauvais état de son voisin ne s'effondre, demande une expertise, afin d'obtenir un jugement condamnant le mur à être démoli ; ou bien il souhaite mettre fin à une copropriété, en procédant au partage de la maison ou du terrain en question, pour en jouir en évitant les problèmes de dégradation et de manque d'entretien ; et bien d'autres choses encore. Tout ceci reste celé [à la connaissance du plus grand nombre], mais pas aux experts en construction, savants connaisseurs en la matière (*wa-yaḫfā ǧamiʿ ḏālika illā ʿalā ahl al-baṣar bi-l-binā' al-ʿārifīn bi-aḥwāli-hi*), eux qui tirent des indices des chaînages et des liens de maçonnerie, de [la façon dont sont plantées] les poutres du toit, de l'aplomb – ou non – des murs (*al-mustadillīn ʿalay-hā bi-l-maʿāqid wa-l-qumuṭ wa-marākiz al-ḫušub wa-mayl al-ḥīṭān*), [qui s'occupent] de la division des habitations selon les formes de propriété et d'usage, de l'écoulement des eaux dans des conduites de façon à ne pas gêner les constructions qui les surmontent, et d'autres choses encore. Car ils ont en tout cela une perspicacité et une expérience sans pareilles (*fa-la-hum bi-hāḏā kulla-hu al-baṣar wa-ḫibra allatī laysat li-ġayri-him*)[24]. »

[24] Ibn Ḫaldūn, *Al-Muqaddima*, éd. D. al-Ǧuwaydī, Beyrouth, 1995, p. 379. Voir également, à des fins de comparaison, la traduction de V. Monteil, *Discours sur l'histoire universelle*, Paris, 1967, vol. 2, p. 831.

Trois pôles, trois thèmes, récurrents dans la littérature jurisprudentielle maghrébine et andalouse consacrée aux experts et à leurs activités, apparaissent dans ces lignes du grand historien maghrébin : l'acuité du regard porté sur les choses, l'expérience des formes du monde sensible, la connaissance des usages.

2.1.1. *Le baṣar, ou l'œil exercé de l'expert*

Le thème du regard est prépondérant dans le lexique servant à la dénomination des experts et à la présentation de leurs compétences particulières. Leur désignation générique, par l'expression *ahl al-baṣar*, fait référence au *baṣar*, le « regard clairvoyant », le « coup d'œil » de celui qui, « perspicace » (*baṣīr*), use de ses talents d'observation pour percer la nature des choses et des êtres [25]. Un autre terme, également très fréquent dans le lexique de l'expertise judiciaire, est le *naẓar*, ce « regard spéculatif », celui de « l'inspection attentive », que sollicitent expressément les juges auprès des experts lors d'une demande d'expertise : « [le *qāḍī*] nous demanda une expertise de [l'objet du litige] » (*wa-sa'ala-nā* [*al-qāḍī*] *al-naẓar fī ḏālika*) [26]. Ces mêmes experts enfin, une fois parvenus sur les lieux, se retrouvent en « situation de voir par eux-mêmes », en « situation d'observation directe » (*ʿiyān*, *muʿāyana*) [27] ; ils « regardent » alors, « examinent » et « voient » les éléments du problème (nombreuses occurrences du verbe *ra'ā*) [28]. L'emploi, parfois redondant, de tous ces termes, marque bien la nature première de la culture de l'expert, une culture de l'œil exercé à saisir les nuances de la matière, du monde physique et de ses formes changeantes.

2.1.2. *Une culture fondée sur l'expérience et la connaissance*

Une autre expression générique, *ahl al-maʿrifa*, sert à désigner les experts, en mettant en avant la *maʿrifa*, la « connaissance » particulière qu'ont les experts en un domaine précis, leur capacité de « saisie » de la réalité du monde qui les entoure [29]. L'expression est parfois complétée par la mention du domaine spécifique de cette connaissance : ainsi, dans sa *Tabṣira*, Ibn Farḥūn (Médine, m. en 799/1397) note-t-il que les juges s'en remettent, entre autres, aux « experts en matière de préjudices, de ceux que cause un quidam à son voisin, de ceux affectant les voies [publiques], ou autres [cas] similaires » (*ahl al-maʿrifa min masā'il al-ḍarar mimmā yuḥdiṯu-hu al-insān ʿalā ǧāri-hi aw fī l-ṭuruqāt wa-anwāʿ ḏālika*), ou encore aux « experts en matière de défauts dans les maisons, lézardes et fissures, ou autres [vices] » (*ahl al-maʿrifa fī ʿuyūb al-dūr wa-mā fī-hā min al-ṣudūʿ wa-l-šuqūq wa-sā'ir al-ʿuyūb*) [30].

[25] Ibn al-Rāmī, *I'lān*, A I: 133, BS 36; A I: 153, BS 43; A I: 343, BS 108; A I: 351, BS 110; etc.
[26] *Ibid.*, A I: 136, BS 37; A I: 148, BS 42; A I: 153, BS 43; A I: 208, BS 60; 346; A I: 351, BS 110; etc.
[27] *Ibid.*, A I: 222, BS 65; A I: 351, BS 110; etc.
[28] *Ibid.*, A I: 133, BS 36; A I: 148, BS 42; A I: 153, BS 43; A I: 222, BS 65; A I: 343, BS 108; etc.
[29] *Ibid.*, A I: 157, BS 44; A I: 217, BS 63; A I: 222, BS 65; A I: 343, BS 108; etc.
[30] Ibn Farḥūn, *Tabṣirat al-ḥukkām*, éd. Ǧ. Marʿašlī, Beyrouth, 1995, vol. 2, p. 81.

2.1.3. *Une culture tournée vers le local*

Les experts sont enfin les dépositaires de la coutume (*ʿurf*) et des usages sociaux entérinés par l'habitude (*ʿāda*, plur. *ʿawā'id*) en matière de pratiques constructives. La référence à la coutume est une donnée importante dans le discours du maître-maçon tunisois. Face à la culture plus globale, plus « universelle » des cadis, les experts sont les garants et les médiateurs d'une culture enracinée dans le local, avec ses usages spécifiques (gestes constructifs, modules de matériaux, distances à respecter lors de l'implantation de puits, citernes, meules, etc., mais aussi particularités terminologiques). De ce fait, ils sont les auxiliaires indispensables des cadis qui, au cours de leur carrière, sont parfois amenés à changer plusieurs fois de lieux d'affectation, se retrouvant ainsi loin de leur région ou ville d'origine, loin aussi de certaines de leurs références culturelles, acquises dans leur milieu social d'origine ou celui de leur formation juridique initiale [31].

2.2. Les domaines d'intervention des experts

Le *Kitāb al-Iʿlān* donne des divers champs d'intervention des experts-maçons une image très précise. Son auteur insiste plus particulièrement sur trois domaines spécifiques : la résolution des conflits de mitoyenneté entre propriétaires d'héritages voisins ; l'estimation du préjudice (*ḍarar*) et son élimination ; l'inspection des bâtiments défectueux et la mise en évidence des vices rédhibitoires.

2.2.1. *La résolution des conflits de propriété*

L'une des figures majeures de l'expertise dans le *Kitāb al-Iʿlān* consiste en la détermination du statut d'un bien immeuble que se disputent deux propriétaires d'héritages voisins. Il s'agit parfois d'une citerne ou d'une autre structure similaire située en limite de deux parcelles ; mais le recours aux experts concerne surtout le mur séparant deux fonds, dont ils détaillent lors de l'examen visuel les éléments architecturaux susceptibles de fournir l'indice de la propriété ; parmi ces éléments, les liens de maçonnerie (*ʿaqd*, *maʿāqid*, *qimṭ*) occupent dans l'expertise une place importante, à tel point que ces termes servent parfois à désigner leur champ d'activité. Ainsi, Ibn Rušd l'Ancien (Cordoue, m. en 520/1126) rapporte l'envoi par un magistrat de Jaén de « témoins connaisseurs en matière de construction, de vices [affectant] des maisons et de chaînages des murs » *(al-šuhūd al-ʿārifīna bi-umūr al-bunyān wa-ʿuyūb al-diyār wa-ʿuqūd al-ǧudurāt* [32]). Un autre cas, rapporté par Ibn al-Rāmī, illustre le déroulement de ce type d'expertise :

[31] C'est le cas par exemple d'Ibn ʿAbd al-Rafīʿ qui, originaire de Tunis, passa trente ans de sa vie à exercer la judicature dans diverses villes du Sud tunisien avant d'être nommé pour la première fois *qāḍī al-ǧamāʿa* à Tunis en 699/1299 ; ʿAbd al-Wahhāb, *ʿUmr*, vol. 2, p. 730.

[32] Ibn Rušd l'Ancien, *Fatāwī*, éd. M. b. T. al-Tlīlī, Beyrouth, 1987, vol. 3, p. 1508. Voir aussi Al-Burzūlī (Kairouan, Tunis, m. en 841/1438), *Ǧāmiʿ masā'il al-aḥkām*, Ms. Bibliothèque nationale de Tunis, nº 4851, tome 2, folio 281 vº.

« Un cas analogue est survenu à Tunis et nous a été soumis, alors qu'Abū Zayd b. al-Qaṭṭān était *qāḍī al-ǧamāʿa*. Celui-ci me demanda d'inspecter le mur en question (*fa-saʾala-nī al-naẓar fī ḏālika al-ḥāʾit*) ; J'examinai ce mur (*fa-naẓartu ilā ḥāʾiṭ*), d'orientation nord-sud, qui séparait deux maisons. Des poutres (*ḫušub*) y étaient apposées sur toute sa longueur du côté de la maison située à l'ouest ; à l'est reposaient sur le mur une dizaine de poutres, et un lien de maçonnerie (*ʿaqd*) rattachait le sommet du mur à la maison située de ce côté. J'en informai le *qāḍī*, qui décida que le mur, depuis ce lien de maçonnerie et le toit jusqu'au sol, serait attribué à celui dont la maison était chaînée à ce mur (litt. : à celui qui détenait le raccord), l'autre conservant [le droit] d'appuyer ses poutres [sur ledit mur] (*fa-aḫbartu-hu bi-ḏālika fa-ḥakama fī-hi anna al-ḥāʾiṭ min ḥadd al-ʿaqd wa-l-tasqīf ilā al-arḍ li-ṣāḥib al-ʿaqd al-wāḥid wa-li-l-āḫar ġarz al-ḫušub*) [33]. »

2.2.2. *L'estimation du préjudice et son élimination*

Pour les juristes mālikites, le préjudice (*ḍarar*) causé à autrui est multiple, multiforme, ses figures diverses et changeantes (*wuǧūh al-ḍarar kaṯīra*) [34]. D'où la grande variété des situations dans lesquelles interviennent les experts pour déterminer la cause d'un préjudice, en estimer le degré et, s'il y a lieu, procéder à son élimination. L'extrême majorité de ces situations d'expertise se placent dans un contexte de disputes de voisinage : problèmes de jouissance d'un mur mitoyen, aménagement de portes, de lucarnes ou de pièces hautes d'où le regard de l'indiscret ou de l'indélicat plonge dans la cour des maisons voisines, travaux au rez-de-chaussée ébranlant l'étage et vice-versa, fumées de fritures qui émanent des ruelles du souk ou des habitations, dommages causés en limite de parcelle par le creusement d'un puits ou par les racines d'un arbre, etc. L'une des difficultés de l'expertise en la matière consiste pour ses protagonistes à savoir distinguer ce qui, parmi les causes du préjudice, est ancien (*qadīm* – auquel cas, généralement, on maintient l'aménagement ou l'objet incriminé en l'état), ou récent (*muḥdaṯ* – on procède alors généralement à son élimination) :

« Ce cas est aussi survenu à Tunis, alors qu'Ibn ʿAbd al-Rafiʿ était *qāḍī al-ǧamāʿa*. Un particulier avait édifié derrière une pièce de la maison voisine une écurie (*riwāʾ*) pour sa mule. Comme le propriétaire de la chambre se plaignait du dommage que lui causait cette écurie, le *qāḍī* nous ordonna d'aller voir sur place de quoi il en retournait (*fa-štakā ṣāḥib al-bayt min ḍarar al-riwāʾ fa-amara-nā al-faqīh al-maḏkūr bi-l-naẓar fī ḏālika*). Une fois notre enquête menée, nous informâmes le *qāḍī* que cette construction était récente (*fa-ʿāyannā-hu wa-aḫbarnā-hu anna-hu muḥdaṯ*). Il nous donna alors l'ordre de la démolir et d'en faire sortir l'animal (*fa-amara-nā bi-zawāli-hi wa-ḫurūǧ al-dābba*) (...) [35]. »

[33] Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A 1: 136, BS 37-38.
[34] *Ibid.*, A 1: 320, BS 99. Ibn ʿAbd al-Rafiʿ, *Muʿīn*, vol. 2, p. 784.
[35] *Ibid.*, A 1: 221-222 ; BS 65. Cf. également R. Brunschvig, « Urbanisme... », p. 147.

Au règlement des conflits de voisinage ou de gestion des espaces communautaires s'ajoute, pour les experts tunisois du premier tiers du 8e/XIVe siècle du moins, la surveillance de la voirie. Ordre leur est donné par le cadi de surveiller l'état de la voirie dans les souks, et de procéder à la démolition de toute construction empiétant sur les voies de circulation, ou des murs menaçant de s'effondrer sur celles-ci [36].

2.2.3. *L'inspection des bâtiments défectueux*

Autre champ de l'activité des experts, l'examen et l'évaluation des défauts et des vices (*ʿuyūb*) affectant les maisons et leurs dépendances. L'expertise prend place généralement après une transaction, parfois, mais plus rarement, en prévision de celle-ci. La mise en évidence par les experts de l'antériorité ou non du défaut par rapport à la date de la transaction conditionne le devenir de celle-ci. Les experts statuent alors sur la nécessité de la rédhibition ou la demande d'une compensation éventuelle, en fonction de l'estimation de la gravité du vice constaté :

> « Un autre cas analogue [survint à Tunis et nous fut soumis]. Ayant acheté une maison, un quidam découvrit derrière l'un des murs une canalisation (*qanāt*) appartenant à son voisin et qui, longeant la maison, imprégnait d'eau le mur en question. [Le *qāḍī* Ibn ʿAbd al-Rafīʿ] nous demanda d'aller voir sur place (*fa-sa'ala-nā al-naẓar fī ḏālika*) ; nous l'informâmes que cela constituait un préjudice à l'égard du mur, et qu'il s'agissait là d'un défaut entraînant la restitution [de la maison] (*fa-aʿlamnā-hu anna ḏālika yaḍurru bi-l-ḥā'iṭ wa-anna-hu min al-ʿuyūb allatī turaddu bi-hi*). Le *qāḍī* annonça à l'acquéreur qu'il était en droit soit de conserver [la maison] et d'accepter le défaut mentionné, soit de reprendre la somme par lui versée (*i. e.* : et d'annuler ainsi la vente) (*fa-qāla al-qāḍī li-l-muštarī anta bi-l-ḫiyār immā an tumsika wa-tarḍā bi-l-ʿayb, aw ta'ḫuḏ ṯamana-ka*). Devant la réponse de l'acquéreur, qui désirait reprendre son argent, le *qāḍī* condamna le vendeur à lui reverser la somme, et à reprendre la maison (*fa-qāla al-muštarī aqbiḍ al-ṯaman fa-ḥakama ʿalā al-bā'iʿ an yarudda al-ṯaman wa-ya'ḫuḏa dāra-hu*) [37]. »

2.2.4. *Autres compétences*

D'autres champs d'intervention des experts, que l'on retrouve dans des textes plus tardifs ou étrangers au domaine de l'Occident musulman, n'apparaissent pas ou très peu dans le *Kitāb al-Iʿlān*. On pense ici notamment à l'inspection des édifices placés en mainmorte, *awqāf* ou *habous*, dont on sait qu'elle était pratiquée en Al-Andalus à l'époque d'Ibn al-Ḥāǧǧ (Cordoue, m. 529/1135) [38], ou au Caire à la même époque et plus tard [39]. D'autre part, si

[36] *Ibid.*, A I : 288 suiv., BS 88 et suiv.

