

La jurisprudence égyptienne sur la requête en *hisba*

Jörn Thielmann



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/ema/1499>

DOI : [10.4000/ema.1499](https://doi.org/10.4000/ema.1499)

ISSN : 2090-7273

Éditeur

CEDEJ - Centre d'études et de documentation économiques juridiques et sociales

Édition imprimée

Date de publication : 31 décembre 1998

Pagination : 81-98

ISSN : 1110-5097

Référence électronique

Jörn Thielmann, « La jurisprudence égyptienne sur la requête en *hisba* », *Égypte/Monde arabe* [En ligne], 34 | 1998, mis en ligne le 08 juillet 2008, consulté le 07 juillet 2022. URL : <http://journals.openedition.org/ema/1499> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ema.1499>

Ce document a été généré automatiquement le 7 juillet 2022.

Tous droits réservés

La jurisprudence égyptienne sur la requête en *hisba*

Jörn Thielmann

- 1 Depuis la séparation forcée, l'été 1996, du professeur Nasr Hamid Abu Zayd et de son épouse, Ibtihâl Yûnis, séparation marquant la fin provisoire d'une affaire longue de plusieurs années, la requête en *hisba* (préservation de l'ordre public islamique) n'a pas manqué d'attirer l'attention du public. En Égypte et ailleurs, la presse et les scientifiques (Bälz, 1997a) ont écrit de nombreux articles. Ce sont pourtant seulement les questions touchant aux libertés de croyance, de conviction et d'enseignement qui ont suscité l'intérêt ; ainsi, du fait qu'Abû Zayd ait été accusé d'enseigner des idées non islamiques, qu'on lui ait reproché d'être un apostat et qu'on ait prononcé la séparation des époux sur la base de l'interdiction pour une musulmane d'être mariée à un non-musulman.
- 2 Les acteurs musulmans en Égypte, aussi bien que les chercheurs, évoquent la requête en *hisba* comme une vieille institution islamique (Dupret, 1996 ; Bälz, 1997a)¹. Dans cet article, je n'entends pas faire l'historique de la *hisba* en Égypte, mais uniquement retracer la carrière de la requête en *hisba* dans la jurisprudence égyptienne publiée au XX^e siècle.

La *hisba* et l'office du *muhtasib*

- 3 Je commencerai toutefois en rappelant quelques données sur la *hisba*² dans son acception « traditionnelle »³. Le terme non coranique de *hisba* désigne, d'un côté, l'obligation pour chaque musulman « d'ordonner le bien et d'interdire le mal » (*amrbi-l-ma'rûfwa-nahî 'an al-munkar*, Coran 3,104 et *passim*) et, de l'autre, l'office du *muhtasib*, inspecteur des marchés et gardien de l'ordre public. Le bien est constitué par la réalisation ou la défense des droits de Dieu (*huqûq Allâh*) ; et le gardien de ces droits (le *muhtasib*) n'attend de récompense que de Dieu dans l'au-delà (Johansen, 1981, p. 289-301).

