

## LA LÉGITIME DÉFENSE EN DROIT PÉNAL MUSULMAN ET EN DROIT PÉNAL ROMAIN

Dr. Salih AKDEMİR

La légitime défense est formellement consacrée par toutes les législations modernes; elle l'a d'ailleurs été à toutes les époques.<sup>1</sup> Ce n'est que son fondement qui a varié au cours de l'histoire. En effet, comme nous allons le voir, elle a déjà été admise en droit romain comme un droit naturel. Cependant il importe de constater que cette conception romaine se modifia au cours des siècles, sous l'influence de la tradition chrétienne d'après laquelle celui qui commet un acte délictueux en état de légitime défense, a manqué au devoir de charité chrétienne. Il ne sera pas passible d'aucune sanction, mais il n'en reste pas moins coupable. Aussi se trouve-t-il dans l'obligation de solliciter du roi des *lettres de grâce ou de rémission*. "Ce droit a été, comme le souligne Donnedieu de Vabres,<sup>2</sup> consacré par l'Ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 (art. 168), plus tard, par la Grande Ordonnance sur la procédure criminelle de 1670, titre XVI, articles 2 et suivants. La grâce ne pouvait être refusée lorsqu'il y avait eu légitime défense de la vie".<sup>3</sup>

C'est sous la Révolution qu'on revient à la conception romaine. En effet les articles 5 et 6 du code pénal français de 1791, rompant avec la tradition chrétienne, disposaient: "*En cas d'homicide légitime, il n'existe point de crime, et il n'y a lieu de prononcer aucune peine, ni même aucune condamnation civile.*" "*L'homicide est commis légitimement, lorsqu'il est indispensablement commandé par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui.*"<sup>4</sup>

1 Par exemple, l'article 328 du code pénal français dispose: "*Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui*". Voir aussi, Le code pénal turc: l'article 49; Le code pénal italien: l'article 54.

2 DONNEDIEU DE VABRES H., *Traité élémentaire de Droit Criminelle et de Législation Pénale Comparée*. 2ed. Paris 1943. p. 198.

3 JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, II, p. 378; MUYART DE VOUGLANS, *Institutes*, pp. 110 et 111; ESMEIB, *Histoire de la Procédure criminelle en France* (1882), pp. 253 et suiv. (D'après DONNEDIEU DE VABRES, *ibidem*).

4 Code pénal de 1791, 2e partie, titre II, sect. I, art. 5 et 6.

Dans cette étude, nous nous proposons d'étudier la légitime défense en droit pénal musulman et en droit pénal romain.

### I. La légitime défense en droit pénal musulman\*

La légitime défense consiste dans le devoir ou dans le droit de repousser par la force une agression imminente et injuste.

#### 1. *Source des dispositions relatives à la légitime défense*

La source des dispositions relatives à la légitime défense est le *Coran* et la *Sunna*.

Sur ce point, le *Coran* s'exprime ainsi: "Donc quiconque transgresse contre vous, transgressez contre lui à transgression égale."<sup>5</sup>

En ce qui concerne la *Sunna*, nous allons, parmi de nombreux Hadiths concernant la légitime défense, nous contenter de citer les deux suivants: Hadith rapporté par Saïd ibn Zayd, d'après lequel Le Prophète a dit: "Quiconque lutte pour défendre sa vie, sa famille ou son bien et meurt est un martyr." D'après l'autre Hadith: "il faut tuer celui qui lève une épée contre les musulmans."

#### 2. *Fondement de la légitime défense*

Plusieurs systèmes ont été proposés pour expliquer le fondement de celle-ci. Il sera utile d'en parler brièvement.

Le premier de ceux-ci est celui qui fait de la légitime défense un *droit naturel*. D'après ce système défendu d'abord par Cicéron et développé ensuite par Grotius, par Wolff et par Carrara, c'est un droit naturel pour l'homme que de défendre sa vie contre toute agression lorsque La Société se trouve, pour une raison quelconque, dans l'incapacité de le protéger; le droit de défense individuelle reparaît et s'exerce.

Cette explication n'est pas satisfaisante, parce qu'elle s'applique seulement à la défense de la vie; en effet elle est insuffisante pour justifier la défense des biens, étant donné que le droit de propriété n'est pas, d'après un assez grand nombre d'auteurs, un droit naturel.

Selon un second système élaboré par Rousseau, le pacte social, en cas d'une agression injuste, cesse de recevoir application: l'homme se trouve alors à l'état de nature où chacun se fait justice à soi-même.

\* Voir sur ce point, OMER LUTFY BEY, *De la légitime défense en droit musulman*, in, "Bulletin de la Société de législation comparée" 1-7 pages, Paris 1898; BERTOLINI, V. CH. *La légitime défense dans la doctrine du droit musulman en Egypte à l'époque des Mémelouks*; UDAH, A.Q., *At-tašrîh l-Ġinâh al-Islâmî*, 3 e éd. Le Caire, 1963, T.I, pp. 473-480.

5 LE CORAN: II,194

C'est le système précédent avec cette différence qu'il est compliqué par l'hypothèse gratuite du contrat social.

Le troisième système est celui de *la rétribution du mal par le mal*. Il a été élaboré par un auteur allemand, Geyer dans son ouvrage intitulé: "La doctrine de la légitime défense."<sup>6</sup> D'après lui, l'acte de défense est la rétribution légitime du mal qui résulte de l'attaque. Il se produit ainsi une compensation d'où découle le rétablissement de l'ordre. Le philosophe allemand Hegel a exprimé cette idée dans la formule suivante: "L'attaque est la négation du droit; la défense est la négation de cette négation, donc l'affirmation du droit"<sup>7</sup>

Critiquant cette théorie, Donnedieu de Vabres écrit: "Cette explication est spacieuse. Il est possible, en effet que l'acte d'agression constitue, en lui-même, un délit. Si on admet l'explication précédente, il en résultera que, celui qui s'est défendu étant réputé avoir assuré le rétablissement de l'ordre, sa défense constitue une sanction suffisante; aucune peine, ensuite, ne devra intervenir. Cette conséquence, que personne n'admettera, suffit à condamner cette explication."<sup>8</sup>

Un quatrième système est celui de *la contrainte morale*. Il a été exposé par Puffendorf. Selon cet auteur, celui qui s'est défendu ne doit pas être puni, parce que l'agression dont il a été objet, est assimilable à la contrainte: en effet il a agi sous l'empire d'une terreur qui a déchaîné l'instinct de conservation.