[37] *Ibid.*, A I : 340, BS 106.

[38] Ibn al-Ḥāǧǧ, *Nawāzil*, Ms. Bibliothèque générale de Rabat, nº 55 ǧ, p. 151 suiv.

[39] S.D. Goitein, « Geniza Documents on the Transfer and Inspection of Houses », *Al-Andalus* 13-14, 1973, p. 405-406 (acte dressé à Fusṭāṭ en 1136) ; N. Hanna, *Construction Work in Ottoman Cairo (1517-1798)*, Le Caire, 1984, p. 4, 6 et 7.

la division d'héritages apparaît bien dans le *Kitāb al-Iʿlān* sous la forme d'un long développement vers la fin de l'ouvrage, Ibn al-Rāmī cite à ce propos si peu de *realia* que l'on peut se demander dans quelle mesure cette fonction était effectivement assurée à Tunis par les experts-maçons, ou si elle n'était pas confiée, comme il est d'usage ailleurs, à un spécialiste de la répartition d'héritages, le *qassām* ou *qāsim* [40].

2.2.5. *Le champ de la juridiction et des compétences*

Au moment de conclure cette brève présentation des champs de l'expertise, tels qu'on peut les restituer d'après le *Kitāb al-Iʿlān* d'Ibn al-Rāmī, deux remarques s'imposent. L'une porte sur le champ de juridiction de ces experts tunisois, que l'on voit intervenir, bien que rarement et sans doute de manière très ponctuelle, en milieu rural, dans la périphérie de Tunis. Outre le cas des villageois demandant conseil au *qāḍī* au sujet des modalités financières de leur projet de fortification commune, Ibn al-Rāmī cite un autre cas où il informe Ibn ʿAbd al-Rafīʿ du mauvais état d'une route de campagne, qu'il conviendrait selon lui de faire réparer [41]. L'autre remarque concerne le champ de l'expertise et ses rapports avec la *ḥisba*, tels qu'on peut les déduire du même ouvrage pour Tunis dans le premier tiers du 8e/XIVe siècle. On aura noté en effet au long de cette énumération des tâches affectées aux experts-maçons tunisois que certaines d'entre elles – la surveillance de la voirie en premier lieu – relèvent en Al-Andalus, aux 5e/XIe et 6e/XIIe siècles notamment, du *muḥtasib* [42]. Cette attribution aux experts de fonctions ne relevant plus exactement de l'expertise serait peut-être à mettre au compte d'une évolution spécifique des institutions judiciaires de Tunis à l'époque ḥafṣide, dont les modalités restent encore à préciser [43].

[40] Voir par exemple Ibn Farḥūn, *Tabṣira*, 1995, vol. 2, p. 79. D'autres éléments viendraient néanmoins tempérer ce point de vue : ainsi, on voit les riverains d'une impasse, dont ils viennent de doter l'entrée d'une porte (*darb*), solliciter Ibn al-Rāmī pour qu'il procède à la répartition (*farḍ*) entre eux de la contribution (*ġurm*) aux frais de construction ou de réparation ; Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A I: 310, BS 96-97. Une même question est d'ailleurs posée à Ibn ʿAbd al-Rafīʿ par des paysans de la périphérie de Tunis voulant entourer leur village d'un mur d'enceinte (*sitāra*) ; le cadi leur délègue alors le même Ibn al-Rāmī pour qu'il fixe la quote-part (*ġurm*) de chacun ; *Ibid.*, A I: 311, BS 97.

[41] *Ibid.*, A I: 577-578, BS 194-195.

[42] En matière de surveillance de la voirie, voir par exemple Ibn ʿAbdūn, *Risālat Ibn ʿAbdūn fi l-qaḍāʾ wa-l-ḥisba*, éd. E. Lévi-Provençal, *in Documents arabes inédits sur la vie sociale et économique en Occident musulman au Moyen âge (première série: trois traités hispaniques de ḥisba)*, Le Caire, 1955, p. 37 ; trad. E. Lévi-Provençal, *Séville musulmane au début du XIIe siècle: le traité d'Ibn ʿAbdūn sur la vie urbaine et les corps de métiers*, Paris, 1953, p. 81. Pour l'inspection des maisons, le juriste Al-Šaʿbī al-Mālaqī (Malaga, m. en 497/1103), indique que le *ṣāḥib al-sūq* ne peut exercer cette fonction qu'à la condition que celle-ci soit explicitement indiquée dans son acte d'investiture (*taqdīm*) ; Al-Šaʿbī al-Mālaqī, *Al-Aḥkām*, éd. Ṣ. al-Ḥulwī, Beyrouth, 1992, p. 177-178, repris dans Al-Wanšarīsī (Fès, m. en 914/1508), *Al-Miʿyār al-Muʿrib*, éd. M. Ḥaǧǧī, Beyrouth, Rabat, 1981-1983, vol. 10, p. 101 ; analyse par V. Lagardère, *Histoire et société en Occident musulman au Moyen âge*, Madrid, 1995, p. 461, nº 167 et 168.

[43] R. Brunschvig, « Urbanisme... », p. 149-150 et 152 ; on retrouve la fonction de surveillance de la voirie dans une citation d'Ibn Farḥūn, *Tabṣira*, vol. 2, p. 81, donnée *supra*.

3. TRACES ET INDICES : UN SAVOIR EN CONSTRUCTION

3.1. La construction d'une herméneutique

3.1.1. *Une quête d'indices*

L'œil de l'expert est à présent à l'œuvre. Par l'observation minutieuse de l'objet du litige, par l'examen poussé du bâti, il cherche à accéder à la « réalité » (*ḥaqīqa*) des faits, à en lire les vestiges dans leur inscription physique, toute matérielle :

> « Ce cas est survenu à Tunis (...). Un puits (*bi'r*) avait été ménagé dans le mur d'une maison, et derrière ce mur courait une canalisation (*qanāt*) appartenant au voisin. Comme l'eau de la canalisation venait à suinter au niveau du puits, les deux voisins en appelèrent au *qāḍī*. Celui-ci ordonna une visite [d'experts] afin d'examiner la réalité des faits ayant entraîné le litige (*fa-amara bi-l-nuzūl ilā muʿāyanat ḍālika wa-l-naẓar fi ḥaqīqat mā tadāʿayā fī-hi*) (...)[44]. »

L'œil de l'expert est donc à l'œuvre. Mais que cherche-t-il ? À quels signes apparents sur les murs, à quelles traces sur le sol ou sous le toit peut-il se fier ? En quoi les éléments matériels qu'il isole constituent-ils des indices, ces indices des preuves ? L'anecdote suivante, rapportée par elle aussi par Ibn al-Rāmī, va nous permettre de répondre à ces questions :

> « Ce cas s'est produit à Tunis. Un quidam avait acquis [un terrain sur lequel se trouvaient] les ruines (*ḫarba*) d'une maison. Il rebâtit celle-ci et découvrit une citerne (*ǧubb*), dont le regard (*famm al-māǧil*) se trouvait chez lui. On trouva un second orifice (*famm*) dans l'une des maisons proches, et les deux voisins de se disputer longuement la propriété de la citerne auprès du *qāḍī* Abū Yaḥyā al-Ġūrī. Celui-ci donna alors l'ordre aux experts d'examiner l'orifice en litige (*i. e.* : le second orifice, celui trouvé chez le voisin) pour savoir s'il était récent, autrement dit s'il s'agissait d'un aménagement nouveau auquel venait de procéder le voisin en question, ou s'il était ancien (*i. e.* : faisant partie intégrante de la citerne dès l'origine de la construction) (*fa-amara ahl al-maʿrifa an yanẓurū al-famm yustaḍarru min-hu : hal huwa muḥdaṯ aḥdaṯa-hu allaḍī huwa fī l-dār dūna allaḍī al-māǧil fi dāri-hi am huwa qadīm*). Les experts se rendirent donc sur les lieux (*fa-nazalū*) (...) ; ils décapèrent[45] la surface de la citerne et celle de la ruelle (*fa-qaššarū-hu wa-qaššarū al-zanqa*) où s'écoulait l'eau provenant du petit orifice (*i. e.* : celui trouvé chez le voisin) qui servait à la puiser, afin de voir si cet orifice et la citerne correspondaient à une seule et même construction ou non (*hal al-binā' wāḥid maʿa binā' al-māǧil bi-l-dār aw lā*). Ils virent que toute la construction était homogène, sans remaniements récents, que l'endroit où l'on puisait l'eau était de facture ancienne, similaire à celle de la citerne, et que le fond de celle-ci n'avait pas été modifié récemment de ce côté (*fa-waǧadū-hu kulla-hu binā'an ġayr muḥdaṯ wa-mawḍiʿ al-istiqā' min ǧins al-māǧil qadīm ġayr muḥdaṯ wa-anna qāʿat al-māǧil ġayr muḥdaṯa ilā al-ǧiha allatī min-hā al-istiqā'*) (...)[46]. »

[44] Ibn al-Rāmī, *I'lān*, A I : 413, BS 135.

[45] Le verbe *qašara / yaqšuru* ou *yaqširu*, et son dérivé *qaššara / yuqašširu* signifient littéralement : « dépouiller (un fruit) de son écorce (*qišr*) ou de sa coque » ; A. de Biberstein Kazimirski, *Dictionnaire arabe-français*, vol. II, p. 741. Une traduction par le français « décaper » a l'avantage de rendre l'idée d'enlèvement d'une surface pour dégager ce qui se trouve en dessous.

[46] Ibn al-Rāmī, *I'lān*, A II : 430-432, BS 141-142.

Décapant précautionneusement la surface des maçonneries pour y lire les indices d'une contemporanéité des structures, les experts-maçons s'attachent à déceler les traces d'actions passées, à lire ces signes et à en interpréter le sens. Ainsi, à l'instar des symptômes ou des cicatrices qui attestent la maladie ou la maltraitance chez l'esclave ou la bête de somme, la trace architecturale observée, détachée, isolée par l'examen attentif, *de visu*, devient fait, le fait une fois objectivé devient significatif. L'observation de la trace, ici architecturale, induit par conséquent le fait, autrement impossible à atteindre. Cette analyse du bâti, qui rappelle les procédures suivies dans d'autres disciplines expertes – la médecine notamment –, est sous-tendue, comme le montrent d'ailleurs dans les sources juridiques les nombreuses occurrences citées *supra* de termes renvoyant au thème de l'œil exercé (*baṣar*, *naẓar*, *ʿiyān* ou *muʿāyana*, *ru'ya*), par l'idée de la prédominance d'un rapport au monde sensible qui s'effectue sur le mode de l'expérience visuelle [47]. Car la connaissance des formes du monde sensible (*maʿrifa*, terme dont on rappelle qu'il sert également à désigner les experts, « ceux qui détiennent la *maʿrifa* », *ahl al-maʿrifa*) s'acquiert par l'autopsie [48]. Dans cette configuration du savoir, le symptôme devient un indice (*dalīl*), et l'indice un instrument à valeur probatoire (*šāhid*, plur. *šawāhid* [49]), dont experts et juges recherchent le concours. Ainsi, dans le cas de la citerne,

> « Les experts informèrent de ces résultats le *qāḍī* Abū Yaḥyā al-Ġūrī, qui se prononça en faveur de celui qui possédait [chez lui] le regard [de la citerne], en vertu des signes [matériels] qui avaient témoigné exclusivement en sa faveur (*fa-aḫbarū bi-ḏālika al-qāḍī Abū Yaḥyà al-Ġūrī fa-ḥakama bi-hi li-ṣāḥib al-famm allaḏī qāmat la-hu tilka al-šawāhid dūna ṣāḥib al-arḍ*) (...) [50]. »

3.1.2. *La fonction sémiotique de l'expertise*

Dans ce mode spécifique du connaître, l'activité de l'expert est orientée vers l'observation de cas individuels, de gravité et de complexité inégales. Pour s'assurer une « prise » sur les réalités du monde sensible, l'expert cherche des signes, plus précisément des traces, des symptômes, des indices (*dalīl*). On peut parler, à propos de cette capacité de l'expert à manipuler les signes, d'une fonction sémiotique de l'expertise, ou, pour reprendre l'expression de Carlo Ginzburg, d'une « méthode indiciaire » propre à l'expert, maître du « paradigme de l'indice [51] ». Remontant des signes (*šāhid*, plur. *šawāhid*) qu'il a su déceler à leurs « causes », à leurs « principes » (*sabab*, plur. *asbāb*), l'expert-maçon s'assure ainsi une connaissance intrinsèque de la chose, qui lui permet d'évaluer la qualité ou le défaut d'un élément du bâti, non seulement dans son état présent, mais également dans son devenir. Elle lui permet

[47] Sur cette question et son rapport plus spécifique à l'archéologie du bâti, voir plus spécifiquement M. Bourel, P. Bruneau, « Diagnostic médical et diagnostic archéologique », *Revue d'archéologie moderne et d'archéologie générale* (= *RAMAGE*) 5, 1987, p. 11-26, et P. Bruneau, « Le statut archéologique de la trace », *RAMAGE* 10, 1992, p. 87-93.

[48] Gr. *autopsia*, « action de voir de ses propres yeux ».

[49] Sur ce mot, voir « *Shawāhid* » *in EI*[2], IX, 1996, p. 382-384 [Cl. Gilliot].

[50] Ibn al-Rāmī, *I'lān*, A II: 431, BS 142.