- 4 La littérature traite longuement de la question de savoir si l'*agoranomos* grec ou l'*aedilis* latin sont à l'origine de cet office. Si Stern (1970, p. 26) et Foster (1977) ne voient aucun lien entre les institutions antiques et islamiques, Floor (1980, p. 122 *sqq.*), et avant lui Sperber (1969 et 1970), ont bien montré le développement continu de l'office et de son nom depuis l'Antiquité jusqu'aux temps islamiques. D'après Schacht (1957, p. 207), c'est à l'époque abbaside que cet office fut « islamisé » et on le légitima en recourant au verset coranique susmentionné⁴. La tradition fait également référence à cet office dans plusieurs *hadîth*. Ainsi, le Prophète lui-même se serait chargé d'exercer la *hisba*, puis les premiers califes. Le *muhtasib* apparaît pour sa part au 3^e siècle de l'hégire (X^e siècle) ; les premiers textes sur la *hisba* ont été écrits au cours du 5^e siècle de l'hégire (XI^e siècle) par Mâwardî (m. 450/1058) et Ghazâlî (m. 505/1111)⁵.
- 5 Une autre tendance de la littérature arabe s'intéresse aux aspects pratiques de la charge du *muhtasib*, offrant de longues taxinomies de marchandises et de leurs qualités, de professions et de tout ce qui y est lié. Telle est la charge principale du *muhtasib*, dénommé aussi *sâhib al-sûq* (seigneur du marché) : le contrôle des poids et mesures, des prix et de la qualité. En fonction de sa personnalité et des circonstances, le *muhtasib* surveillait également l'accomplissement de la prière, l'utilisation correcte des mosquées, la morale et l'ordre publics dans les rues, les places et les bains, ainsi que l'exécution des règles concernant les *dhimmi*, les juifs et les chrétiens. La surveillance de la propreté et de l'entretien des rues et des trottoirs était aussi de son ressort.
- 6 Il est souvent difficile de distinguer la *hisba* des offices voisins, comme ceux du *cadi* ou celui du chef de la police (*shurta*). Le *muhtasib* avait en effet le droit de juger et de punir dans tous les cas n'exigeant pas qu'une preuve soit administrée ou quand le délit était flagrant. Ses compétences ne dépassaient pas les limites de la ville. Il était investi par le gouverneur ou le *cadi* et cette investiture faisait l'objet d'une proclamation publique. Théoriquement, outre ses qualités morales et ses connaissances juridiques (le *muhtasib* était souvent en même temps juriste, *faqîh*), on exigeait généralement aussi de lui une expérience professionnelle (comme marchand, par exemple).
- 7 Dans la réalité, ces exigences furent négligées à mesure que s'instaurait le principe de la vénalité de l'office (Canard, 1962, p. 268). La corruption, l'abus de pouvoir, l'arbitraire et le rançonnage des marchands par des taxes illégales étaient fréquents⁶. L'office acquit en conséquence une mauvaise réputation. L'office de la *hisba* a survécu au Maroc, à Bukhara et en Iran (Floor, 1971, p. 229 ; 1980, p. 135), jusque dans les années vingt. En Égypte, l'office du *muhtasib* fut aboli au cours des réformes judiciaires et administratives qui s'étalèrent tout au long du XIX^e siècle⁷.

La requête en *hisba* dans la jurisprudence égyptienne au XX^e siècle

- 8 La *hisba*, comme requête et témoignage, est établie dans la jurisprudence en matière de statut personnel, mais pas dans la législation. On ne peut pas savoir si elle a été pratiquée comme telle avant l'abolition de l'office du *muhtasib* en Égypte. En tout cas, elle existe dans les textes classiques du *fiqh* (jurisprudence islamique)⁸.
- 9 Nous aborderons d'abord les sources, puis nous nous intéresserons aux fondements légaux de la requête en *hisba* dans les domaines de l'organisation judiciaire et du statut personnel, tels qu'ils ont été établis aussi bien avant qu'après 1956. Nous examinerons

ensuite les principes de la *hisba* tels qu'établis par la jurisprudence égyptienne avant la loi n° 462 de 1955. Quelques cas seront enfin présentés. Signalons dès à présent qu'on ne fera que marginalement mention de l'affaire Abu Zayd, celle-ci ayant été discutée en détail par Dupret (1996) et Bälz (1997a).

Les sources

- 10 Entre le début du XX^e siècle et 1956, date de la suppression des tribunaux religieux (*mahâkim shar'iyya*), les cas publiés ne sont pas très nombreux et couvrent la période qui s'étend de 1901 à 1948. Ils sont publiés dans deux périodiques : *Majallat al-ahkâm al-shar'iyya* et *al-Muhâmât al-shar'iyya*⁹.
- 11 Tous les degrés de tribunaux religieux sont représentés : tribunal ordinaire (*mahkama juz'iyya*), tribunal de première instance (*mahkama ibtidâ'iyya*) et Haute Cour (*mahkama 'ulyâ*)¹⁰. À partir de 1956 et avant l'affaire Abu Zayd, un seul jugement a été prononcé en *hisba* par la Cour de cassation (*mahkamatal-naqd*), en 1966. Deux décisions du Conseil d'État (*majlis al-dawla*) concernant l'intérêt à la cause et l'ordre public ont été prises explicitement en référence à la requête en *hisba*. Géographiquement, la plupart des cas publiés sont situés dans la région du Grand Caire et dans le Delta, rarement en Haute-Égypte. Il s'agit surtout de questions de divorce, soit par répudiation de la femme par l'homme (*talâq*), soit comme conséquence d'un changement de religion (de l'islam vers le christianisme). Deux cas sont liés à des problèmes juridiques engendrés par des *waqf* (biens de mainmorte ou fondations religieuses).
- 12 Les jugements se présentent de la manière suivante : tout d'abord, une introduction des éditeurs donne des informations sur le tribunal, la date du jugement, les matières juridiques concernées et les points centraux de la décision. Ensuite, et sans que cela ne soit indiqué, vient le jugement proprement dit, avec le nom du tribunal, la date du jugement, les noms des juges qui ont participé, le nom du greffier, le numéro du dossier et les noms des parties. Sous le titre « *al-waqâ'i* » (les faits), suit la présentation brève des étapes du procès devant les différents tribunaux qui ont été saisis de l'affaire. Les arguments des parties, leurs preuves et leur acceptation ou leur refus par le juge sont mentionnés. Les informations détaillées sur le cas manquent généralement : l'âge, la profession ou le lieu de résidence ne sont mentionnés que très rarement. Enfin, la décision est donnée, après exposé des motifs, sous la rubrique « *al-mahkama* » (la Cour).