Cette théorie a fait l'objet de vives critiques et a été, depuis longtemps, abandonnée. Car elle est contredite par les codes modernes qui admettent la légitime défense d'autrui au même titre que de soi-même; or, il va de soi que la défense d'autrui n'est pas motivée par l'instinct de conservation.

Enfin un autre système est *celui qui fait de la légitime défense non seulement un droit, mais aussi un devoir*. En effet, si celui qui repousse par la force une agression injuste doit demeurer impuni c'est parce qu'il a rendu service à la Société. Son acte est moralement irréprochable, comme il est socialement utile. Aussi faut-il conclure par-là que la légitime défense, étant l'exercice d'un droit ou plutôt l'accomplissement d'un devoir, doit exclure tout responsabilité tant civile que pénale.

<sup>6</sup> GEYER, *Die lehre von der Nothwehr*, Iena, 1857, (D'après DONNEDIU DE VABRES, *op. cit.*, p. 198).

<sup>7</sup> HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 127. (D'après DONNEDIU DE VABRES, *ibidem.*)

<sup>8</sup> DONNEDIU DE VABRES, *ibidem.*

Ce système objectif est celui qui recueille, de nos jours, l'adhésion de la majorité de la doctrine de tous les pays.<sup>9</sup> Traitant du fondement de la légitime défense, M. Bouzat écrit: "Plusieurs systèmes ont été proposés comme fondement de la justification qui découle de la légitime défense. Le meilleur paraît être celui qui fait de la légitime défense non seulement un droit, mais aussi un devoir. En effet, la légitime défense n'est pas seulement un acte de nécessité, justifié comme le sont tous les actes de nécessité, c'est aussi un acte de justice. Celui qui repousse par la force une agression injuste non seulement est irresponsable du point de vue morale, mais encore rend service à la société. Suivant la formule de Ihering<sup>10</sup>, non seulement il lutte pour le droit, mais aussi il concourt à la défense de la société."<sup>11</sup>

La légitime défense dans le droit musulman a, pour fondement, l'utilité sociale. D'après l'école Hanafite, ainsi que d'après l'opinion dominante dans les écoles Šafiïte et Malikite, elle constitue l'accomplissement d'un devoir, lorsqu'il s'agit de protéger la vie, car l'agresseur qui cherche à attenter injustement à la vie d'autrui, cesse par son acte de jouir de son droit à l'inviolabilité de la vie.<sup>12</sup> Par conséquent, la personne attaquée qui le tue ne fait qu'accomplir un devoir qui s'impose à elle; si elle s'abstient, pouvant le faire, de repousser son agresseur, elle commet un grand péché. Il importe toutefois de préciser que ce n'est point dans le fait de donner la mort à l'agresseur que réside le devoir, mais dans celui de supprimer le mal en vue de protéger la société; la victime d'une agression injuste, en la repoussant, ne fait que rendre service à la société, parce qu'elle concourt ainsi à la défense de la société.<sup>13</sup>

Mais, selon l'opinion dominante au sein de l'école Hanbalite, la légitime défense ne constitue pas un devoir, mais plutôt un droit dont

9 Voir: DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.* p. 200; BOUZAT P., *Traité de droit pénal et...*, 2e éd. Paris 1970. T.I, p. 270; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel*, Paris 1967, pp. 312-313; FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Milano 1957, p. 210; En Turquie, voir: DÖNMEZER S.-ERMAN S., *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku. (Umûmî Kısım)*, C. II, s. 118. 3. baskı.

10 IHERING, *La lutte pour le droit*, trad. Meulenaere, p. 32 et s. p. 105 et s.

11 BOUZAT, *ibidem*.

12 IBN AL-HUMAM, *Fatha'l-Qadir*, t. VIII, pp. 268-269: "و من شهر على المسلمين سيفاً فليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام: من شهر على المسلمين سيفاً فقد اطل ذمه ولا نه باع فتسقط عصمته بغيه..."

13 IBN ABIDIN *Haşiya*, t. V, p. 481: "انما يجب القتل لان دفع الضرر واجب... معنى الوجوب دفع الضرر لا ان يكون عين القتل واجبا..."

on peut user à son gré, même s'il s'agit d'une attaque dirigée contre la vie.<sup>14</sup>

Les partisans de cette opinion s'appuient, pour la corroborer sur un Hadith d'après lequel Le Prophète aurait dit: "Reste dans ta maison et si tu crains que l'éclat de l'épée ne t'éblouisse, couvre ton visage ou— suivant une autre version du Hadith—tu peux te laisser tuer, mais tu ne devras, en aucun cas, tuer". Ils arguent, d'autre part, de ce que le Calife U'tman, bien que capable n'a cependant pas repoussé l'attaque des insurgés, tout en sachant qu'ils le tueraient.

Distinguant le désordre (*al-fitna*) et la vie normale, certains juristes Hanbalites, estiment cependant que la légitime défense dans le premier cas constitue un droit alors qu'elle s'impose, dans l'autre, comme un devoir absolu.<sup>15</sup>

### 3. Conditions de la légitime défense

Il est question d'étudier successivement les caractères de l'agression (A), ensuite ceux de la défense qui peut lui être opposée (B).