[51] C. Ginzburg, « Traces. Racines d'un paradigme de l'indice », *in Id., Mythes, emblèmes, traces. Morphologie et histoire*, Paris, 1989, p. 139-180.

d'analyser d'éventuels troubles ou désordres dans la construction, pour aboutir, sur le lieu même de l'expertise, à une véritable pathologie du bâti. La trace devient alors symptôme, et l'examen diagnostic ou pronostic :

> « Le maître maçon Muḥammad dit : Le [cas du mur] qui n'est pas d'aplomb (*al-ḥā'iṭ allaḏī yakūnu ʿalā ġayr al-mīzān*) varie selon les formes particulières que prend sa construction (*yaḫtalifu bi-iḫtilāf ṣifat al-ḥā'iṭ fī bunyāni-hi*). S'il s'agit d'un mur tout entier de bonne construction (*ṣaḥīḥ al-binā' fī ḏāti-hi*) et qu'ils s'y trouvent des éléments constitutifs de sa bonne tenue (*wa-fī-hi asbāb tamassuki-hi*), comme une toiture (*suqūf*), des appuis (latéraux) (*mā yaʿḍudu-hu*) ou des contreforts (*asānīd*), et autres choses semblables (...), et si son inclinaison n'est pas trop prononcée, on peut, au vu de ces signes, [espérer] le maintenir en l'état fort longtemps (*fa-hāḏa mimmā yumkinu baqā'u-hu bi-hāḏihi al-šawāhid al-zamān al-ṭawīl*. (...) [52]. »

Ce paradigme de l'indice, modèle et fondement cognitif de l'activité de l'expert, Ibn Rušd l'Ancien dans ses *Muqaddimāt* [53], comme Ibn Ḫaldūn dans la *Muqaddima*, lui donnent pour nom *istidlāl*, la « recherche de signes décisifs, d'indices » :

> « Tout ceci reste celé [à la connaissance du plus grand nombre], mais pas aux experts en construction, savants connaisseurs en la matière (*wa-yaḫfā ġamīʿ ḏālika illā ʿalā ahl al-baṣar bi-l-binā' al-ʿārifīna bi-aḥwāli-hi*), eux qui tirent des preuves des chaînages et des liens de maçonnerie, de la façon dont sont plantées les poutres du toit, de l'aplomb – ou non – des murs (*al-mustadillīna ʿalay-hā bi-l-maʿāqid wa-l-qumuṭ wa-marākiz al-ḫušub wa-mayl al-ḥīṭān*) (...) [54]. »

Ce raisonnement par inférence conduit l'expert à prendre connaissance de ce qui est caché, voilé, aux yeux de ceux qui n'ont pas sa perspicacité et son expérience : à lui se livre le *dalīl al-ʿiyān*, le signe que ne peut percevoir qu'un œil exercé. L'expression est courante dans les descriptions de l'expertise : ainsi, dans le cas survenu à Jaén et rapporté par Ibn Rušd l'Ancien,

> « De l'observation attentive et de l'examen minutieux [du mur en question], [les deux experts] en ont déduit que celui-ci était copropriété [des deux voisins] (*fa-dalla-humā al-naẓar ilay-hi wa-l-ʿiyān la-hu anna al-ǧidār al-maḏkūr muštarak bayna-humā bi-niṣfayn*) (...) [55]. »

[52] Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A 1: 341, BS 107.

[53] Ibn Rušd, *Al-Muqaddimāt al-Mumahhidāt*, éd. Saʿīd Aḥmad Aʿrāb, 3 vol., Beyrouth, 1988, vol. 2, p. 273.

[54] Ibn Ḫaldūn, *Muqaddima*, p. 379 ; trad. V. Monteil, vol. 2, p. 831.

[55] Ibn Rušd, *Fatāwī*, vol. 3, p. 1508 ; voir également *ibid.*, vol. 3, p. 1335.

3.2. Réduire l'arbitraire du signe : de l'empirisme à la théorie des présomptions

3.2.1. *Les présomptions simples : connaissance empirique et expérimentation*

L'expert, s'il sait dénouer l'écheveau parfois complexe des assises de maçonnerie, s'il sait distinguer le visible (*ẓāhir*) de ce qui ne l'est pas (*ḫafī*) dans les vices de construction, s'il sait estimer les préjudices et discerner leurs causes, le doit donc à une pratique assidue de l'*istidlāl*. Toutefois, cette pratique, réitérative, ne découle pas forcément des mêmes observations, et ne débouche pas sur la mise en évidence des mêmes faits. Car le monde des formes où se meut l'expert est celui de la contingence, de l'aléa, et les « formes constructives » (*aḥwāl al-binā'*, comme les appelle Ibn Ḫaldūn) sont changeantes d'une bâtisse à une autre. Autrement dit, l'expert n'acquiert jamais qu'une connaissance du fait toujours indirecte, donc conjecturale, éminemment qualitative, infiniment instable. L'opération intellectuelle qu'il met en œuvre est une analogie toujours recommencée, du singulier au singulier, lors de chaque expertise à mener, en fonction des signes qui se manifestent alors à lui, ponctuellement, au gré des circonstances. Parfois, pour venir à bout des incertitudes du monde physique, il faut en passer par l'expérimentation, comme dans l'exemple suivant, consacré à la mise en évidence des vibrations causées par les mouvements d'une porte d'impasse (*darb*) au mur sur lequel elle s'appuie :

> « Un autre cas analogue s'est également produit à Tunis. Des riverains s'étaient mis d'accord pour construire une porte d'impasse (*darb*) ; ils s'étaient entendus pour l'aménager à un endroit jouxtant le mur d'une chambre haute (*ġurfa*) appartenant à un autre individu. Ce dernier alla se plaindre [auprès du *qāḍī*] du jour préjudiciable [qui était apparu au niveau de son mur], du fait [des vibrations résultant] de l'ouverture et de la fermeture [de cette porte] (*fa-šakā ṣāḥib al-ḥā'iṭ ḍarar al-hawā' alladī huwa bi-sabab al-fatḥ wa-l-ġalq*). Le *qāḍī* m'ordonna alors d'aller voir sur place ce qu'il en était ; et pendant que l'un de nous deux ouvrait et fermait la porte, l'autre observait l'effet des vibrations causées par cette manœuvre sur le mur en question (*fa-amara-nī al-qāḍī bi-ru'yati-hi fa-baqiya wāḥid min-nā yaftaḥu al-bāb wa-yaġlaqu-hu wa-l-āḫar yanẓuru hal yahtazzu al-ḥā'iṭ bi-sabab al-ġalq wa-l-fatḥ am lā*). Comme le mur en était affecté, nous en informâmes le *qāḍī* Abū Isḥāq b. ʿAbd al-Rafīʿ, qui nous donna l'ordre de procéder à la démolition de cette porte et à sa destruction complète (*wa-kāna al-ḥā'iṭ yahtazzu bi-ḏālika fa-aḫbarnā bi-ḏālika al-qāḍī Abā Isḥāq Ibn ʿAbd al-Rafiʿ fa-amara-nā bi-qaṭʿ al-darb wa-zawāli-hi wa-hadmi-hi*) [56]. »

Dans l'expertise en matière de construction, il n'existe donc pas *a priori* de règles toutes faites, pas de recettes figées. L'inférence qui permet de passer de faits connus (les témoins matériels) à des faits inconnus (leurs causes) est donc basée sur un nombre indéfini de présomptions simples, de présomptions de fait, dont certaines procèdent, non d'une approche empirique,

[56] Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A 1: 308, BS 96.

mais d'un raisonnement fondé sur l'expérimentation. Une autre anecdote, bien connue et souvent rapportée, illustre cette capacité d'appréciation ponctuelle du degré du préjudice au moyen d'une procédure expérimentale ; elle met en scène Ibn al-Ramī et Ibn ʿAbd al-Rafīʿ, à propos du dommage éventuel causé à ses voisins par le propriétaire d'une meule :

– « J'interrogeai un jour le *qāḍī* Abū Isḥāq b. ʿAbd al-Rafīʿ, dit le maître-maçon Muḥammad, au sujet d'un moulin (*raḥā*) aménagé dans une maison et dont le voisin se plaignait du dommage causé à son mur par les vibrations émanant de la meule, située de l'autre côté du mur. Où et par quel moyen peut-on déterminer si, oui ou non, la rotation de la meule [occasionne un dommage au mur du voisin] (*fa-bi-ay ṣūra yuʿlamu hizz hāḏā fī l-ḥā'iṭ wa-ayn tuʿmalu hāḏihi al-ṣūra*), ou si les trépidations qu'elle provoque se perdent dans le sol ? »

Voici ce qu'il me répondit :

– « Tu prendras une feuille de papier (*ṭabaq min kāġīd*), que tu attacheras, aux quatre angles, avec quatre fils (*aḫyāṭ*) dont tu relieras les extrémités et que tu suspendras dans la maison du voisin à une poutre plafonnière (*saqf*) reposant sur le mur qui sépare du moulin cette maison ; tu poseras sur le papier un grain de coriandre (*ḥabba min kuzbur yābis*) et tu diras au propriétaire du moulin d'actionner sa meule. Si le grain de coriandre est secoué sur le papier, on invitera le propriétaire du moulin à supprimer ce dernier comme portant préjudice au voisin ; dans le cas contraire, on invitera le propriétaire de la maison voisine à laisser travailler le propriétaire du moulin. »

Je lui demandai alors :

– « Et si le mur en question est une simple cloison qui ne supporte point de poutre, où suspendra-t-on le papier ? »

Et le *qāḍī* de me répondre :

– « Tu prendras un roseau épais (*qaṣaba ġalīẓa*) que tu feras tenir, du côté de la maison voisine, en l'enfonçant d'un demi-empan dans le mur ; tu y suspendras le papier, sur lequel tu déposeras un grain de coriandre, etc. (...) [57]. »

Au-delà de l'anecdote souvent glosée, transparaît bien ici le caractère conjectural de l'expertise, et la nécessité pour l'expert-maçon d'user parfois de stratagèmes pour venir à bout d'une nature rétive. Pour cela, il se doit d'être non seulement, comme son métier l'exige, « habile » (*māhir*) et « perspicace » (*baṣīr*), mais il doit aussi détenir le *ḥiḏq*, qualité à mi-chemin du savoir et du faire, « l'ingéniosité » qui rend l'homme « habile » dans son travail, mais lui donne également l'esprit « vif », « tranchant », qui ne lésine pas à l'occasion d'user de ruse [58]. Le *ḥiḏq*, « l'ingéniosité », n'est pas sans rapport avec la *mètis* grecque, cette intelligence engagée dans la pratique, magistralement étudiée par Marcel Détienne et Jean-Pierre Vernant, qui permet à son détenteur d'avoir, lors d'une situation donnée, « prise » sur l'événement ou les circonstances [59]. Cette prise, toujours singulière, sur les traces matérielles significatives est laissée à l'appréciation et à la responsabilité des experts : c'est en substance la réponse que fait Abū ʿAbd Allāh

[57] *Ibid.*, A I : 218-219, BS 64 ; trad. R. Brunschvig, « Urbanisme... », p. 148.

[58] Ibn Ḫaldūn, *Muqaddima*, p. 378-379.

[59] M. Détienne, J.-P. Vernant, *Les ruses de l'intelligence. La mètis des Grecs*, 2e éd., Paris, 1992.

b. al-Ġammāz à Ibn al-Rāmī qui l'interroge sur les modalités de l'élimination du préjudice causé par la présence d'une écurie derrière le mur d'une maison :

– « Jusqu'à quel point peut-on aller pour faire cesser le préjudice qui affecte un mur (*wa-mā ḥadd qaṭʿ al-ḍarar ʿan al-ḥāʾiṭ*) ? »

– « C'est là, répondit Ibn al-Ġammāz, ce qui incombe à votre responsabilité et au sens de l'observation [que vous avez développé] dans votre activité, d'estimer dans quelle mesure le préjudice, les vibrations et l'humidité ont bien cessé d'affecter le mur [en question] (*hāḏā yataʿallaqu bi-ḏimmati-kum wa-naẓari-kum fī šuġli-kum bi-qadr mā tarawna anna al-ḍarar wa-l-hizz wa-l-nadwa qad zālat ʿan al-ḥāʾiṭ*) [60]. »

3.2.2. *Les présomptions légales : l'exemple du chaînage entre deux murs*

Du fait de leur caractère circonstanciel, le nombre de ces présomptions simples, de ces inductions que le juge fonde sur des faits de nature diverse, n'est pas limité, et leur appréciation est en conséquence laissée à la prudence et à la perspicacité du cadi [61]. La contingence des situations d'expertise n'est pas sans poser du coup de sérieux problèmes à l'expert, confronté à un « arbitraire du signe », puisqu'il existe théoriquement pour un même objet une multiplicité de traces, donc de significations susceptibles d'en être tirées. D'où l'importance d'une définition des règles de l'expertise, ou plus exactement d'un accord, d'un consensus savant autour de la désignation de certains éléments, architecturaux ou autres, en tant qu'indices caractéristiques de certains faits. Il existe en effet des situations où l'œil exercé de l'expert peut se reposer sur des signes revêtus par la doctrine mālikite d'une valeur présomptive constante, et qui ont pour effet de dispenser de la recherche de toute autre preuve contingente. La question de la revendication privative d'un mur situé en limite de deux parcelles, quand ni l'un ni l'autre des deux voisins ne peut prouver par la possession d'un titre quelconque que le mur en question lui appartient, fournit à ce sujet un bon éclairage sur le statut de ces présomptions, qui sont tirées, dans le premier tiers du 8e/XIVe siècle à Tunis, de la considération de certaines situations perçues comme coutumières (*ʿurf*) ou relevant de l'usage invétéré (*ʿāda*) :

« [Dans le cas du mur situé entre deux fonds et revendiqué par les deux voisins,] on se prononce [selon le témoignage des aménagements] auxquels le propriétaire a l'habitude de procéder chez lui, les us et coutumes constituant une source de la Loi à laquelle on se réfère en cas de

[60] Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A 1 : 225, BS 66.