Sur l'organisation judiciaire et le statut personnel

- 13 Tout¹¹ au long du XIX^e siècle, les tribunaux *shafi* des cadis ont vu leurs compétences continuellement diminuer, parallèlement à l'introduction des tribunaux d'inspiration européenne. La création des tribunaux nationaux en 1883 et la loi sur l'organisation judiciaire de 1897 leur laissèrent seulement le statut personnel (mariage, divorce, filiation, droit de garde des enfants, succession) et le domaine des *waqf*. Tous les autres domaines juridiques furent successivement confiés à la compétence de tribunaux séculiers¹², dirigés dans leur travail par de nouveaux codes inspirés par des lois françaises. Les codes appliqués par les tribunaux mixtes et par les tribunaux nationaux ont divergé en quelques points.
- 14 En matière de statut personnel, les tribunaux créés en 1897 se sont inspirés du projet de code du statut personnel de Muhammad Qadrî Pâshâ, rédigé en 1875, qui ne fut jamais

adopté officiellement. En 1920, la loi n° 25 régla le divorce et la pension alimentaire, en incluant des prescriptions malikites. La loi n° 25 de 1929 modifia et compléta les règles du divorce. Ces lois et d'autres ont été confirmées par la loi n° 78 de 1931 sur la réorganisation des tribunaux *shar'î* et de leur procédure. Les lois n° 77 de 1943 et n° 71 de 1946 codifièrent le droit successoral hanafite en y introduisant de petits changements.

- 15 Depuis 1856 (Peters, 1994, p. 78-79), les tribunaux *shar'î* ont été obligés de juger, en l'absence de dispositions légales codifiées, selon les principes de l'école hanafite, l'école officielle de l'Empire ottoman, en dépit du fait que les écoles shâfite et malikite étaient majoritaires en Égypte. Jusqu'à aujourd'hui, l'article 280 du règlement d'organisation des tribunaux religieux de statut personnel (*lâ'ihat tartib al-mahâkim al-sharîyya*) (loi n° 78 de 1931) reste en vigueur. Il stipule que :

« Les jugements sont promulgués conformément à ce qui est prévu dans ce règlement et dans les principaux textes de référence de l'école d'Abû Hanîfa, à l'exception des statuts pour lesquels la loi des tribunaux religieux de statut personnel établit des règles particulières ; il faut en la matière que les jugements soient promulgués suivant ces règles. »

- 16 La loi n° 462 de 1955 a aboli, à compter du 1^{er} janvier 1956, les tribunaux religieux et les assemblées communautaires (*majlis millî*) des juifs et des chrétiens. Les affaires pendantes devant ces juridictions ont été renvoyées devant les tribunaux nationaux. Des chambres furent formées, au niveau des différentes instances, pour les affaires du statut personnel et en matière de *waqf*. Seuls les litiges entre Égyptiens non musulmans d'une même communauté (*milla*, par exemple, la communauté chrétienne) et d'un même rite (*tâ'ifa*, par exemple, copte-orthodoxe) peuvent désormais être réglés selon la législation propre à ce rite, à condition toutefois qu'ils aient disposé d'autorités judiciaires avant la promulgation de cette loi. Dans tous les autres cas de figure, les codes nationaux seront applicables¹³.
- 17 En 1979, une nouvelle loi sur le statut personnel, appelée « loi Jihân »¹⁴, a été promulguée par un décret-loi présidentiel (loi n° 44 de 1979). Cette loi fut largement controversée, du fait des innovations qu'elle introduisait, particulièrement en cas de second mariage de l'époux. À la suite de l'amendement, en 1980, de l'article 2 de la Constitution, qui faisait des « principes de la *shar'î'a* la source principale de la législation », quelques magistrats refusèrent d'appliquer la loi n° 44 de 1979, arguant de son inconstitutionnalité. Dans une décision de principe, la Haute Cour constitutionnelle invalida ce décret-loi, non pas parce qu'il était contraire à l'article 2 de la Constitution, mais pour avoir été promulgué par le président de la République sans l'accord du Parlement.