#### A) L'agression :

##### a) L'auteur de l'agression

D'après les écoles Malikite, Šafiite et Hanbalite, l'on doit repousser l'agression quel qu'en soit l'auteur; que ce soit un homme majeur, un enfant, un fou, voire un animal<sup>16</sup>. La défense ne cesse pas, d'autre part, d'être légitime même si l'agresseur était un homme élevé en dignité, tel le prince.

<sup>14</sup> IBN QUDAMA, *al-Muğni*, t. X, p. 353. Beyrouth 1972 : "فاما من اريدت نفسه او ماله فلا يجب عليه الدفع لقول النبي (ص) في الفتنة: "اجلس في بيتك فان خفت ان يبهرك شعاع السيف فغط وجهك" و في لفظ: "فكن عبدالله المقتول ولا تكن عبدالله القاتل" و لان عبان ترك القتال مع امكانه مع ارادتهم نفسه."

<sup>15</sup> UDAH, A.Q., *op. cit.*, T. 1, p. 475.

<sup>16</sup> IBN QUDAMA, *op. cit.* T. X, pp. 350-351; AL-HATTAB, *Mawahibu'l-Ġalil*, as-Saada, 1329 H, T. VI, p. 323; AŠ-ŠAFII, *Al-Umm*. T. VI, pp. 172-173, Boulak, 1326 H.: "قال: "اهل المدينة اذا صال الجمل على الرجل فاقام بينة بصياله عليه و انه ضربه. هند صياله فقتله او عمره فلاضمان عليه و ان لم يكن بينة الا قوله ضمن وقال ابو حنيفة يضمن في الحالين لانه لا جنائية لهيمة تحل دمها ولا جرحها . . . (172) وكذلك الجمل اذا لم اقدر على دفعه الا بما دفعت به المسلم من الضرب ضربته و ان اتت الضربة على نفسه و ان صار الى الحال التي آمنه فيها على نفسه لم يحل لي ضربه ولو ضربته فقتلته غرمت ثمنه فلم ابجها بجنابة انما الجنائية الفعل لا الارادة و لكن ابجتها لمنع حرمتي وكذلك المجنون وكذلك الصبي والله اعلم. (173)"

Cependant, les Hanafites, à l'exclusion d'Abū Yūsuf, estiment que la défense n'est plus légitime lorsque l'agresseur est un irresponsable (mineur ou dément ou lorsqu'il est un animal); car, l'agression, disent-ils, émanant d'un irresponsable n'est pas criminelle et, partant, ne saurait non plus être qualifiée d'acte agressif, parce que la conscience d'accomplir un acte criminel fait défaut chez lui. En conséquence, son agression ne fait pas perdre à celui-ci son droit à l'inviolabilité de la vie physique. Mais cela ne veut-il pas dire que la personne attaquée doit se laisser tuer par lui? Bien sûr que non! Ainsi, si elle le tue, elle ne sera pas passible du talion, toutefois, la *diyya* sera due à sa charge.

De même, en cas d'agression faite par un animal, la personne qui le tue, en devra la valeur à son propriétaire<sup>17</sup>.

Mais Abū Yūsuf est d'avis contraire. Pour lui, même vis-à-vis d'un irresponsable, la personne attaquée est en état de légitime défense; dès lors, elle n'est passible d'aucune sanction tant civile que pénale. Cependant, en cas d'agression par un animal, l'attaquée, en réagissant, ne peut se prévaloir de la légitime défense, et partant, il est tenu d'en payer la valeur à son propriétaire<sup>18</sup>.

#### b) *L'objet de l'agression*

##### i. *L'agression contre la vie ou l'intégrité corporelle*

La défense est légitime aussi bien contre une agression dirigée directement contre la vie que contre toute menace portant atteinte à l'intégrité corporelle conformément au Hadith du Prophète: "Une personne a été mordue sans raison par une autre; elle arracha des dents de cette dernière en retirant brusquement son bras sous le coup de la douleur. Son acte fut justifié par le Prophète et n'entraîna l'application d'aucune sanction civile ou pénale<sup>19</sup> De plus, si de la chair a été arrachée de son bras alors qu'elle le retirait, une indemnité lui sera due par celui qui l'a mordue, car elle était en droit de réagir, sa réaction est un acte de justice tandis que la morsure était un acte d'agression.

##### ii. *L'agression contre la pudeur ou contre l'honneur*

Les juristes musulmans, quelle que soit l'école à laquelle ils appartiennent, admettent unanimement que la légitime défense existe aussi en cas d'agression contre la pudeur ou contre l'honneur; elle est

17 IBN ABIDIN, *op. cit.*, T. V, p. 481; IBN AL-HUMAM, *op. cit.*, T. VIII, p. 269.

18 *Ibidem*: "عن أبي يوسف أنه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون."

19 BUHARI, *Cihād*, 120; MUSLİM, *Kasāma*, 18-23.

obligatoire, même pour les juristes Hanbalites. Ibn Taymiya, s'exprime ainsi sur ce point: "Lorsqu'il s'agit d'une attaque à l'honneur ou à la pudeur, il est obligatoire de se défendre par n'importe quel moyen, fût-ce en tuant l'agresseur. En aucun cas, il n'est pas permis de céder, contrairement à ce qui est admis en cas d'une attaque dirigée contre les biens, car il est permis de laisser porter atteinte à ses biens, mais jamais de laisser porter la moindre atteinte à sa personne et à son honneur."<sup>20</sup>