[61] J. Lapanne-Joinville, « Les présomptions », p. 99 sq. ; D. Santillana, *Istituzioni di diritto malichita (con riguardo anche al sistema sciafiita)*, 2 vol., Rome, 1922-1924 (vol. 1), 1938 (vol. 2), vol. 2, p. 757, *s.v.* « Presunzione ». Ces présomptions prennent parfois le nom de *qarīna* (plur. *qarāʾin*) : voir W.B. Hallaq, « Notes on the Term *Qarīna* in Islamic Legal Discourse », *JAOS* 108, 1988, p. 475-480, repris dans *Id., Law and Legal Theory in Classical Medieval Islam*, Aldershot, 1994, art. X, p. 1-15 (p. 8) (c'est à la pagination de ce dernier ouvrage que je renvoie). Sur le « jugement de circonstance » (*taḥkīm al-ḥāl*), voir également L. Milliot, F.-P. Blanc, *Introduction...*, p. 573. Sur les strictes limites posées par la procédure au pouvoir d'appréciation du cadi, voir également ibid., p. 563, Morand, *Introduction...*, p. 330 et suiv., et N.J. Coulson, *Histoire...*, p. 123. On verra *infra* les nuances que permettent d'apporter à cette idée les exemples d'expertise judiciaire fournis par Ibn al-Rāmī.

litige quand on ne peut s'en remettre à une autre source, car Dieu Tout-Puissant a dit : « Pratique le pardon ! Ordonne le *ʿurf* ! » (*fa-yuḥkamu fī ḏālika bi-mā ǧarā min ʿādāt al-mālik an yaf ʿala-hu fī milki-hi, li-anna al-ʿurf wa-l-ʿāda aṣlun yurǧaʿu ilay-hi fī l-tanāzuʿ iḏā lam yakūn ṭamma aṣlun yurǧaʿu ilay-hi, li-qawl Allāh ʿazza wa-ǧalla : « ḫud al-ʿafū wa-'mur bi-l-ʿurf »*)[62]. »

Les juristes tunisois considèrent par conséquent qu'il existe dans les choses un certain ordre normal, fondé sur la coutume (*ʿurf*) et l'habitude (*ʿāda*). Le cours normal des choses, le comportement habituel des gens, l'usage invétéré, sont reconnus comme des sources de connaissance, et acquièrent en conséquence une certaine autorité probatoire. Les présomptions légales qui découlent de ces usages locaux et répétitifs sont donc susceptibles d'être reconduites de cas similaire en cas similaire. Alors que le nombre des présomptions simples est théoriquement illimité – puisque laissé à l'appréciation du cadi –, les présomptions légales sont strictement contingentées par la doctrine. Suivant les situations, le nombre de ces éléments est certes susceptible de varier, mais reste toujours limité. Il en est ainsi par exemple des indices ayant valeur de présomption légale dans le cas d'une revendication en propriété portant sur un mur séparant deux fonds, la coutume de Tunis, au dire d'Ibn al-Rāmī, les arrête au nombre de six :

« Chez nous [à Tunis, les éléments accessoires ayant valeur de présomption] dans le cas [de la revendication concernant] un mur [mitoyen] sont, d'après la coutume, au nombre de six (*wa-l-ʿurf ʿinda-nā fī l-ǧidār sittatu ašyā'*) : le chaînage maçonné (*al-qimṭ*), la porte percée dans le mur (*al-bāb yakūnu fī l-ǧidār*), l'appui de poutres (*ġarz al-ḫušub*), la [présence d'une] lucarne [dans le mur en question] (*al-kuwwa*), la construction au-dessus du mur (*al-binā' ʿalā aʿlā al-ḥā'iṭ*), et le parement extérieur du mur (*waǧh al-binā'*)[63]. »

De ces *marāfiq*, « éléments accessoires[64] » de la maison, l'un se distingue d'emblée par la force probatoire dont il se trouve doté par la doctrine mālikite. Il s'agit du chaînage d'angle (*ʿaqd, maʿāqid, qimṭ*), ce lien de maçonnerie qui associe structurellement deux pans de murs perpendiculaires, l'un étant le mur en litige : en ce cas, la liaison entre ces deux murs est revêtue par la doctrine d'une valeur de présomption empirique, relevant de l'ordre « habituel » des choses, en faveur du propriétaire du mur lié au mur séparatif. La reconnaissance d'un tel élément par les experts s'avère donc décisive, et l'on comprend tout le soin que consacre Ibn al-Rāmī à cette opération :

« [Pour déterminer l'existence d'un chaînage d'angle à tel endroit,] on examine les assises du mur en litige et celles des murs adjacents et contigus faisant angle avec lui (*wa-ṣūrat al-ʿaqd an yunẓara fī ṣufūf al-ḥā'iṭ al-muddaʿā fī-hi wa-fī ṣufūf al-ḥīṭān al-muǧāwira la-hu al-rāǧiʿa ʿan-hu li-l-tarbīʿ*). Si les assises du mur en litige se prolongent sur tout le pourtour des murs qui lui sont adjacents et contigus, et que les assises de ces murs se prolongent aussi de façon identique

[62] Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A I : 125, BS 34.

[63] *Ibid.*, A I : 125, BS 34.

[64] Au sens où ils se rattachent à la propriété principale, le mur en l'occurrence ; sur les *marāfiq*, voir par ex. Ibn Manẓūr, *Lisān al-ʿarab*, *s.v.* « Marfaq », où le terme désigne les « utilités » de la maison.

sur les deux parements de ce mur, alors il s'agit d'une seule et même construction (*fa-in kānat ṣufūf al-ḥā'iṭ al-muddaʿā fī-hi tattaṣilu dā'iratan bi-ṭūl al-ḥīṭān al-muğāwira la-hu al-rāğiʿa ʿan-hu wa-tattaṣilu ayḍan ṣufūf al-ḥīṭān al-muğāwira la-hu bi-l-dā'ira fī ṭūl al-ḥā'iṭ al-muddaʿā fī-hi ayḍan fī l-wağhayn yakūnu binā'u-hā binā'an wāḥidan*). [Pareillement] si les assises [de ces différents murs] s'entrecroisent dans les angles, à la condition expresse que les assises du mur en litige s'entrecroisent bien avec les assises [des autres murs], comme [on le fait] des doigts des deux mains (*wa-tatarakkabu al-ṣufūf fī l-rukn baʿḍa-hā ʿalā baʿḍ bi-šarṭ an takūna al-ṣufūf min al-ḥā'iṭ al-muddaʿā fī-hi yarkabu baʿḍu-hā ʿalā baʿḍ ka-štibāk aṣābiʿ al-yad*). Voilà comment se présente un chaînage d'angle, que les murs soient construits en matériaux banchés, en pierre, en brique cuite, ou en un autre matériau (*fa-hāḏā ṣūrat al-ʿaqd sawā'an kānat al-ḥīṭān bi-l-ṭābiya aw bi-l-ḥağar aw bi-l-āğurr aw ġayr ḏālika*). [Dans le cas] des murs construits en matériaux banchés, on examinera la façon dont les banchées sont disposées [les unes par rapport aux autres] (*fa-in kānat al-ḥīṭān bi-l-ṭābiya nanẓuru fī ṣifat nuṣb al-lūḥ*)[65]. »

3.2.3. *L'évolution épistémologique : de la primauté de l'oral à la prévalence de la trace architecturale*

Si elle semble couler de source, notamment par la logique architecturale qui la sous-tend, la configuration procédurale que l'on vient d'évoquer, et qui est acceptée dans la plupart des ouvrages mālikites, andalous et maghrébins, contemporains du *K. al-Iʿlān*, ne s'est pourtant pas imposée sans mal dans la doctrine. Elle résulte en effet d'une évolution épistémologique qui va mener, au long du Moyen Age, la trace matérielle à acquérir progressivement son autonomie par rapport à la sphère du social, en donnant au signe architectural une prévalence reconnue par rapport au témoignage de personnes honorables[66]. À l'instar du travail proposé par Carlo Ginzburg sur le développement de la « méthode indiciaire » en Occident, il faudrait pouvoir reconstituer, comme l'y invite d'ailleurs Abdelwahab Meddeb dans un article sur « la trace et le signe[67] », l'histoire de la trace dans la pensée arabe médiévale, pour percevoir les inflexions épistémologiques majeures qui ont préludé à cette nouvelle situation procédurale. On pourrait ainsi trouver les prémisses de l'expertise dans la *qiyāfat al-āṯār*, cet art de déchiffrer les traces en usage chez les Bédouins de l'Arabie préislamique pour déceler les vestiges fugaces d'anciens campements dans le désert, suivre les empreintes laissées par les pieds d'un fugitif ou les sabots d'une bête qui s'est égarée, guider, en s'appuyant sur des signes infimes dispersés dans l'immensité aride, la caravane vers le prochain point d'eau[68]. La trace (*aṯar*), le « signe visible de loin » (*āya*), celui qui, évident, met le caravanier sur la bonne piste[69], le vestige (*rasm*) enfin et

[65] Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A I: 132, BS 36. Sur le terme *ṭābiya* et sa signification, je me permets de renvoyer à une étude antérieure : J.-P. Van Staëvel, « Réflexions à propos de la nomenclature médiévale de l'architecture de terre en Occident musulman : l'exemple du *ṭābiya* », *in* M. Hammam (coord.), *L'architecture de terre en Méditerranée*, (Publications de la faculté des lettres et des sciences humaines de l'université Mohammad V), Rabat, 1999, p. 95-109.

[66] B. Johansen, « La découverte... », p. 196 suiv.

[67] Abdelwahab Meddeb, « La trace, le signe », *in* Beaugé (G.), Clément (J.-F.) (dir.), *L'image dans le monde arabe*, Paris, 1995, p. 107-123.

[68] *Ibid.*, p. 113.

[69] J. Chabbi, *Le Seigneur des tribus. L'Islam de Mahomet*, Paris, 1997, p. 478, 553 et 630. Le terme finira par désigner, dans les usages post-coraniques, le « miracle » comme signe d'attestation prophétique ; *ibid.*, p. 478.

son inévitable corrélat, l'effacement (*maḥw*), sont autant de notions qui ont acquis dans la poésie arabe leur valeur paradigmatique, notamment dans l'ouverture de la *qaṣīda* sous sa forme primitive [70]. C'est à une semblable pratique, née de l'expérience du désert, qu'appelle le Coran, quand il évoque la trace (*aṯar*, plur. *āṯār*) en tant que signe commémoratif, empreinte dernière d'actes passés d'individus ou des peuples [71], ou quand il appelle le croyant à déchiffrer les signes, sous leur forme d'« indice » (*dalīl* [72]), ou sous celle, primordiale, du « signe probant, évident » (*āya*, plur. *āyāt*), du « repère » à la fois distinctif et singulier, qui témoigne de l'action divine dans le monde d'ici-bas et doit, de par la valeur d'enseignement et d'instruction par l'exemple qui lui est conférée, constituer autant de points d'ancrage de la croyance [73]. Bien des recherches restent encore à mener sur la genèse de la notion sémiotique de la trace dans la pensée de l'islam classique, et des modalités de son intégration au système procédural musulman [74]. La tradition mālikite du recours à l'expertise donne – tardivement il est vrai, puisque cette référence n'est, semble-t-il, clairement attestée dans les ouvrages jurisprudentiels du *maḏhab* qu'à partir du 5e/XIe siècle – une origine prophétique à cette pratique dans un contexte explicitement judiciaire, en mettant celle-ci en relation avec un Compagnon, Ḥuḏayfa b. al-Yamān (m. 36/656), ancien juif converti à la nouvelle foi et maçon de son état, auquel Muḥammad demande l'expertise d'un mur mitoyen dont deux groupes familiaux, qui sont venus recourir à l'arbitrage du Prophète à ce propos, se disputent la propriété [75]. Quant à la fonction spécifique de l'expertise judiciaire, elle est bien attestée dès le IIIe/IXe siècle par plusieurs cas explicites rapportés dans les ouvrages mālikites légèrement postérieurs, par exemple dans le *K. al-Qaḍā'* d'Ibn al-Imām al-Tuṭaylī (Tudèle, m. 380/990 ou 386/996) [76] et les *Nawādir* d'Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī (Kairouan, m. 386/996) [77].

[70] On sait comment Abū Nuwās prônera – avec tout le talent qu'on lui connaît – la rupture radicale à l'égard de ce *topos* poétique, caduc selon lui, et le rôle prééminent jusqu'alors conféré à la trace d'anciens établissements humains dans le désert; A. Meddeb, « La trace... », p. 109.

[71] Par ex. *Coran*, XL, 21, 82, ou XLVII, 29.

[72] *Ibid.*, XXXV, 45.

[73] *Ibid.*, XXI, 77; XXX, 24, 46; XLI, 39; XC, 19. Voir également J. Chabbi, *Le Seigneur...*, p. 629, et A. Meddeb, « La trace... », p. 115.

[74] À ce fonds culturel proprement arabe dont il vient d'être question, il conviendrait en effet d'ajouter les éléments de procédure qui, existant dans les divers systèmes juridiques en vigueur dans les régions soumises au nouveau pouvoir arabe et musulman, ont pu être intégrés dans le *fiqh* lors de sa phase de formation, et qui ont pu contribuer à renforcer le statut juridique de la trace dans le système de la preuve. Une telle étude, considérant dans une perspective comparatiste le droit romain provincial, le droit rabbinique et le droit sassanide au regard du droit musulman, serait bien évidemment souhaitable; mais s'avère-t-elle, en l'état actuel de la documentation, envisageable? Toute la question est là.

[75] Al-Ziriklī, *Al-Aʿlām*, Beyrouth, 1990, vol. 2, p. 171.

[76] Le texte a été établi d'après deux manuscrits: le *Muḫtaṣar* (*Kitāb Nafy al-ḍarar*), ms. nº15227, Bibliothèque nationale de Tunis, et le ms. nº1292 (sans titre), Bibliothèque nationale d'Alger. La foliotation renvoie 1) au ms. nº15227 de Tunis, 2) au ms. nº1292 d'Alger. Une édition critique de cet ouvrage vient d'être récemment publiée: *Kitāb al-Qaḍā' wa-nafy al-ḍarar*, éd. Muḥammad al-Nmīnaj, Rabat, 1999. La vieille édition de Barbier, « Des droits et obligations entre propriétaires d'héritages voisins », *RATMLJ* 16, 1900, p. 9-15, 17-23, 42-56, 93-104 et 113-144, et 17, 1901, p. 65-84 et 89-108, est toujours susceptible de rendre d'utiles services. Référence du cas en question: Ibn al-Imām, *Qaḍā'*, A 21 vº- 22 rº, T 62 vº- 63 rº, trad. Barbier, « Des droits... », 1: 123-124.

[77] Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī, *Kitāb al-Nawādir wa-l-ziyādāt*, ms. nº 5730, Bibliothèque nationale de Tunis, t. 4, fº 205 vº.