Les fondements légaux de la requête en *hisba*

- 18 Aucune des lois sur le statut personnel mentionnées ci-dessus ne parlent de *hisba*. On n'y retrouve ni le terme « *muhtasib* », ni le témoignage en *hisba* (*shahâdata-hisba*), ni l'institution de la *hisba* comme telle. Sur quoi la jurisprudence s'appuie-t-elle donc ? Il convient de noter deux points.
- 19 Premièrement, depuis 1856, les magistrats doivent se baser, s'il n'existe pas de loi réglant l'affaire concernée, sur « les principaux textes de référence de l'école d'Abû Hanîfa ». Dans les textes de jurisprudence islamique (*fiqh*), on trouve l'institution de la

hisba, à savoir la prescription coranique pour chaque musulman « d'ordonner le bien et d'interdire le mal », présentée comme un élément central de toute société islamique¹⁵. Deuxièmement, jusqu'à la fin de 1955, elle était incontestablement établie dans la jurisprudence égyptienne (Sharqâwî, 1950, p. 51 *sqq.*). Elle est aujourd'hui considérée comme également établie pour ce qui est postérieur à 1955 (Bälz, 1997a, p. 140).

- 20 Le recours aux principaux textes de référence du rite hanafite, prescrit par l'article 280 de la loi n° 78 de 1931, sert de base légale principale à la *hisba*, que ce soit avant ou après 1955. On retrouve jusqu'en 1955 le témoignage en *hisba* mentionné à l'article 191 de la loi n° 78 de 1931, aboli par la loi n° 462 de 1955 :

« Si le témoin déclare n'avoir pas de déposition à faire, il ne pourra plus être admis à témoigner. Sauf dans les matières pour lesquelles le témoignage dit "de *hisba*" est admissible, le demandeur qui a commencé par déclarer n'avoir pas de témoins à citer ne pourra plus être admis à en produire. »

- 21 Comme on le verra, la *hisba* est liée à l'ordre public, ce qui explique qu'elle constitue ici une exception aux règles relatives au témoignage.

- 22 Dès 1955, la loi n° 462, publiée au journal officiel (*Waqâ'î misriyya*) du 24 septembre 1955, qui abolit les tribunaux *shar'î* et les assemblées communautaires, déclare dans son article 6 :

« En matière de statut personnel et de *waqf*, précédemment de la compétence des tribunaux religieux de statut personnel, les jugements seront rendus selon l'article 280 de leur règlement d'organisation.

En matière de statut personnel des Égyptiens non musulmans, d'une même communauté et d'un même rite, disposant d'autorités judiciaires communautaires (*millî*) régulières à la promulgation de cette loi, les jugements seront rendus selon leur législation, dans les limites de l'ordre public. »

- 23 Certains juristes nient la possibilité d'introduire une requête en *hisba* sur la base de cet article 6 (Abu Sa'd, 1997, p. 239-245 ; Sayf al-Islâm, 1996, p. 11 *sqq.*). Sayf al-Islâm affirme qu'il s'agit d'une question de recevabilité, question réglée par l'article 5 de ladite loi qui constate que :

« Les règles du Code de procédure seront applicables à la procédure en matière de statut personnel et en matière de *waqf*, précédemment de la compétence des tribunaux religieux de statut personnel ou des Assemblées communautaires, sauf les cas qui ont fait l'objet de règles particulières dans le règlement d'organisation des tribunaux religieux de statut personnel ou dans d'autres lois complémentaires. »

- 24 Avant 1955, cette question était réglée par les articles 89 et 110 de la loi n° 78 de 1931¹⁶. L'article 110 est particulièrement intéressant en ce qu'il parle des droits de Dieu comme équivalents de l'ordre public et oblige à suivre les règles de la *shari'a* dans ces cas. Tel était donc, à l'époque, le moyen d'initier une requête en *hisba*. Cet article, de même que l'article 89, a toutefois été aboli par l'article 13 de la loi n° 462 de 1955. L'article 5 de la loi n° 462 de 1955 renvoie les magistrats au Code de procédure civile et commerciale qui exige, dans son article 3, « un intérêt personnel et direct (*maslaha shakhsîya wa mubâshara*) » de la part du requérant. Selon Ahmad Sayf al-Islâm (1996), ce critère n'est pas rempli par une requête en *hisba*, l'absence d'intérêt direct et personnel constituant précisément la condition d'une action en *hisba*.