### iii. La légitime défense des biens

Les juristes des quatre écoles admettent d'une manière générale que la légitime défense des biens est aussi licite. Sur ce point, Ibn Abidin, juriste de l'école Hanafite s'exprime ainsi: "Celui chez qui l'on s'est introduit pendant la nuit et chez qui l'on vole des objets que l'on est en train d'emporter n'encourt aucune peine s'il tue l'agresseur en le poursuivant conformément à la tradition du Prophète qui dit: "luttez pour vos biens", à condition qu'il ne sache pas que les cris pouvaient dissuader le voleur, autrement, il commettrait un homicide illégitime entraînant le talion. Il n'est pas non plus punissable si, à défaut d'autre moyen, il tue le voleur avant que celui-ci ne mette la main sur des objets qu'il a l'intention certaine d'emporter. S'il surprend, par exemple, un individu connu comme voleur en train de pratiquer des ouvertures dans le mur de sa maison ou celle d'autrui, il peut le tuer sans encourir le talion si les cris n'ont pas détourné le voleur de son projet"<sup>21</sup>

Il importe ici d'attirer l'attention sur le fait que la légitime défense putative n'est pas, en droit musulman, prise en considération. Ainsi, lorsqu'une personne, voyant s'introduire chez elle un individu, le tue en le prenant pour un voleur, elle ne peut se prévaloir de la légitime défense que si elle arrive à établir que la défense était une réplique à une agression injuste, qu'elle était d'une nécessité actuelle et qu'elle était proportionnée à l'agression. Sinon la défense n'est plus légitime; autrement dit, la présomption de la légitime défense est, dans ce cas, une présomption simple souffrant la preuve contraire.

<sup>20</sup> LAOUST H., *Le traité de droit public d'ibn Taimiya*, trad. annotée de la Siyasa Šariya, Beyrouth, 1948, pp. 76-77.

<sup>21</sup> IBN ABIDIN, *op. cit.*, T. V, p.482: "وكذا لو قتله قبل الاخذ... قال في الخانية رأى رجلا يسرق ماله فصاح به ولم يهرب او رأى رجلا يثقب حائطه او حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح به ولم يهرب حل له قتله ولا قصاص عليه."

Il est à noter que la jurisprudence française, jusqu'en 1959, semblait reconnaître que la présomption résultant de l'article 329<sup>22</sup> du Code Pénal était absolue, irréfragable et ne souffrait pas la preuve contraire; il suffisait à l'accusé de prouver qu'il était, en fait, dans l'un des deux cas visés par l'article cité; ce qui n'était évidemment pas difficile.

Mais la doctrine, après hésitation, a fini par se prononcer à peu près unanimement pour le caractère de présomption simple. D'éminents auteurs déclarent qu'admettre le caractère irréfragable serait faire découler de l'article 329 un brevet légal d'impunité, constituant un défi à la justice et au bon sens<sup>23</sup>.

De son côté, la chambre criminelle, dans un arrêt du 19 février 1959, a finalement déclaré d'une manière catégorique que la présomption était une présomption simple.<sup>24</sup>

### B) La défense

De même qu'en droit moderne, la défense en droit musulman n'est légitime qu'à trois conditions: il faut qu'elle soit actuelle; qu'elle soit proportionnée à l'agression; qu'elle doive, enfin, avoir été justement opposée à cette agression.

#### i. La défense doit être actuelle

Pour que la victime de l'agression puisse se prévaloir de la légitime défense, le droit musulman exige d'une manière catégorique qu'elle doive s'exercer au moment de l'attaque ainsi que le confirme Ibn Abidin: "Il faut repousser l'attaque de l'agresseur à l'instant même où il lève son arme pour frapper"<sup>25</sup>. Car la loi musulman défend, d'une manière générale, de tuer une personne par avance, sous prétexte qu'elle se préparerait à nous tuer; c'est le problème de la défense contre les

22 L'article 329 dispose: "sont compris dans les cas de nécessité actuelle de défense, les cas suivants:

1. Si l'homicide a été commis, si blessures ont été faites ou si les coups ont été portés en repoussant pendant la nuit l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances;

2. Si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence."

23 DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.* p. 205 et suiv.; VIDAL et MAGNOL, *Traité*, p. 367; SÁVEY-CASARD, *Réflexion sur l'article 329 du Code Pénal*, in *Rev. sc. crim.* p. 29.

24 D. 1959, 162, Note favorable M.R.M. P. et J.C.P. 1959, II. 11112 note critique P. BOUZAT et obs. *Légal* in *Rev. Sc. crim.* 1959, p. 839 (d'après BOUZAT, *op. cit.*, T. I, p. 276).

25 IBN ABIDIN, *op. cit.* T. V, p. 481: "في حال شهرة السيف عليه قاصدا ضررهم لا بعد انصرافه عنهم."

simples menaces (a). De même, si le danger est passé, la défense n'est plus nécessaire. C'est pourquoi, si la personne attaquée continue la violence; son acte n'est plus un acte de défense, mais un acte de vengeance privée interdit par la loi (b).

a) *Le problème des menaces*

Si l'agression n'est encore qu'éventuelle, future, l'individu qui se prétend menacé ne se trouve pas par-là, en état de légitime défense, parce qu'il peut prévenir les autorités et se placer sous leur protection; aussi, s'il tue son adversaire, est-il passible du talion.

Cependant, si les menaces semblent près de se réaliser, en sorte que si la victime de l'agression n'agit pas sur le champ, elle sera frappée et tellement débilitée que la faculté de se défendre lui soit ôtée, elle peut se prévaloir de la légitime défense, si elle vient à tuer son adversaire parce qu'il n'est pas nécessaire d'attendre qu'on ait reçu le premier coup.