Ces témoignages les plus anciens de l'exercice de l'expertise sont particulièrement précieux, en ce sens que, s'ils témoignent déjà d'une réelle prise en compte par les juristes de la trace architecturale, ils n'en montrent pas moins que des réticences n'ont pas manqué d'être exprimées par certains ulémas quant à la reconnaissance de l'efficacité probatoire de celle-ci. On a vu précédemment qu'à l'instar d'autres éléments architecturaux, les juristes mālikites considèrent le chaînage d'angle comme revêtu d'une force présomptive suffisante pour l'assimiler, par l'appellation même de *šāhid*, « témoin », qu'ils lui confèrent, à une personne jugée apte à rendre un témoignage sur une situation donnée. Dès les 3e/IXe et 4e/Xe siècles, la tradition juridique mālikite admet ainsi sans réserve la prééminence du chaînage d'angle sur tous les autres éléments architecturaux constituant des présomptions. Cependant, de manière générale, sa force probatoire n'en demeure pas moins encore strictement limitée. Une divergence d'opinions à ce sujet est décelable dès la période formative du droit mālikite, très tôt dans le 3e/IXe siècle, quant à savoir si le propriétaire du chaînage – ou, plus exactement, du mur sur lequel a été mis en évidence ledit lien de maçonnerie – devait en sus prêter serment (*yamīn*) pour que le mur en litige lui revienne de plein droit [78]. En effet, si l'établissement de la preuve testimoniale (*šahāda*) demande la présence de deux personnes honorables (*ʿadl*, plur. *ʿudūl*) pour pouvoir être validée par le juge, le témoignage du seul indice matériel ne peut donc, aux yeux de certains juristes, constituer qu'un début de preuve, « la liaison [entre les bâtisses] valant pour un témoin honorable » (*al-ʿaqd ʿiwaḍ šāhid ʿadl* [79]) : ainsi, selon les Médinois Muṭarrif (m. en 214/829) et Ibn al-Māǧišūn (m. en 212/827), dont l'opinion a été consignée dans l'ouvrage d'Ibn Ḥabīb (Cordoue, m. en 238/852), l'individu qui bénéficie d'une présomption favorable sous la forme de l'existence d'un chaînage doit-il compléter ce commencement de preuve par un serment (*yamīn*), selon la procédure dite du *yamīn maʿa al-šāhid* (prestation de serment supplétoire), pour obtenir gain de cause [80]. Dans le même ordre d'idée, la valeur probatoire du chaînage reste en outre subordonnée dans la doctrine mālikite de haute époque à l'existence ou non d'une preuve testimoniale portant sur le même objet. Ainsi, selon Saḥnūn (Kairouan, m. 240/855), la déposition de témoins (*bayyina*) en faveur de l'une des deux parties suffit pour invalider immédiatement l'effet testimonial produit par un chaînage d'angle :

> « Ibn Saḥnūn [81] rapporte que Ḥabīb soumit à son père le cas suivant :
> Un mur mitoyen à deux maisons en porte un autre qui leur sert de protection (*sutra*) : chacun des voisins revendiquant le mur inférieur et le mur supérieur, des maçons dignes de confiance sont chargés d'examiner l'état des choses (*fa-baʿaṯa umanāʾ min al-binā' li-naẓari-hi*), et ils déclarent que le mur inférieur est lié par les deux extrémités à la maison de l'un sans l'être à celle de l'autre, tandis que le mur supérieur est lié d'un côté à l'une, et de l'autre côté à l'autre maison ; d'autre part, le propriétaire du mur inférieur produit des témoins (*ṯumma aqāma ʿindī ṣāḥib al-asfal al-bayyina*) selon lesquels il a prêté son mur au voisin pour y élever ce mur de protection. Que décidera-t-on ?

[78] Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A I : 133-134, BS 36-37.
[79] Ibid.
[80] Abū l-Walīd al-Bāǧī (m. 474/1081) était du même avis ; voir Al-Bāǧī, *Fuṣūl al-aḥkām*, éd. B. b. ʿAlī, Rabat, 1990, p. 324. Sur le serment dit « supplétoire », voir A. Khellal, « Le serment... », p. 28, et F. Dulout, « Le serment... », p. 9 et suiv.
[81] Fils du juriste précédent, morten 256/868.

– On décidera d'après le dire des témoins, [répondit Saḥnūn,] car on ne s'occupe des liaisons des bâtisses qu'à défaut de témoins (*yuqḍā bi-qawl al-bayyina wa-innamā yunẓaru fī l-ʿuqūd li-ʿadam al-bayyina*). Si même le mur supérieur était lié par ses deux extrémités à la maison de celui qui possède le mur inférieur, il faudrait l'attribuer à l'autre avec qui il n'a pas de liaison, car l'existence d'une preuve testimoniale annule l'effet des liaisons entre les bâtisses (*li-anna-hu abṭala ḥukm al-ʿuqūd bi-wuǧūd al-bayyina*). Il en sera selon le dire des témoins, sans tenir compte des liaisons (*fa-yakūnu kamā šuhidat al-bayyina wa-lā yanfaʿu al-ʿaqd*) [82]. »

Aussi, selon cette opinion professée par certains des plus grands maîtres mālikites du temps, l'existence d'un chaînage d'angle n'a d'efficacité juridique que par défaut du moyen de preuve par excellence, la parole donnée par des personnes dignes de foi [83]. Très tôt cependant semble se dégager dans la doctrine une autre opinion, attribuée à une autre figure emblématique du mālikisme primitif, Ibn al-Qāsim (Fusṭāṭ, m. 191/806), en réponse à ʿAbd Allāh b. ʿAbd al-Ḥakam (Fusṭāṭ, m. 214/829), opinion selon laquelle la présence du lien de maçonnerie d'un côté du mur suffit à attribuer la propriété de celui-ci au propriétaire du chaînage, en l'absence de tout autre signe matériel probant [84]. À partir de la seconde moitié du 4e/Xe siècle, tant en Ifrīqiya qu'en Al-Andalus, cette opinion semble déjà l'emporter [85] ; elle se trouve même opportunément renforcée, comme on l'a indiqué *supra*, à partir du 5e/XIe siècle, par la référence à un paradigme prophétique mettant en scène Ḥuḏayfa b. al-Yamān, le Compagnon du Prophète chargé par ce dernier de régler un différend survenu entre voisins à propos d'un mur mitoyen, une référence que le maître-maçon tunisois ne manque pas de rappeler en bonne place dans la partie de son ouvrage qu'il consacre à cette question :

« La source de la Loi (*al-aṣl*) en la matière consiste en une décision (*ḥukm*) prise par le Prophète (Que la bénédiction et le salut de Dieu soient sur lui). On raconte en effet que, comme des gens se disputaient devant lui la propriété d'un mur qui se trouvait entre [leurs propriétés], il les renvoya [accompagnés de] Ḥuḏayfa b. al-Yamān (que Dieu l'agrée), pour que celui-ci les départage (*fa-baʿaṯa maʿa-hum Ḥuḏayfa ibn al-Yamān... yaqḍī bayna-hum fī-hi*). Il se prononça en faveur de celui [dont la maison] était liée à ce mur (*fa-qaḍā fī-hi li-l-laḍi yalī-hi al-qimṭ*), puis retourna auprès de l'Envoyé de Dieu (Que la bénédiction et le salut de Dieu soient sur lui) qui, une fois informé, s'exclama : Tu as très bien fait ! (*fa-aḫbara-hu al-ḫabar fa-qāla : aḥsanta*) [86]. »

[82] Ibn al-Imām, *Qaḍā'*, A 22 ro, T 63 ro- 63 vo, trad. Barbier, « Des droits... », 1 : 124. Voir également Ibn Abī Zayd, *Nawādir*, vol. 4, fo 205 vo.

[83] D. Santillana, *Istituzioni...*, vol. II, p. 617.

[84] Ibn al-Imām, *Qaḍā'*, A 21 ro, T 60 ro, trad. Barbier, « Des droits... », 1 : 121 ; Ibn Abī Zayd, *Nawādir*, vol. 4, fo 205 ro ; *Id.*, *Risāla*, p. 268, trad. p. 269.

[85] *Ibid.* : « On se prononce en faveur de celui à qui reviennent le chaînage d'angle et les liaisons de maçonnerie » (*wa-yuqḍā li-man ilay-hi al-qimṭ wa-l-ʿuqūd*). Et de même Ibn Ḥāriṯ al-Ḫušānī (Kairouan, Cordoue, m. 361/971), *Uṣūl al-futyā fi l-fiqh*, éd. M. al-Maǧdūb, M. Abū l-Aǧfān et ʿU. Baṭīḫ, s.l., 1985, p. 359 : « Celui [dont la maison] est liée au mur en question, ce mur est à lui, sans que [son voisin ne puisse le considérer comme faisant partie] de sa propre construction » (*fa-man kāna maʿqūdan bi-bunyāni-hi fa-huwa la-hu dūna bunyān ṣāḥibi-hi*).

[86] Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A 129-130, BS 35-36 ; voir aussi *ibid.*, A 133, BS 36. Ce *ḥadīṯ*, rapporté par Ibn Māǧa dans son recueil, est considéré par les traditionnistes comme « faible » (*ḍaʿīf*) ; cf. ibid., A 130 note 4. Il n'est pas cité dans les ouvrages mālikites de la seconde moitié du 4e/Xe siècle que j'ai consultés, ni dans le *K. al-Nawādir* d'Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī, ni dans le *K. al-Qaḍā'* d'Ibn al-Imām. La première mention de cette tradition que j'ai réussi à isoler se trouve dans les *Aḥkām al-Kubrā* d'Ibn Sahl (Cordoue, Grenade, m. en 486/1093), éd. partielle par M. ʿAbd al-Wahhāb Ḫallāf, *Waṯā'iq*

À Tunis, dans le premier tiers du 8e/XIVe siècle, la valeur de présomption légale attachée au chaînage d'angle est sans équivoque, et il n'est plus question ici de primauté à accorder à la parole des témoins, ni de serment complémentaire. Tout en se rangeant derrière l'indispensable paradigme prophétique, le maître-maçon tunisois, dans une volonté de rationaliser l'exposé de la doctrine mālikite en la matière, développe une argumentation qui vise à légitimer la force probatoire octroyée au chaînage d'angle par la référence au comportement habituel (*ʿāda*) des habitants, et au sens commun, entendu comme expression d'un savoir local (*ʿurf*) :

> « Chez nous [à Tunis], les us et coutumes [veulent] qu'une maison, si elle a tous ses murs chaînés les uns aux autres [et que ceux-ci ne sont liés à aucun autre bâtiment], a [forcément] été construite avant les bâtisses qui l'entourent (*wa-l-ʿurf ʿinda-nā anna-hu iḏā kānat dāran maʿqūdata l-ḥiṭān baʿḍa-hā ilā baʿḍ fa-takūnu tilka al-dār buniyat qabla mā ǧāwara-hā min al-dūr*). Comment donc un voisin pourrait-il alors revendiquer [la propriété] d'un des murs [de cette maison], qui était déjà [objet de] propriété avant même que sa propre maison ne soit construite (*fa-kayfa yaddaʿī man ǧāwara-hu fī ḥā'iṭ sabaqa dāra-hu bi-l-milk*) ? Par conséquent, le propriétaire [de la maison à laquelle est lié le mur en question] n'est pas obligé de prêter serment [pour se voir attribuer celui-ci] (*fa-lā yalzimu ṣāḥib al-ʿaqd yamīn*) (...) [87]. »

L'évolution de la procédure amène donc de plus en plus les magistrats à prendre en compte, dans leurs jugements, le témoignage des choses, sans plus considérer de manière péremptoire que la parole des hommes est absolument prééminente sur tout autre type de preuve [88]. Comme le remarque Baber Johansen, les choses se mettent, à partir des 7e/XIIIe et 8e/XIVe siècles, de plus en plus à parler, à témoigner de faits antérieurs, d'événements passés [89]. Cette recherche d'indices n'est pas l'apanage des seuls experts : elle semble en effet pleinement partagée par leurs contemporains, parmi les juges ou les lettrés. L'on s'en convaincra aisément en lisant par exemple le passage que consacre Ibn Ḫaldūn dans sa *Muqaddima* aux réfections successives de la Kaʿba à La Mekke : en se fondant sur l'examen minutieux des traces de la construction (*al-ʿiyān fī šawāhid al-binā'*), l'auteur se livre à une véritable analyse archéologique de la sainte bâtisse, étayée notamment par des remarques sur les différents appareils visibles sur les murs de celle-ci, pour déterminer les phases correspondant aux travaux exécutés sous l'anti-calife Ibn Zubayr puis sous l'énergique Al-Ḥaǧǧāǧ durant l'époque umayyade [90]. Ainsi, comme l'honnête homme tirant un enseignement des traces inscrites sur d'antiques monuments, les juges se doivent d'être de plus en plus attentifs, réceptifs, à ce que les choses disent. D'où la convocation des experts, intimes connaisseurs de la matière, et capables de ce fait d'en comprendre le langage.

fī šu'ūn al-ʿumrān fī l-Andalus : al-masāǧid wa-l-dūr, Le Caire, 1983, p. 116-117. Le *ḥadīṯ* est par la suite assez couramment mentionné dans les ouvrages du *maḏhab* mālikite : voir par exemple Ibn al-Ḥāǧǧ, (Cordoue, m. 529/1135), *Nawāzil*, p. 154 ; Ibn Hišām (Cordoue, m. 606/1209), *Mufīd al-ḥukkām*, ms. nº 15223 Bibliothèque nationale de Tunis, fº 57 vº ; Al-Burzūlī, (Tunis, m. 840/1438), *Ǧāmiʿ*, vol. 2, fº 285 rº.

[87] Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A 134, BS 37.

[88] Le droit hanéfite semble connaître une semblable évolution vers une meilleure prise en compte des indices matériels ; B. Johansen, « Le jugement... », p. 11 et note 31.

[89] *Id.*, « La découverte... », p. 196 suiv.

[90] Ibn Ḫaldūn, *Muqaddima*, p. 325-326 ; trad. Monteil, vol. 2, p. 728.

3.3. Les bons et les mauvais usages de la trace

3.3.1. *L'enjeu de la trace*

La trace est le support de la réflexion de l'expert, le lieu où celui-ci assure sa « prise » sur les réalités du monde sensible. Elle sert de repère au cadi, en lui permettant, une fois assuré de sa présence – ou son absence, qui est aussi parfois tout aussi significative –, de se prononcer avec sûreté. Mais il est un autre versant à la trace : de par sa force probatoire, elle est aussi le point où s'exerce l'action – insidieuse, du point de vue des autorités judiciaires – des particuliers pour leur propre compte. La trace devient alors un enjeu entre les usagers et les autorités, et l'exercice de l'expertise vient s'insérer dans une nébuleuse de « ruses » et de « stratégies » des habitants [91], qui visent à assurer aux plus roués d'entre eux leur propre « prise » sur la trace, à détourner celle-ci pour en user à leurs propres fins, souvent – si l'on en croit du moins les auteurs mālikites – au détriment des voisins ou des passants. La figure de l'expert s'affirme donc en ce cas comme l'auxiliaire des juges dans leur effort de promouvoir des règles, d'imposer des normes de conduite dans l'espace, qui viennent prévenir et contrecarrer les pratiques de contournement des particuliers. Ainsi, la prévention passe généralement par l'enlèvement des traces susceptibles d'une utilisation mal intentionnée :

> « L'aménagement de portes [donnant sur l'extérieur] au niveau des pièces situées à l'étage (*abwāb al-ġuraf*) est susceptible de porter beaucoup plus préjudice que les portes d'entrée des maisons [situées au rez-de-chaussée] (*abwāb al-dūr*) : ainsi, si un particulier perce une porte à l'étage, celle-ci lui donnant vue sur le vestibule de la maison voisine ou sur la chambre haute de cette maison, il en sera empêché, et ce dans la mesure où ces pièces d'étage sont des lieux de vie qui favorisent l'indiscrétion visuelle (*i.e. : par rapport à la porte d'entrée des maisons, qui ne sont pas, elles, des lieux de vie où l'on demeure tout ou partie de la journée*). La porte sera donc condamnée au moyen d'une maçonnerie, et son encadrement sera arraché, car en laissant ce dernier élément à son emplacement, [on s'expose à ce qu'] il devienne, le temps ayant effacé le souvenir [du jugement l'ayant condamné], un argument probant témoignant de l'ancienneté de l'aménagement, dont pourrait arguer celui qui a percé cette ouverture, en disant qu'il l'a obturée en se réservant [le droit] de la rouvrir à son gré (*wa-l-ġalq lā yakūnu illā bi-l-bunyān wa-qalʿ al-ʿataba li'anna al-ʿataba iḏā baqiyat fī mawḍiʿi-hā wa-ṭāla al-zamān wa-nusiya al-amr kānat ḥuǧǧa li-l-muḥdaṯ li-l-bāb yaḥtaǧǧu bi-hā fī l-qidam wa-anna-hu innamā aġlaqa-hu li-yuʿīda-hu matā šā'a*) [92]. »

[91] De Certeau (M.), *L'invention du quotidien : 1. Arts de faire*, 2e éd., Paris, 1990, particulièrement p. 50-68.

[92] Citation d'Ibn al-Hindī (Cordoue, m. en 388/998) notée par Ibn al-Ḥāǧǧ, traduction d'après Al-Wanšarīsī, *Miʿyār*, vol. 9, p. 14 ; citation originale dans Ibn al-Ḥāǧǧ, *Nawāzil*, p. 142, reprise également dans Al-Burzūlī, *Ǧāmiʿ*, vol. 2, fo 283 vo. Voir aussi Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A 1 : 235, BS 69, dont la citation diffère par quelques menus détails.

Le risque de voir apparaître des revendications postérieures en arguant de l'ancienneté de l'aménagement, dont les traces sont encore visibles, poussent les autorités judiciaires à faire suivre tout jugement des ajustements techniques assurant la non-reproductibilité du même préjudice au même endroit, c'est-à-dire la destruction de tout élément matériel susceptible de devenir un argument probant (*ḥuǧǧa*) dans la bouche de son propriétaire, ou d'être réactivé par l'appui de témoignages [93]. La même condamnation est réitérée en termes identiques à Tunis au 8e/XIVe siècle par Ibn ʿAbd al-Rafiʿ dans son *Muʿīn al-Ḥukkām* :

« On obligera celui qui perce une ouverture – porte ou fenêtre – lui donnant vue sur la maison de son voisin à condamner celle-ci, et à en faire disparaître toute trace, de peur que, le temps aidant, cet individu n'allègue son caractère ancien et le fait qu'il l'avait obturée de son plein gré [en se réservant la possibilité de la rouvrir à son gré] (*wa-yuqḍā ʿalā man fataḥa ʿalā ǧāri-hi kuwwa aw bāban yaṭṭaliʿu min-humā ʿalā mā fī dāri-hi bi-ġalq ḏālika wa-izālat aṭari-hi ḥašiyata ṭūl al-zamān fa-yaqūlu muḥdaṭu-hu : inna-hu kāna qadīman wa-inna-hu saddadtu-hu iḫtiyāran*) [94]. »

L'obturation par une maçonnerie et la destruction de l'encadrement de l'ouverture, constituent donc la conclusion souhaitée par le cadi pour pérenniser les conséquences du jugement qu'il a rendu. D'où le soin apporté à définir les conditions de cette obturation, qui doit être solidement réalisée, comme le recommande le cadi Abū Yaḥyā al-Ġūrī, dans le cas de la citerne déjà évoqué *supra* :

« (...) Le *qāḍī* Abū Yaḥyā al-Ġūrī (...) condamna en outre le voisin à obturer solidement le regard qui se trouvait chez lui, de manière à ce qu'il ne puisse l'ouvrir (*wa-ḥakama ʿalā ṣāḥib al-ḫarba an yuġaṭṭiya al-famm allaḏī ʿinda-hu taġṭiyatan muḥkamata l-binā' lā yumkinu an yaftaḥa*) [95]. »

On comprend mieux dès lors la redondance dans le discours juridique de termes de sens voisins, désignant la « démolition », la « destruction », l'« éradication » même des traces qui pourraient subsister de l'aménagement condamné en justice. Cette volonté d'effacement des traces ne se limite évidemment pas aux ouvertures pratiquées dans les murs et les parois. Elle affecte aussi les constructions empiétant sur la voie publique, afin d'empêcher le lent rétrécissement de la rue par des bâtiments adventices. Ainsi, au sujet de banquettes de maçonnerie situées devant les boutiques dans les souks de Tunis, voici ce que déclare Ibn Abī l-Duniyā (Tunis, m. 684/1285) [96] :

« Tout ce qui porte préjudice aux passants, [le *maḏhab* mālikite] est unanime pour le démolir et le faire disparaître, de façon à ce qu'il n'en reste plus trace (*mā aḍarra bi-l-mārrīn fa-lā ḫilāf fī hadmi-hi wa-zawāli-hi ḥattā lā yabqā la-hu rasm*) (...) [97]. »

[93] Sur les manœuvres et les ruses des particuliers, voir par exemple Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A I: 250-251, BS 75 (cas d'un jour percé dans une pièce à l'étage).

[94] Ibn ʿAbd al-Rafiʿ, *Muʿīn*, vol. 2, p. 785.

[95] Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A II: 431, BS 142.

[96] Accède à la charge de *qāḍī al-ǧamāʿa* de Tunis en 679/1280; voir ʿAbd al-Wahhāb, *ʿUmr*, vol. 2, p. 710-713.

[97] Al-Burzūlī, *Ǧāmiʿ*, vol. 2, fº 288 vº, repris dans Al-Wanšarīsī, *Miʿyār*, vol. 8, p. 455.

De même, dans le cas de la porte d'impasse déjà évoquée *supra* et dont les mouvements avaient été reconnus par les experts comme préjudiciables au mur du voisin, Ibn al-Rāmī rapporte que

« (...) Le *qāḍī* (...) nous donna l'ordre de procéder à la démolition de cette porte et à sa destruction complète *(fa-amara-nā bi-qalʿ al-darb wa-zawāli-hi wa-hadmi-hi)* [98]. »

3.3.2. *La trace en mémoire*

Parfois, au contraire, les autorités judiciaires essaient d'empêcher l'effacement des traces, en recourant notamment au témoignage (*šahāda*) des experts qui ont assuré le suivi de l'affaire. Le *Kitāb al-Iʿlān* contient ainsi deux anecdotes impliquant les experts tunisois à propos de l'aménagement d'écuries à proximité de maisons. Il s'agit dans les deux cas d'empêcher le propriétaire de l'écurie de revenir, plus tard et à son avantage, sur une situation née d'une décision de justice prise à son encontre, en détruisant les constructions élevées du fait de ce jugement pour éliminer le préjudice (*ḍarar*) que causait auparavant l'écurie aux maisons des voisins. Ainsi, à propos d'un mur élevé entre l'écurie et la maison voisine :

« Nous informâmes le *qāḍī* que cet aménagement mettrait fin au préjudice subi par le voisin, et le *qāḍī* répondit que l'on prendrait acte de la chose par témoignage, de façon à ce que le propriétaire de la mule ne puisse par la suite supprimer le mur et prétendre conserver l'écurie en vertu de son ancienneté (*fa-qāla al-faqīh yušhadu ʿalā ṣāḥib al-dābba bi-ḏālika li'allā yaṭūla al-zamān wa-yanziʿa ḏālika al-ḥā'iṭ wa-yastaḥiqqa al-marbaṭ bi-l-qidam*) [99]. »

Dans le second cas, après que les experts aient ordonné au propriétaire de l'écurie de construire non plus un mur-écran, mais une véritable chambre (*bayt*) séparant celle-ci de la maison de son voisin pour atténuer les nuisances sonores et olfactives qui avaient motivé la plainte de ce dernier :

« Nous informâmes le *qāḍī* de notre décision. Il nous demanda : Ceci empêche-t-il le préjudice ? Nous répondîmes par l'affirmative. Il nous dit alors de porter témoignage [de la présence de cette pièce], de manière à ce que le propriétaire de l'écurie ne la détruise pas [par la suite] pour étendre son écurie (*qāla išhadū ʿalay-hi bi-ḏālika li'allā yazūla al-bayt wa-yaṣīra kulla-hu riwā'an*) [100]. »

[98] *Ibid.*, A I: 308, BS 96.
[99] *Ibid.*, A I: 222-223, BS 65.
[100] *Ibid.*

4. DE LA PAROLE DE L'EXPERT À LA SENTENCE DU JUGE

4.1. Parole ou témoignage ? Le statut de la parole experte

Dans le premier tiers du 8e/XIVe siècle, le monde sensible n'est donc connaissable que par des experts qui savent en lire les traces, qui savent interpréter ce qui demeure inintelligible au profane, et qui maîtrisent en conséquence le « langage des choses ». Or, si les experts sont les seuls à avoir un accès direct aux signes, ils partagent leur usage et la manipulation de leur signification avec le cadi qui les mande. Fondant sa décision sur les résultats de l'expertise, le juge est en effet lui aussi partie prenante de cette opération herméneutique, en tant qu'agent théorique de la validation des signes sur le plan judiciaire. Dans le cadre de la procédure inquisitoire, le rôle de ce magistrat gagne en importance, puisque c'est lui – et non plus les parties – qui reconstruit alors, avec l'aide indispensable des experts, les faits. Le pouvoir de faire parler les choses, de saisir leur témoignage, rejaillit par conséquent directement sur le mandant de l'expertise, sur le juge, et lui donne un surcroît de prestige lors de l'audience. L'expertise est par conséquent un enjeu de savoir et de pouvoir entre le magistrat et les gens de métier mandés pour l'occasion. D'où un double questionnement, portant d'une part sur le degré de validité légale de la parole de l'expert, et d'autre part sur les limites de compétences marquant les rôles respectifs du cadi et de l'expert.

4.1.1. *Les formes de l'expertise : constat écrit ou rapport oral*

Lors de l'examen *in situ* de l'objet du litige, les experts procèdent parfois à la rédaction d'un constat (*waṯīqa*, plur. *waṯā'iq*), qui est ensuite soumis au cadi, comme l'illustre l'acte ci-dessous, dressé à la suite d'une plainte ayant pour objet le préjudice causé par la fumée se dégageant de poêles à frire l'orge :

> « Un cas analogue est survenu à Tunis et nous a été soumis. Un quidam est venu se plaindre [à ce sujet] auprès du *faqīh* et *qāḍī* Ibn ʿAbd al-Rafīʿ. Celui-ci nous demanda d'aller voir (*fa-sa'alanā al-naẓar*). [Une fois l'expertise menée,] nous rédigeâmes un constat qui établissait que la fumée dégagée était si abondante qu'elle causait un préjudice aux voisins (*fa-katabnā waṯīqatan anna duḫāna-hā kaṯīr muḍirr bi-l-ǧīrān*). Le *qāḍī* ordonna en conséquence de faire cesser l'émission de fumée [101]. »

Le recours à la rédaction de constats par les experts pour consigner leurs observations survient souvent dans les cas d'inspection de biens immeubles ayant fait l'objet d'une transaction et présentant un vice, dont il convient de spécifier s'il entraîne ou non la rédhibition de l'ensemble :

> « Un cas semblable est survenu à Tunis et nous fut soumis. Un quidam ayant acheté une maison y trouva un défaut. Le vendeur et lui en appelèrent à (...) Abū ʿAbd Allāh Ibn al-Ġammāz, alors

[101] *Ibid.*, A 1: 208, BS 60.

qāḍī al-ǧamāʿa de Tunis, qui nous demanda d'aller voir de quoi il en retournait. Nous écrivîmes un constat, dont voici le texte : "Louange à Dieu ! Celui dont le témoignage se trouve consigné ci-après déclare : J'ai examiné les défauts dont la présence a été constatée lors de l'inspection : j'atteste [leur présence], leur caractère d'ancienneté, remontant avant la date de la transaction ici indiquée, et le fait qu'ils impliquent la restitution de l'objet de celle-ci (*fa-katabnā waṯīqa bi-raʾyi-hi wa-naṣṣu-hā al-ḥamdu li-Llāh, yaqūlu man yuwaqqiʿu šahādata-hu baʿda kuntu ʿāyantu al-ʿuyūb al-mašhūd bi-hā fī l-baṣar wa-šahadtu bi-hā wa-biʾanna-hā aqdamu min amad al-tabāyuʿ al-maḏkūr fī-hi wa-anna-hā tūǧibu al-radd)*." Se basant sur ce constat par nous dressé, le *qāḍī* décida la restitution de la maison en litige. Quelque temps après, le vendeur vint porter plainte contre l'acquéreur au sujet des destructions intervenues dans la maison après la vente initiale. [Vendeur et acquéreur] en appelèrent tous deux à une décision du *qāḍī*, qui se prononça en faveur d'une [nouvelle] visite des experts sur les lieux, pour voir si les destructions mentionnées étaient négligeables ou importantes (*wa-taḥākamā fī ḏālika ʿinda al-qāḍī al-maḏkūr fa-qāla yanẓuru ahl al-baṣar al-hadm in kāna yasīran aw kaṯīran*). Le *qāḍī* me demanda ensuite un examen de ce qui avait pu être démoli dans la maison après la vente de celle-ci (*ṯumma ṭalaba min-nī baʿda ḏālika muʿāyanat mā uḥdiṯa bi-l-dār al-maḏkūra fī-hi min al-hadm baʿda al-širāʾ al-maḏkūr*) ; [j'établis qu'] il s'agissait de destructions considérables, postérieures à la vente, et dont l'importance impliquait la non-restitution de la maison, du fait de la perte de valeur consécutive à ces travaux (...) [102]. »

Ibn al-Rāmī ne précise pas si la deuxième expertise qu'il a eu à mener dans ce dernier cas a elle aussi donné lieu à la rédaction d'un constat. Peut-être pas. Dans la plupart des cas d'expertise que relate le maître-maçon tunisois, il n'est en effet pas question de faits constatés par écrit : c'est sous la forme orale d'une « information » (*ḫabar*) que ses collègues et lui transmettent la teneur des observations effectuées *in situ* au cadi, afin que celui-ci puisse statuer, au vu de ces éléments, sur le cas en question [103].

4.1.2. *La parole des experts : savoir ou témoignage ?*

Comment donc qualifier cette parole des experts, dont la validité semble bien établie si l'on s'en réfère aux nombreux jugements que les cadis tunisois fondent sur elle ? Dans quelle mesure peut-elle correspondre à un témoignage en bonne et due forme ? À s'en tenir au plus près de la teneur des propos d'Ibn al-Rāmī, le témoignage au sens strict (*šahāda*) ne semble prévaloir que dans deux circonstances : soit que les observations des experts soient fixées par écrit dans un constat, auquel cas c'est cette mise par écrit qui confère à la parole experte un statut plus solennel ; soit que le cadi sollicite expressément un témoignage pour

[102] *Ibid.*, A I: 350-351, BS 110-11 (restitution hypothétique d'un cas dont certains passages ont été vraisemblablement interpolés).