b) *Le péril a disparu*

Lorsque l'attaque est repoussée, ou lorsque le mal est accompli, la légitime défense cesse aussitôt. Par conséquent, si l'agresseur a frappé la victime sans dessein d'y revenir, celle-ci, au cas où elle tuerait plus tard son agresseur, serait elle aussi, passible de la peine de mort, parce qu'elle aurait donné la mort injustement à une personne dont le droit à la vie reste inviolable.<sup>26</sup>

ii. *La défense doit être proportionnée à l'attaque*

La personne attaquée ne peut agir indifféremment de n'importe quelle façon. Ainsi, elle ne saurait se prévaloir de la légitime défense lorsqu'elle répond à un coup de poing par un coup de sabre; car le fait qu'elle a été attaquée ne lui donne pas le droit de tout faire, de résister par n'importe quel moyen et enfin d'infliger à son agresseur n'importe quel châtement. Il faut éviter, quant à la défense, tout excès comme l'affirme le Coran: "Donc, quiconque transgresse contre vous transgressez contre lui à transgression égale."<sup>27</sup> Dès lors, si un premier coup suffit pour faire succomber l'agresseur, le second coup serait illégitime, parce qu'il n'est pas nécessaire.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> IBN ABIDIN, *op. cit.*, t. V, p. 482 (Hamiş): "ولو ضربه الشاهر فانصرف ( وكف عنه على وجه لا يريد ضربه ثانياً ) فقتله الآخر ( أى المشهور عليه او غيره .. ) قتل القاتل

لانه بالانصراف عادت عصيته."

<sup>27</sup> LE CORAN: II, 194.

<sup>28</sup> OMAR LUTFY BEY, *op. cit.*, p. 5

iii. *La défense ne peut être opposée qu'à une agression injuste*

L'agression n'est pas injuste lorsqu'elle a été ordonnée par la loi et commandée par l'autorité légitime. Ainsi, un condamné à mort n'est pas en état de légitime défense à l'égard de son bourreau, pas plus que le voleur ne l'est vis-à-vis des policiers qui lui passent les menottes. Car l'obéissance à l'autorité gouvernementale agissant légalement dans l'exercice de ses fonctions est un devoir prescrit par le Coran: "O croyants! Obéissez à Dieu, obéissez au Prophète et à ceux d'entre vous à qui il appartient de vous régir."<sup>29</sup>

Il importe toutefois de préciser qu'on a le droit de résister à tout acte illégal de l'autorité; parce que l'obéissance aux agents de l'autorité n'est obligatoire qu'en tant qu'ils agissent légalement dans l'exercice de leurs fonctions en vertu des Hadiths du Prophète dont nous allons retenir les deux suivants:

— "Pas d'obéissance à la créature qui désobéit au Créateur"

— "N'obéissez point à celui de vos dirigeants qui enfreint la loi."<sup>30</sup>

La légitime défense ne peut pas, d'autre part, entrer en conflit avec elle-même; ainsi, le voleur n'a pas par exemple le droit de résister par la force à la personne qui voulait s'emparer de lui ou le tuer, parce que l'acte illicite auquel il se livrait en volant, le prive du droit de la légitime défense.

4. *À qui appartient le droit de repousser l'agression?*

Il est unanimement admis entre les quatre écoles que le droit de légitime défense est accordé non seulement à toute personne attaquée, mais aussi à tous ceux qui seraient témoins d'une agression injuste. Ce principe, appelé (Al-amr bi'l-ma'rūf wan'nahy ani'l-Munkar, c'est-à-dire, ordonner le bien et défendre le mal) est confirmé par plusieurs versets du Coran dont nous ne retiendrons que le suivant: "Qu'une foule d'entre vous incite les gens à faire le bien, ordonne de le faire et défende le mal..."<sup>31</sup>

Ce n'est pas donc seulement aux agents de l'autorité qu'il incombe d'ordonner le bien et de défendre le mal, mais aussi à tous les musulmans individuellement. Mais ce n'est qu'un "devoir de suffisance"; cela sig-

29 LE CORAN: IV, 59.

30 AŞ-ŞĪRAZĪ, *op. cit.*, t. II, p. 177: "من أمر" لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. "كم من الولاية بغير طاعة الله فلا تطيعوه."

31 LE CORAN: III, 104; voir également, III, 110; VII, 199; IX, 71.

nifie que si, dans une contrée, ce devoir est rempli par quelqu'un qui y suffit, l'obligation cesse pour les autres.<sup>32</sup> Sur point, un Hadith du Prophète est très significatif: "Si quelqu'un d'entre vous remarque des abus, qu'il les fasse disparaître en y portant la main; s'il ne peut avec la main, qu'il y emploie la parole et si la langue est trop faible, qu'il y travaille avec son coeur." Et d'un ton plus énergique et menaçant, le Prophète ajoute: "faites faire le bien et empêcher le mal ou bien Dieu vous livrera en proie aux épreuves, semblables à un pan de nuit sombre qui laisserait pétrifié le plus flegmatique".

Cependant, il faut préciser que l'individu qui ordonne le bien et défend le mal, ne doit pas, dit Al-Haramayn, sur de simples soupçons se livrer à des enquêtes ni inquiéter les gens, ni les faire espionner, ni perquisitionner dans les maisons. C'est seulement lorsqu'il se trouve en présence d'un acte interdit qu'il doit le réprimer dans la mesure de ses moyens.<sup>33</sup>

### 5. La sanction de la légitime défense

La personne qui, mise en état de légitime défense par une attaque actuelle dirigée non seulement contre sa vie ou sa chasteté mais encore contre ses biens, tue son adversaire, sans franchir les limites d'une défense juste, n'est passible d'aucune sanction, tant civile que pénale.

Mais, si elle dépasse les bornes d'une juste défense, elle en sera responsable dans la mesure de son excès. Ainsi, si elle fait à son agresseur des blessures après l'avoir désarmé elle sera inculpée du délit des blessures volontaires; parce qu'elle les a faites sans aucune nécessité.

## II. La légitime défense en droit penal romain

### 1. Fondement de la légitime défense

La légitime défense est l'un des principes formellement consacrés par le droit romain.<sup>34</sup> Elle a, pour fondement, le droit naturel: "*Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet*

<sup>32</sup> LUCIANI J.D., *El-Irchad par Imam El-Haramain*, Paris, 1938, p. 314.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Sur la légitime défense en droit pénal romain, voir notamment: LONGO, G., *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessita in diritto romano*, in *Sein und Werden im Recht.*, pp. 321-338, Berlin 1970; COHEN B., *Self-help in Jewish and Roman Law*, R.I.D.A., II, 1955, 107-133.

*autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere.*"<sup>35</sup> Pour Cicéron aussi, le droit de défendre notre vie, lorsqu'elle est en danger, est une loi naturelle antérieure à tout droit écrit, un instinct de l'homme.<sup>36</sup>

## 2. Conditions de la légitime défense

### A) L'agression:

#### a) L'auteur de l'agression

Compte tenu de la généralité des textes relatifs à la légitime défense, l'on devrait admettre à juste titre que l'agression pouvait être repoussée quel qu'en fût l'auteur. Mais si l'on songe au droit de vie et de mort reconnu par la loi romaine au profit du maître sur ses esclaves et du pater familias sur ses fils en sa puissance, on pourrait légitimement se demander si l'esclave ou le fils pourraient se prévaloir de la légitime défense lorsqu'ils avaient été attaqués par le maître ou par le pater familias. Les textes n'envisagent point, à notre connaissance, de pareils cas; aussi, ne voulons-nous pas nous aventurer sur ce terrain.

#### b) L'objet de l'agression

##### i. L'agression contre la vie ou l'intégrité corporelle

De même qu'en droit musulman, la défense est légitime tant contre une agression dirigée contre la vie que contre toute manace portant atteinte à l'intégrité corporelle.<sup>37</sup>

##### ii. L'agression contre la pudeur ou contre l'honneur.

Le droit romain n'hésite pas, d'une manière générale, à étendre le droit de la légitime défense à la défense de la pudeur ou de l'honneur. Cette décision s'explique par le fait que la crainte du déshonneur est chez les Romains, plus grande que celle de la mort;<sup>38</sup> la virginité ou la chasteté une fois souillées, ne pouvant plus être rétablies.<sup>39</sup> Ainsi, une femme ou une fille dont l'honneur est menacé, peut impunément tuer son agresseur, si elle n'a pas d'autres moyens de lui échapper.<sup>40</sup>

35 ULPÏEN, D. 43, 16, 1, 27. Voir aussi GAIUS, D. 9,2,4 pr.: "*Nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*". Cependant, le fondement invoqué par Florentinus à la légitime défense est le *ius gentium*: "*(Jus gentium est,) ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur.*" (D. 1,1,3) Pourtant, pour Gaius, *Jus gentium et naturalis ratio* sont semblables (D. 1,1,9), alors que pour Ulpien ils ne le sont pas (D. 1,1,1,3 et 4). Il est à noter que ces distinctions restent purement théoriques.

36 CÍCÉRON, Pro Milone, 4,10,11: "*Est haec non scripta, sed nata lex; quam non didicimus, accipimus, legimus, verum ex natura ipsa adipiscimus, hausimus, expressimus...*"

37 Voir, D.1.1.3; D. 9. 2, 52, 1

38 D. 4,2,8,2: "*Cum viris bonis iste metus maior quam mortis esse debet*"

39 C.J. 9, 13,1 pr.: "*Maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non potest.*"

40 D. 48, 8, 1,4: "*Item divus Hadrianus rescripsit eum, qui stuprum sibi vel suis pervim inferentem occidit dimitendum*". Cf. aussi Paul Sent., 5, 23, 8.

iii. *La légitime défense des biens*

Il est permis, aux termes d'une constitution de Justinien, au propriétaire pour défendre ses biens, de résister à celui qui emploie la violence pour les lui enlever, sans toutefois excéder les bornes d'une juste défense.<sup>41</sup> La question qui se pose, à présent, est celle de savoir si le propriétaire des biens pouvait pousser la défense jusqu'à tuer le voleur?

D'après la loi des douze Tables, le voleur nocturne pouvait être tué impunément, alors que le voleur de jour ne pouvait l'être qu'en tant qu'il se défendait avec des armes.<sup>42</sup>

Le droit de repousser par la force les attaques nocturnes était déjà consacré par les législations antérieures à la loi des douze Tables. Ainsi, on lit dans l'Exode: "Si le voleur, surpris en flagrant délit de percer un mur, reçoit un coup mortel, son sang ne sera pas vengé. Mais si le soleil était déjà levé, le sang du voleur sera vengé."<sup>43</sup> La loi de Solon s'exprimait à ce sujet en ces termes: "Si quelqu'un dérobe de nuit quoi que ce soit, il sera permis de le tuer ou de le blesser en le poursuivant."

Mais le droit du Bas-Empire modifia les rigueurs de la loi des douze Tables en ce qui concerne le voleur nocturne. Désormais, le voleur nocturne ne pouvait être tué que si le propriétaire des biens avait couru le risque de perdre la vie: *Furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit*,<sup>44</sup> à telle enseigne qu'il serait passible de la peine prévue par la loi Cornelia, si l se déterminait à tuer le voleur, alors qu'il était capable de se saisir de sa personne sans encourir un danger pour sa vie: "*Sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et cornelia tenebitur*"<sup>45</sup>

Nous pouvons conclure de ce qui précède que l'homicide du voleur nocturne ou du voleur diurne n'est pas justifié par la seule défense

41 C.J. 8, 4, tit.

42 La loi des douze Tables, 8, 11, 12 chez Schöll (Girard 8, 12, 13) "*Si nox furtum faxit, si im (= eum) occisit, jure ceasus esto; luci, si se telo defendit, endoque plorato*".

43 EXODE, XXII, 2-3.

44 D. 48, 8, 9. En outre, que le vol ait lieu la nuit ou le jour, il fallait que la personne attaquée appelât au secours pour avoir des témoins: "*Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificatur: interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequè cum clamore testificetur*" (D. 9, 2, 4,1.)