[103] *Ibid.*, A I: 136, BS 38 (*fa-aḫbartu-hu bi-ḏālika*) ; A I: 222, BS 65 (*wa-aḫbarnā-hu*) ; A I: 223, BS 65 (*wa-ʿarrafnā-hu*) ; A I: 307, BS 95 (*fa-aḫbarnā bi-ḏālika al-qāḍī*) ; A I: 311, BS 97 (*fa-aḫbartu bi-ḏālika al-qāḍī*) ; A I: 340, BS 106 (*fa-aʿlamnā-hu*) ; A I: 577, BS 194 (*fa-aʿlamtu al-qāḍī bi-ḏālika*) ; 665, BS 227 (*fa-aʿlamnā-hu*).

fixer la mémoire d'une situation architecturale précise, comme dans le cas déjà évoqué de ces écuries séparées des maisons voisines par des constructions adventices dont on peut craindre qu'elles ne disparaissent par la suite, lors de l'agrandissement de ces bâtiments. Pour le reste, tout se passe comme si la présence de traces matérielles constituait en elle-même le témoignage sur un fait donné, et possédait de ce fait une force probatoire suffisante pour assurer sa validité à l'information véhiculée par l'expert. L'efficacité procédurale des indices matériels semble donc se situer bien en amont d'une prise de parole par des témoins ; elle émane des choses elles-mêmes, dans une relation de causalité avec des actions ou des événements passés. Une fois isolés, une fois objectivés par l'expert, ces indices tombent dans le champ du sens commun, acquérant ainsi une valeur universelle, publique, susceptible d'être reconnue et partagée par tous ses observateurs éventuels. Par là même, l'expert inscrit sa proposition dans l'ordre du vraisemblable ; son diagnostic, fondé sur la trace, s'oppose donc par son travail d'objectivation de « signes-témoins » (*šawāhid*), à la parole des témoins honorables qui, se faisant l'écho de comportements ou de sentiments humains, peut être davantage suspectée de contingence, de parti pris, bref, de subjectivité [104]. Le cadi investit dans la figure de l'expert une confiance liée à cette capacité de rendre significatifs ces éléments, de produire des indices, d'où le recours, dans la littérature juridique et tous champs d'expertise confondus, à un formulaire soulignant l'envoi de « gens de confiance, aux compétences expertes sûres » (*man yaṭiqu bi-baṣari-hi* [105], *man yaṭiqu bi-hi min ahl al-baṣar wa-l-naẓar* [106]) pour expertiser tel ou tel cas. La confiance investie ici concerne autant la capacité à déceler les signes matériels, à les interpréter correctement, que celle d'en rapporter intégralement la teneur au cadi. On comprend dès lors que la parole experte, si elle peut à l'occasion revêtir la forme d'un « témoignage » (*šahāda*) porté par des experts revêtus de l'honorabilité (*ʿadl*), peut tout aussi bien n'être d'une simple « information » (*ḫabar*), qu'un « savoir » (*ʿilm*) acquis et délivré sans gage de moralité au cadi. Cette idée, fondamentale dans la doctrine mālikite, est particulièrement bien mise en exergue par Ibn Hišām (Cordoue, m. 606/1209) :

> « Quand le *qāḍī* ordonne à un expert d'examiner une blessure, celui-ci l'observe et l'informe de la teneur de celle-ci ; le juge acceptera cette parole émanant d'un seul [individu]. Il en est de même pour le médecin, même s'il n'est pas musulman, car ceci (*i. e.* : la parole de l'expert) relève du domaine du savoir, non de celui du témoignage (*wa-iḏā amara al-qāḍī raǧulan min ahl al-maʿrifa an yanẓura ilā al-ǧurḥ fa-yanẓuru ilay-hi wa-aḫbara-hu bi-qadri-hi aḫaḍa bi-qawli-hi waḥda-hu wa-kaḏālika al-ṭabīb wa-in lam yakun musliman liʾanna-hu fī ǧihat al-ʿilm lā min bāb al-šahāda*) [107]. »

[104] Voir à ce sujet les remarques suggestives de M. Fadel, « Two Women, One Man : Knowledge, Power, and Gender in Medieval Sunni Legal Thought », *IJMES* 29, 1997, p. 185-204 (p. 195-196).

[105] Ibn Hišām, *Mufid*, f° 57 r°.

[106] *Ibid*.

[107] *Ibid*. Voir *contra* par ex. Al-Bāǧī, *Fuṣūl*, p. 258 : « On ne se prononcera pas sur un défaut quelconque à moins de la déposition de deux témoins irréprochables [choisis] parmi les experts en ce genre de défaut » (*wa-lā yuḥkamu fi l-ʿuyūb bi-aqall min šahādat šāhidayn ʿadlayn min ahl al-baṣar bi-tilka al-ʿuyūb*).

Ou encore, du même :

« Quand le juge charge des experts de confiance de l'inspection de vices de conformation sur un ou une esclave, ou tout autre objet défectueux, et d'en témoigner, et qu'ils en témoignent par-devers lui, il n'y aura pas d'enquête [sur eux], car on ne leur demande pas de témoigner ; le *qāḍī* leur demande simplement de l'informer, ce qu'ils font. L'enquête (sur les témoins) n'a lieu qu'en cas de conjecture et de suspicion à leur égard. C'est la pratique légale qui a cours, en accord avec les Anciens (*wa-iḏā baʿaṯa al-ḥākim bi-l-ʿabd al-maʿīb aw al-ama aw bi-l-laḏī fī-hi al-ʿayb ilā man yaṯiqu bi-hi min ahl al-baṣar wa-l-naẓar yašhadūna fī-hi fa-šahadū ʿinda-hu fa-lam yakun fī-him iʿḏār liʾanna-hum lam yusʾalū al-šahāda wa-innamā al-qāḍī istaḫbara-hum fa-aḫbarū-hu wa-l-iʿḏār innamā huwa ʿalā al-ẓunūn wa-l-tuhma li-l-šuhūd. Wa-bi-hāḏā ǧāʾa al-ʿamal ʿinda al-šuyūḫ*) [108]. »

C'est enfin, concernant la question de l'appartenance des experts à la catégorie des *ʿudūl*, l'opinion majoritairement suivie et mis en pratique (*al-mašhūr al-maʿmūl bi-hi*), à l'époque d'Ibn ʿAbd al-Rafīʿ, maître d'Ibn al-Rāmī :

« [Quant à l'évaluation de l'état d'ancienneté d'un vice :] (...) En témoigneront les experts, qu'ils soient *ʿudūl* ou non. On acceptera même par défaut [la parole] des gens du Livre, comme celle d'un seul individu s'il est musulman, et celle de deux *a fortiori*. Car ceci (*i. e.* : la parole des experts) relève du savoir, non du témoignage. C'est l'opinion courante au sein du *maḏhab* et c'est celle qui est mise en pratique (*yašhadu bi-ḏālika ahl al-maʿrifa bi-hi ʿudūlan kānū aw ġayra-hum wa yuqbalu fī ḏālika ahl al-kitāb iḏā lam yūǧad ġayru-hum wa-l-wāḥid min al-muslimīn aw min-hum kāfin wa-l-iṯnān awlā wa-ṭarīq ḏālika al-ʿilm lā al-šahāda hāḏā huwa al-mašhūr min al-maḏhab al-maʿmūl bi-hi*) [109]. »

Dans ces conditions, il est bien difficile d'affirmer qu'Ibn al-Rāmī était lui-même l'un de ces témoins irréprochables : bien qu'il ne fournisse dans son ouvrage aucune information à ce sujet, il est cependant possible que l'auteur du *K. al-Iʿlān* ait accédé, ne serait-ce que tardivement, à la dignité morale de la *ʿadāla*, guère indispensable à l'exercice de son activité experte, mais signe d'une reconnaissance sociale dont il était sûrement l'objet dans le petit cercle des juristes tunisois, du fait de son solide bagage juridique, de son rôle auprès du grand cadi de Tunis, et surtout de la rédaction de son ouvrage.

[108] *Ibid*. Ce passage est cité par M. Fadel, « Two Women... », p. 195.

[109] Ibn ʿAbd al-Rafīʿ, *Muʿīn*, vol. 2, p. 429.

4.2. Les limites de compétence de l'expert

4.2.1. *L'expertise à l'épreuve du doute*

Sur le plan formel, la condition essentielle de la prise de parole des experts consiste en son caractère unanime, excluant toute incertitude dans l'interprétation des données du monde sensible. Or l'expertise est un art difficile et risqué. Difficile, car les contraintes propres à l'examen des faits matériels, notamment celui de l'estimation des dommages ou des défauts affectant un objet ou un immeuble, laissent toujours planer la possibilité du doute (*šakk*) minant les certitudes de l'expert. Risqué, dans la mesure où la parole des experts est toujours susceptible, au moindre doute justement, de perdre son caractère univoque, et par là même toute crédibilité auprès du cadi. Le doute piège les experts, les divise sur l'interprétation des traces, les amène à se disputer sur leur éventuelle signification [110]. Dans cette querelle d'experts, dans cette divergence (*iḫtilāf*) d'opinions, réside le trouble, à tel point que certains juristes, dont Ibn ʿAbd al-Rafīʿ, en viennent à nier en ce cas toute validité au résultat de leur observation :

> « Si les experts sont en désaccord au sujet d'un vice, l'un disant qu'il est ancien [et l'autre qu'il est de caractère récent], un autre qu'il s'agit d'un défaut tel qu'il implique la restitution [de l'objet en question], et les autres qu'il n'en est rien : d'après la *Mawwāziyya* et d'autres ouvrages, tout ceci n'est que propos spécieux, et l'on ne prononcera pas la restitution [de l'objet en question] (*iḏā iḫtalafa ahl al-baṣar fī l-ʿayb fa-qāla baʿḍu-hum al-ʿayb qadīm [wa qāla baʿḍu-hum huwa muḥdaṯ] wa-qāla baʿḍu-hum huwa ʿayb yağibu al-radd bi-hi wa-qāla āḫarūn lā yağibu al-radd bi-hi fa-fī l-Mawwāziyya wa-ġayri-hā anna ḏālika takāḏub wa-lā yuḥkamu bi-l-radd.* »

Pour sortir de ce mauvais pas et contourner cette difficulté inhérente à l'expertise, diverses solutions sont alors préconisées par les juristes mālikites. On prône parfois, par exemple dans le cas d'une équivalence de preuves (*tahātur*), l'acceptation de la preuve testimoniale présentant le plus haut gage d'honorabilité des témoins parmi les experts [111]. Ou bien, on s'efforce, par un retour sur les opinions divergentes du *maḏhab*, d'accorder la préférence à telle ou telle opinion en fonction de la pratique judiciaire locale ; ainsi, parlant du problème de savoir si un dommage est récent ou non, le maître-maçon tunisois déclare :

> « D'après l'ouvrage d'Ibn Hišām et celui du *qāḍī* Abū Isḥāq b. ʿAbd al-Rafīʿ, lorsque l'on ignore au sujet d'une source quelconque de préjudice si elle est ancienne ou récente (*wa-iḏā ǧuhila al-ḍarar fa-lam yuʿlam a-qadīm aw muḥdaṯ*), deux opinions se contredisent. L'une considère le préjudice comme de caractère récent jusqu'à preuve du contraire (*al-qawl al-awwal inna-hu ʿalā al-ḥudūṯ ḥattā yuṯbatu al-qidam*) ; c'est ce que disent Ibn al-Hindī dans son *Formulaire* (*Waṯā'iq*) et Ibn Ziyād dans ses *Sentences* (*Aḥkām*) ; Ibn Hišām et un autre notaire ajoutent que décisions

[110] Ibn al-Rāmī est très peu prolixe sur cette question ; il rapporte cependant un cas où il s'est opposé à l'avis des autres experts commis avec lui à l'examen d'un mur mitoyen ; *ibid.*, A I : 153-154, BS 43.

[111] Ibn ʿAbd al-Rafīʿ, *Muʿīn*, vol. 2, p. 430 ; voir également Ibn Farḥūn, *Tabṣira*, p. 80.

et pratique judiciaires vont en ce sens (*wa-bi-hi al-qaḍā' wa-ʿalay-hi al-ʿamal*). L'autre opinion considère le préjudice comme ancien jusqu'à ce que l'on mette en évidence le contraire ; la pratique judiciaire ne va pas en ce sens (*al-qawl al-ṯānī inna-hu qadīm ḥattā yatabayyanu al-ḥudūṯ wa-laysa bi-hi ʿamal*) [112]. »

4.2.2. *La confusion des rôles*

Des experts et des juges, les rôles sont en apparence bien tranchés, les compétences délimitées. D'après Ibn Sahl, sur les propos duquel le Médinois Ibn Farḥūn construit une grande partie de son chapitre consacré à la divergence des experts (*iḫtilāf ahl al-maʿrifa*), la répartition des tâches est sans équivoque. Dans tous les cas, l'avis des experts ne doit être qu'un avis ; l'expert-maçon propose, le juge dispose :

« Dans le cas d'une déposition des témoins selon laquelle le chaînage, dans un mur que revendiquent deux individus, appartient [exclusivement] à Untel : [cette allégation] n'a pas lieu d'être, et l'on n'en tiendra pas compte (... *šahādat šuhūd šahadū fī ʿaqd fī ḥā'iṭ iddaʿā-hu raǧulāni anna-hu li-fulān wa-inna ḏālika laysa ilay-himā wa-lā yusmaʿu min-hum anna-hu li-fulān*). Ils ont simplement à témoigner devant le juge qu'ils ont bien examiné le mur, qu'ils ont vu qu'il était lié du côté de la maison d'Untel, et qu'ils ont vu les poutres de la maison d'Untel reposer sur ce mur (*wa-innamā ya'uddūna al-šahāda ʿinda al-ḥākim anna-hum naẓarū ilā al-ḥā'iṭ wa-ra'ū ʿaqda-hu min nāḥiyat dār fulān aw ra'ū ʿalay-hi ḫušub saqf bayt fulān*) ; alors le *muftī* rendra sa *fatwā* en se basant sur ce témoignage *(ṯumma yuftī al-muftī ʿalā ḏālika)* [113]. »

D'après la doctrine, la décision finale – ici celle de dire à qui appartient le mur – revient au juge qui a commandité l'expertise. C'est lui qui fait la synthèse des divers éléments observés. Le pouvoir des experts s'en trouve d'autant limité : leur tâche consiste uniquement à isoler des indices probants, non à en tirer sens pour attribuer la propriété du mur à tel ou tel des voisins. Ibn Sahl pose là une stricte délimitation de la compétence discursive des experts, qui doit se cantonner à l'information, et ne pas prendre position. L'expertise se place donc, au moins en théorie, au niveau cognitif, et non sur un strict plan judiciaire. Mais cette répartition idéale des tâches est battue en brèche par la réalité des faits, comme le déplore le même Ibn Sahl en vilipendant les nombreux juges qui, parmi ses contemporains, accordent une trop grande confiance à l'avis des experts, ceux-ci se substituant à leurs commanditaires pour évaluer (et décider de) l'issue finale à donner au cas envisagé. Ainsi, selon cet auteur, le comble de l'ignorance est-il atteint par le cadi qui demande aux experts de se prononcer sur la nécessité de restituer au vendeur un objet vicié ou non ; dans ce cas, comment ne pas voir en effet que les rôles s'inversent, et que ce sont en l'occurrence des médecins – voire même des femmes... – qui, parmi les experts, font alors, *de facto*, office de muftis [114] ? Si l'on s'en tient aux avis des experts tunisois, tels qu'ils sont rapportés par Ibn al-Rāmī, on constate de même qu'ils sont loin de correspondre au niveau de neutralité

[112] Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A I: 356-357, BS 112 ; Ibn ʿAbd al-Rafiʿ, *Muʿīn*, vol. 2, p. 784.

[113] Ibn Farḥūn, *Tabṣira*, vol. 2, p. 78.

[114] *Ibid.*, vol. 2, p. 78-79.

discursive souhaité par Ibn Sahl. Parfois, ce dialogue entre experts et cadi lors de l'examen d'une affaire peut tourner à l'affrontement, moins d'ailleurs par le fait d'une opposition formelle des premiers à la décision du magistrat, que par l'instrumentalisation des arguments de l'expertise à laquelle recourt l'une des parties en litige pour contrer tout jugement qui lui serait défavorable. On verrait une bonne illustration de ces querelles larvées qui, bien que peut-être peu fréquentes, cherchent à remettre en cause la délimitation des compétences discursives de chacun, dans un cas concernant une maison ayant fait l'objet d'une transaction et dans laquelle l'acquéreur découvre un mur de construction très défectueuse, qui fait l'objet d'une longue notice dans le *K. al-Iʿlān*. Ibn al-Rāmī relate en effet comment, dans le cadre de cette affaire complexe, une vive altercation survint entre l'irascible Ibn ʿAbd al-Rafīʿ, alors *qāḍī al-ǧamāʿa*, et les experts-maçons dont il avait demandé l'avis. Mécontent de voir l'un des protagonistes du litige contester, sur la base d'un avis nuancé des experts, la décision qu'il avait prise à son encontre en arguant du fait que, selon lui, un mur qui n'est pas d'aplomb doit forcément s'effondrer, le magistrat suprême de Tunis fit alors mander sur-le-champ Ibn al-Rāmī et ses collègues experts, afin qu'ils explicitent leur position sur le devenir d'un mur qui n'est pas d'aplomb :

« Le *qāḍī* nous envoya chercher, alors qu'il était en pleine audience (*fa-baʿaṯa ilay-nā wa-huwa fī mağlis al-ḥukm*). Il nous demanda :

– Que pensez-vous d'un mur qui n'est pas d'aplomb ? Va-t-il rester debout ou non ? (*mā taqūlūna fī l-ḥā'iṭ allaḍī yakūnu ʿalā ġayr al-mīzān a-yaqaʿu am lā*).

Nous lui répondîmes :

– Il y a des murs inclinés qui restent debout, du fait de causes intrinsèques et de la qualité de leur construction, et d'autres qu'il est impossible de maintenir en l'état, au vu de la faiblesse de leur construction et de l'existence de causes [internes] favorisant leur chute (*al-mayl min-hu mā yumkinu baqā'u-hu bi-asbāb takūnu fī-hi wa-ḥusn bunyāni-hi wa-ṯamma mayl mā lā yumkinu baqā'u-hu li-ḍuʿf bunyāni-hi wa-asbāb suqūṭi-hi*).

Nous n'eûmes alors pour toute réponse que ces mots :

– Envoyez-moi ceux-là en prison ! (*irfaʿ hā'ulā'i ilā al-ḥabs*).

Il nous rappela peu de temps après, alors que nous étions en route pour la prison (*ṯumma raddanā min ṭarīq al-ḥabs*), pour nous demander à nouveau :

– Qu'en est-il du mur qui n'est pas d'aplomb ? Va-t-il s'effondrer ou non ?

Nous lui répondîmes :

– Certains le font, mais d'autres restent debout longtemps encore ; cela dépend de leur mode de construction et de leurs faiblesses [internes] (*fī-hi mā yasquṭu wa-fī-hi mā yabqā zamānan bi-ḥasab binā' al-ḥā'iṭ wa-iḫtilāli-hi*).

Comme je répondais seul à ses questions, le *qāḍī* me dit :

– Cela ne vaut rien (*mā hāḏā bi-šay'*).

Je lui rétorquai alors :

– C'est ce que je sais, et je n'ai plus rien à dire que je n'aie déjà dit (*hāḏā llaḍī naʿrifu wa-mā ʿindī ġayr mā qultu*). Juge selon ce que te conseillera Dieu Tout-Puissant [115] ! »

[115] Ibn al-Rāmī, *Iʿlān*, A 1: 343-344, BS 108.

Et le susceptible Ibn ʿAbd al-Rafīʿ de se prononcer effectivement selon sa propre opinion, contraire à toute logique architecturale. Cette anecdote illustre bien la nature des conflits de compétences qui peuvent opposer juges et experts sur la perception d'un phénomène physique, ici le degré de dégradation d'une structure maçonnée. Au discours des experts, qui se place au niveau d'un savoir pratique, d'une connaissance des « principes », des « causes » (*asbāb takūnu fi-hi* ; *asbāb al-suqūṭ*) qui font qu'un mur incliné peut finalement s'effondrer ou pas, le cadi de la communauté – qui ne peut invoquer ici la nullité de la parole des experts pour cause de doute (*šakk*) ou de divergence (*iḫtilāf*) entre eux, puisque les experts sont unanimes, et parlent d'une même voix (celle d'Ibn al-Rāmī) –, répond par un jugement à l'emporte-pièce, qui prime sur l'avis des connaisseurs en la matière. Tous les moyens alors mis en œuvre par le magistrat, le ton comminatoire dont il use à l'égard des experts-maçons, la menace d'un séjour en prison, la réitération des mêmes questions, tendent au même but : montrer clairement aux experts – et peut-être plus encore aux autres témoins de la scène – qui est ici le maître de la décision judiciaire, qui détient la réalité du pouvoir discrétionnaire. Cette démonstration de force concourt également à marquer strictement, dans ce cas précis, la séparation des rôles entre le cadi et les experts, et à mettre en avant la figure toute-puissante du *qāḍī al-ǧamāʿa* de Tunis, Abū Isḥāq Ibrāhīm b. ʿAbd al-Rafīʿ.

4.2.3. *La médiation du droit auprès des particuliers*

Dans l'anecdote qui précède, le fait, pour l'une des parties en conflit, d'opposer aux arguments du cadi et à son propre pouvoir de discernement, l'avis des experts, montre comment, *de facto*, les experts se trouvent placés dans une situation de médiation entre les usagers et les autorités judiciaires. Si les experts sont le plus souvent mandés par les autorités judiciaires dans le cadre d'une affaire en cours, suivie par un cadi, il leur arrive aussi, comme en témoigne là encore le *K. al-Iʿlān*, d'être sollicités de manière plus informelle par les usagers pour régler un problème particulier, comme dans le cas déjà évoqué des riverains demandant à Ibn al-Rāmī de procéder à la répartition des frais de construction et d'entretien d'une porte située à l'entrée de leur impasse, ou dans l'espèce suivante, impliquant elle aussi le maître-maçon tunisois :

> « Un cas analogue est survenu à Tunis. Un homme vint me trouver un jour ; il possédait une écurie (*arwā*) au-dessus de laquelle se trouvait une chambre haute (*ġurfa*) appartenant à un autre individu. Celui-ci ayant décidé de habousser l'espace non bâti (*al-hawā'*) au-dessus de l'écurie en question pour y faire construire une mosquée, il voulait savoir si les murs de son écurie supporteraient [le poids] d'une telle bâtisse, et savoir s'il était permis à son voisin du dessus de habousser l'espace situé au-dessus de l'écurie *(fa-sa'ala-nī al-naẓar ṣāḥib al-arwā hal yaḥmilu ḥīṭān arwā-hu mā arāda ǧāru-hu min binā' al-masǧid wa-hal yaǧūzu li-ǧāri-hi an yaḥbisa mā ʿalā arwā-hu min al-hawā' am lā*). Je lui répondis : Il n'est permis à quiconque de habousser l'espace qui se situe au-dessus de lui [et qui se trouve à l'étage d'un immeuble] s'il n'est lui-même le légitime détenteur du rez-de-chaussée. Je demandai alors une *fatwā* au *qāḍī al-ǧamāʿa* Abū ʿAbd Allāh b. al-Ġammāz (...) (*suivent le contenu de la demande et la réponse – écrite, elle aussi – du qāḍī*) [116]. »

[116] *Ibid.*, A I: 370-371, BS 122.

Même quand les experts sont sollicités directement par les particuliers, ils font, comme c'est le cas ici, le plus souvent appel aux juges pour se prononcer sur la question. Mais il leur arrive également de résoudre des situations conflictuelles sans en informer le cadi, sinon *a posteriori*, comme dans le cas de l'écurie évoqué précédemment :

> « (...) Nous ordonnâmes au propriétaire du terrain de construire une pièce entre la maison située à l'est et l'écurie qu'il voulait édifier (*fa-amarnā-hu an yaʿmala baytan bayna al-dār al-šarqiyya wa-bayna allaḍī yurīdu an yaʿmala-hu arwā*) (...). Nous informâmes le *qāḍī* de notre décision, qui nous demanda : « Ceci empêche-t-il le préjudice ? » Nous répondîmes par l'affirmative (*wa-aḫbarnā bi-ḏālika al-qāḍī qāla a-yamnaʿu al-ḍarar ḏālika al-bayt qulnā naʿam*) (...) [117]. »

Ainsi le pouvoir discrétionnaire du cadi se laisse-t-il parfois entamer par une prise de décision de l'expert dans son activité. Intermédiaire entre les usagers et les autorités judiciaires, l'expert, de par sa fonction et ses attributions, est à même de négocier directement avec les particuliers, et d'en informer ensuite, mais seulement ensuite, le cadi.

5. CONCLUSIONS

Déceler des traces, mettre en évidence des indices, des symptômes ; interpréter des signes pour construire du sens : telles sont les tâches de l'expert judiciaire. Celui-ci, à l'instar du cadi et du docteur de la Loi qui, au moyen de la pratique de l'*istidlāl*, interprètent les traces (*aṯar*, plur. *āṯār*) et les signes (*āya*, plur. *āyāt*) dont Dieu a jalonné le monde sensible comme Son Livre, l'expert assume donc lui aussi, dans le cadre de la procédure légale, par sa recherche raisonnée des traces et des signes, une fonction à la fois sémiotique (puisqu'il utilise la connaissance qu'il a du bâti pour isoler des signes et leur conférer une valeur de présomption de faits passés) et herméneutique (en mobilisant son expérience en la matière pour faire parler les traces ainsi objectivées). Cette double fonction de l'expertise résulte d'une longue évolution, qui voit la doctrine mālikite accorder progressivement, dans le courant du Moyen Âge, une place prééminente à la notion de « témoin » matériel, et recourir de plus en plus à la logique de l'expertise. Le statut de la trace architecturale, considérée comme la présomption d'un fait, a ainsi évolué, entre le 3e/IXe et le 6e/XIIe siècle essentiellement, vers une reconnaissance de sa force probatoire, supplantant même la preuve testimoniale apportée oralement par des personnes dignes de foi, la « preuve par excellence » des études classiques sur le droit musulman. L'exemple de la présomption induite de l'existence d'un chaînage d'angle, encore simple commencement de preuve dans le courant du 3e/IXe siècle, et qui finit, quelques siècles plus tard, par s'imposer définitivement en tant que preuve à part entière, grâce à une double légitimation, le paradigme prophétique et la pratique courante, est à ce titre particulièrement révélateur de cette évolution épistémologique majeure qui marque alors le système procédural mālikite. D'une connaissance de pure

[117] *Ibid.*, A I: 223, BS 65.

constatation, portant sur des cas individuels, contingents et non prévisibles, l'expert passe alors, au moyen d'une théorie des présomptions légales qui s'appuie sur le sens commun, la coutume locale et l'usage invétéré, à une connaissance déductive, systématique au sens où elle induit, selon la loi de la causalité, les mêmes causes des mêmes effets, ne gardant de l'objet en litige que le typique et le symptomatique. Par l'examen attentif du bâti et la compréhension des signes qui en émanent, par la lente constitution d'un ensemble de critères, de techniques et d'instruments d'analyse de la réalité architecturale permettant d'isoler et de mettre à jour les caractéristiques propres à chaque cas, les experts-maçons fondent une véritable pathologie du bâti.

La composition du *K. al-Iʿlān* par le maître-maçon Ibn al-Rāmī, expert judiciaire en matière de construction à Tunis dans le premier tiers du 8e/XIVe siècle, ne peut se comprendre que dans le cadre de cette évolution de la procédure, et plus généralement des modes d'articulation de la parole et du signe, du témoignage humain et de celui des choses. Entre le savoir-voir et le savoir-faire, l'exercice de l'expertise donne à ses usagers la possibilité d'une prise de parole, un faire-savoir, d'où découle le pouvoir de faire parler les choses, de se faire l'interprète du monde inanimé. Or, dans cette configuration épistémologique particulière, les experts ne sont pas les seuls utilisateurs des signes. Les juges font aussi partie intégrante du système de reconnaissance et de validation des indices probants tirés de la réalité architecturale. D'où l'émergence dans la doctrine d'un questionnement, sourd puis de plus en plus aigu au long de la période médiévale – à mesure justement que grandit la place accordée à la trace dans la procédure – sur la nature et le statut de la parole experte, et sur les limites de compétence entre les deux protagonistes de la décision judiciaire. Ainsi le pouvoir discrétionnaire du juge apparaît-il ponctuellement entamé par la situation particulière qu'instaure l'expertise, qui reste avant tout un art de la médiation entre le monde matériel et celui de la norme, entre les usagers et les autorités judiciaires. Cependant, et dans le même temps, ce pouvoir dévolu à l'expert ne laisse pas d'être ambivalent, puisqu'il est toujours susceptible d'être instrumentalisé à son tour, transformant le docile auxiliaire de justice en un faire-valoir de la personne charismatique du cadi. Cette configuration de la hiérarchie des pouvoirs de décision n'est pas sans en rappeler une autre, celle du *maǧlis* que tient une fois par semaine à Tunis le souverain ḥafṣide en présence des plus grands juristes : là, ce sont les cadis qui, par une stricte étiquette de la prise de parole et du rendu de la décision, semblent servir de faire-valoir à la personne du souverain, rehaussée à la fois par l'assistance et la participation de ces éminents juristes, et par le dernier mot qui lui est toujours dévolu [118].

[118] R. Brunschvig, *La Berbérie...*, vol. 2, p. 141