45 D. 9, 2, 5, pr. cf. aussi, Ulpian, coll. 7, 3, 3.

des biens, mais qu'il ne l'est qu'en tant qu'il s'agit de défendre la vie et l'intégrité corporelle contre celui qui se défend avec son arme.<sup>46</sup>

## B) La défense

### i. La défense doit être actuelle

La personne attaquée ne peut se prévaloir de la légitime défense qu'en cas de mal imminent, immédiat, ainsi que le précise Ulpien: "On peut donc repousser avec des armes celui qui vient nous attaquer avec des armes; mais il faut le faire sur le champ, et non après un certain temps, et il faut observer qu'on peut non seulement résister afin de n'être pas expulsé, mais même qu'après avoir été expulsé, on peut expulser l'autre, pourvu que cela se fasse sur le champ, et non après un certain temps."<sup>47</sup>

Car ce n'est qu'une agression immédiate ou très prochaine qui puisse mettre la personne attaquée dans l'impossibilité de se placer sous la protection des lois ou des autorités publiques; c'est d'ailleurs pour cela que la riposte est légitime.

Les menaces, même de mort ne placent pas l'homme en état de légitime défense, car elles ne font naître qu'un péril éloigné contre lequel on peut se protéger en ayant recours aux autorités publiques.<sup>48</sup>

Cependant, si les menaces semblent près de se réaliser, c'est-à-dire lorsque l'agresseur, l'arme au point, s'avance vers sa victime en témoignant de son dessein de lui infliger des violences, celle-ci peut agir immédiatement, car il n'est pas nécessaire d'attendre de recevoir le premier coup: "*Si quis percussorem ad se venientem gladio repulerit, non ut homicida tenetur, quia defensor propria salutis in nullo peccasse videtur*"<sup>49</sup>

46 Voir aussi dans le même sens, FERRINI C., *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, Milano, 1902, p. 85: "*Non altrettanto è lecito a difesa della proprietà. La regola, per cui nel caso di invasione dei fondi vim vi repellere licet, si spiega pensando che qui l'attacco è in sostanza diretto contro la persona del possessore.*"

47 D. 43, 16, 3, 9: "*Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo, dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deicere non ex intervallo, sed ex continenti.*"

48 Cf. sur ce point, CICÉRON, *Pro Tullio*, 24: "*Quis hoc statuit unquam, aut cui concedi sine summo omnium periculo potest, ut eum iure potuerit occidere, a quo metuisse sedicat, ne ipse posterius occideratur?*" (D'après Ferrini, *op. cit.*, p. 85).

49 C.J. 9, 16, 3.

En revanche, la défense n'est plus légitime lorsqu'il s'est passé entre l'agression et la riposte un laps de temps incompatible avec la permanence et l'irrésistibilité du mal, car il fallait agir, *confestim, non ex intervallo*, disait Ulpien. Une fois l'agression repoussée, le droit de défense légitime cesse aussitôt, le danger n'existant plus; l'action entreprise par la suite constituerait un acte de vengeance privée interdite par la loi.<sup>50</sup>

*ii. La défense doit être proportionnée à l'attaque*

La défense n'est, d'autre part, légitime qu'en tant qu'elle n'excède point la mesure d'efforts suffisants pour repousser l'agression<sup>51</sup>. Car, la personne attaquée n'a pas le droit de repousser l'agression de n'importe quelle façon; il faut que sa riposte soit en relation avec l'intensité de l'agression. Elle excède les limites d'une juste défense lorsqu'elle se sert d'armes meurtrières, alors que l'agresseur n'en possédait pas ou lorsqu'elle lui porte des blessures après l'avoir désarmé, ou enfin lorsqu'elle tue son agresseur en fuite, tandis que rien n'indiquait un retour offensif de la part de ce dernier.

*iii. La défense ne peut être opposée qu'à une agression injuste*

Le droit de la légitime défense cesse, lorsque l'agression est le fait des officiers publics qui agissent légalement dans l'exercice de leurs fonctions. Ainsi, un condamné à mort n'est pas en état de légitime défense vis-à-vis de son bourreau qui l'exécute en vertu d'un arrêt rendu conformément aux lois.

*3. À qui appartient le droit de repousser l'agression?*

Le droit de légitime défense est, d'une manière générale, accordé non seulement à toute personne attaquée, mais aussi à sa famille et à ses proches<sup>52</sup>. Les esclaves et les soldats sont même tenus de défendre leur maître ou leur officier<sup>53</sup>.

Mommsen, se basant sur le fragment (D. 1,1,3), assimile à sa propre défense l'assistance prêtée à une personne qui exerce une défense légitime ou l'aide donné dans des cas où il y aurait eu légitime défense.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> 9, 2, 45, 4.

<sup>51</sup> C.J. 8, 4 tit.

<sup>52</sup> D. 48, 8, 1, 4; C.J. 9, 13, 1, 1.

<sup>53</sup> D. 29, 5, 1, 18: "*Totiens puniendi sunt servi, quia auxilium domino non tulerunt, quotiens potuerunt ei adversus vim opem ferre et non tulerunt.*" Sur les soldats, voir D. 49, 16, 6, 8, 9.

<sup>54</sup> MOMMSEN, *Le droit Pénal Romain*, Paris, 1907, T.2, p. 335.

Après avoir précisé qu'il n'y a aucun texte envisageant la défense d'autrui, Ferrini<sup>55</sup> et Falchi<sup>56</sup> font également leur l'opinion de Mommsen. Il nous semble que ces auteurs ont eu tort sur ce point, car ils pourraient invoquer à l'appui de leur thèse les deux fragments de Paul.<sup>57</sup>

#### 4. Sanction de la légitime défense

La personne qui, mise en état de légitime défense par une attaque imminente dirigée contre sa vie ou sa chasteté, tue son agresseur sans toutefois excéder les bornes d'une juste défense (*Le moderamen inculpatae tutelae*) n'est passible d'aucune sanction tant pénale que civile. C'est ainsi que celui qui tue un esclave en défendant sa vie, n'est pas responsable du dommage causé: "*Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.*"<sup>58</sup>

Mais lorsque la personne attaquée dépasse les bornes fixées à une défense modérée, elle en est responsable ainsi que le confirme Ulpien: "Un homme qui en tue un autre qui s'est jeté sur lui à main armée, ne commet point un délit; et on n'est point tenu de l'action de la loi Aquila, lorsqu'on tue un voleur dans la crainte qu'il n'en veuille à notre vie. Mais si, pouvant se saisir de sa personne, on se détermine à le tuer, on est plutôt censé l'avoir fait sans raison légitime et on est puni suivant la disposition de la loi Cornélia."<sup>59</sup>

D'autre part, la personne attaquée est également soumise à l'action de la loi Aquilia, lorsqu'en repoussant son agresseur, elle vient à tuer par sa faute un passant qui passait par cet endroit: "*Sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum sed praetereuntem percussero, tenebor lege Aquilia; illum enim solum qui vim infert ferire conceditur.*"<sup>60</sup>

55 FERRINI, op. cit., p. 85: "Non è formulato il principio che si possa anche abbattere l'aggressore di altri incapace a difendersi da sé; ma è ovvio, che in tale ipotesi accertata non dovesse mancare l'assoluzione."

56 FALCHI, G.F., *Diritto Penale Romano*, Padua 1937, T. 1, p. 177: "Nei Testi non si prospetta l'ipotesi di difesa a favore di un estraneo: ma, richiamando per avventure una tale ipotesi, i giureconsulti romani avrebbero certamente deciso ammettendo la liceità della difesa."

57 D. 50, 17, 50: "Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest", et D. 50, 17, 109: "Nullum crimen patitur is qui non prohibet, cum prohibere non potest."

58 GAIUS, D.9,2,4, pr.

59 D. 9,2,5 pr.

60 PAUL, D. 9,2, 45, 4.

## CONCLUSION

Nous pouvons conclure de ce qui précède que la légitime défense est admise, dans le droit musulman et dans le droit romain, non seulement pour les attaques dirigées contre la vie, l'intégrité corporelle ou contre la chasteté, mais aussi contre les biens sans pour autant excéder les bornes d'une défense juste (le moderamen inculpatæ tutelæ).

Pendant, le droit romain, pour expliquer le fondement de la légitime défense, fait appel à la théorie du droit naturel, alors que le droit musulman consacre celle qui fait de la légitime défense non seulement un droit, mais aussi un devoir.

Il est d'autant plus surprenant de faire remarquer que la théorie admise par les juristes musulmans, il y a tant de siècles, est celle qui recueille, de nos jours, l'adhésion de la majorité de la doctrine de tous les pays; parce que c'est la seule théorie qui soit en mesure d'expliquer, d'une manière satisfaisante, le fondement de la légitime défense.

## ÖZET

## İSLAM VE ROMA HUKUKUNDA MEŞRU MÜDAFAA

Meşru müdafaa, bir şahsın kendisine veya başkasına yöneltilen haksız bir tecavüzü kuvvet ile izale etmesidir.

Yazar bu araştırmasında, meşru müdafaaaya ait çeşitli meseleleri İslâm ve Roma hukukunun ana kaynaklarına inerek incelemiş, sonuç olarak da her iki hukukun—aynen günümüzdeki mer'î hukuklarda olduğu vechile—meşru müdafaa halinin, şahıslara, ırz ve namusa ve hatta mallara yöneltilmiş haksız tecavüzlere karşı mevcut bulunduğu hususunda ittifak ettiklerini ortaya koymuştur. Buna göre, her iki hukukta da, meşru müdafaa halinde bulunan bir kimsenin, herhangi bir ifrata kaçmadan, haksız bir tecavüzü kuvvet ile izale etmesi medenî—cezaî hiç bir sorumluluğu gerektirmez. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki müdafaa—dan maksat, mütecavizin hayatına son vermek değil, kötülüğü izale ve böylece Cemiyeti muhafaza etmektir. Ayrıca, gerek İslâm hukuku gerekse Roma hukuku haksız bir tecavüze maruz kalan üçüncü şahısların da müdafaa edilmesinde meşru müdafaa halinin mevcudiyetini kabul etmişlerdir.

Ancak her iki hukukun da meşru müdafaaanın hukukî esası üzerinde ihtilaf ettikleri görülür: Roma hukuku meşru müdafaaanın hukukî

esasını “*tabiî hukuk*” nazariyesi içinde izah etmeğe çalışırken; İslâm hukuku meseleye objektif açıdan bakar ve meşru müdafaanın hukukî esasını “*kamu yararını*” korumakta görür. Buna göre, meşru müdafa yalnız bir hak değil, aynı zamanda yerine getirilmesi gereken bir görevdir.

Dikkate şayandır ki, İslâm hukukunun bu görüşü bu gün ceza hukukçuları tarafından kabul edilen en iyi ve en makul görüş olmuştur. Nitekim tanınmış Fransız ceza hukukçusu Bouzat'nın meşru müdafaanın hukukî esası hakkında şöyle dediğini görürüz: “Meşru Müdafaanın hukuki esasını açıklamak için bir çok nazariye ileri sürülmüştür. Bunların içinde en iyi olanı, meşru müdafaayı yalnız bir hak değil aynı zamanda bir görev olarak kabul eden nazariyedir”

Meşru müdafaanın hukukî esasını açıklamak için ileri sürülen muhtelif nazariyelerden en mükemmel ve isabetli olanını, İslâm hukukçularının asırlarca evvel ortaya koymuş olmaları düşündürücü bir olaydır