- 25 Un autre aspect de sa critique est l'inconstitutionnalité postulée de l'article 280 de la loi n° 78 de 1931, parce qu'il ne respecterait pas la séparation des pouvoirs. En effet, les juges fonctionneraient, en appliquant directement les opinions du rite hanafite, comme

des législateurs. À cela s'ajouterait la violation de l'article 188 de la Constitution qui exige que les lois, pour qu'elles entrent en vigueur, soient publiées au journal officiel. Dans l'affaire Abu Zayd, c'est précisément ce conflit opposant l'article 280 de la loi n° 78 de 1931 et l'article 3 du Code de procédure civile (loi n° 13 de 1968) qui a amené les deux premières juridictions à des conclusions opposées. Le tribunal de première instance a décidé de rejeter l'action pour défaut d'intérêt des requérants, marquant sa préférence pour l'article 3 du Code de procédure. La Cour d'appel du Caire a, pour sa part, considéré que l'article 280, via la loi n° 462 de 1955, était d'application, suivant en cela un arrêt de la Cour de cassation de 1966 (cf. *infra*). Elle a dès lors considéré l'action comme recevable (Dupret, 1996, p. 19 *sqq.*).

- 26 Dans la littérature juridique, on remarquera que la doctrine considère généralement qu'au vu de la continuité de la jurisprudence, l'article 280 de la loi n° 78 de 1931 reste en vigueur et est conforme à la Constitution (Bâlz, 1997a, p. 140 et la littérature en arabe qu'il cite).

La jurisprudence et les principes de la *hisba* avant la loi n° 462 de 1955

- 27 Avant 1955, la jurisprudence égyptienne a établi les principes suivants en matière de *hisba* :
1. La *hisba* est l'accomplissement de ce qui compte pour Dieu. Elle est une des obligations qui sont remplies si une seule personne s'en acquitte (*fard kifâya*). Elle provient d'une autorité légitime par principe (*wilâya shar'îyya aslîyya*).
 2. La requête en *hisba* ne demande ni permission (*idhn*), ni autorisation (*tafwîd*) du tuteur légal (*walî al-ami*).
 3. La requête en *hisba* appartient aux droits de Dieu (*huqûq Allah*).
 4. Devant le tribunal, une requête en *hisba* ne peut être entendue qu'après présentation d'une demande.
 5. La requête en *hisba* est obligatoire pour toutes les offenses contre les droits de Dieu.
 6. Dans le cadre des actions en matière successorale ou de *waqf*, la requête en *hisba* n'est pas admise (Jundi, 1992, p. 533-535).
- 28 C'est la notion de « droits de Dieu » (*huqûq Allah*) qui constitue le concept central de cette requête. Ces droits fondent la légitimité de la *hisba*.
- 29 On entend par « droits de Dieu » les droits dont le bénéfice revient à tous les hommes et non seulement à certaines personnes précises (Sharqâwî, 1950, p. 51). Il faut cependant distinguer dans les « droits de Dieu » ceux qui concernent principalement les hommes et ceux qui concernent principalement Dieu. Pour ce qui est de l'atteinte aux droits relevant de la première catégorie, une requête en *hisba* est impossible, la victime (*maqdhûf*) – par exemple dans un cas de faux témoignage pour adultère (*qadhf*) – subissant ici un dommage particulier. Pour ce qui est de l'atteinte aux droits relevant de la seconde catégorie – ainsi, par exemple, des punitions coraniques (*hudûd*), comme la sanction de l'adultère –, une requête en *hisba* est ici possible et même recommandée.
- 30 En d'autres termes, à l'inverse de la notion de « droits de l'être humain (*huqûq al-'ibâd*) », qui concerne les requêtes d'individus agissant isolément et à titre privé contre d'autres individus, les droits de Dieu recouvrent les requêtes formulées au nom de l'État et de la religion contre des personnes juridiques privées. Les droits de

l'homme sont guidés par l'idée de transversalité entre individus égaux. Les droits de Dieu sont, au contraire, absolus et indivisibles. Ils représentent des intérêts publics (*masâlih 'amma*). En les satisfaisant, la personne juridique individuelle n'est pas récompensée par un équivalent terrestre (Johansen, 1981, p. 289-301).

Exemples de jurisprudence

- 31 L'arrêt du Tribunal *shar'i* de première instance de Zagazig (*mahkamat al-Zaqâzîq al-ibtidâ'iyya al-shar'iyya*) du 8 avril 1934 rendu sur la requête n° 254 (33e année judiciaire, 1934)¹⁷ illustre bien comment la jurisprudence comprend les droits de Dieu (*huqûq Allah*).
- 32 L'affaire est la suivante. Devant le tribunal ordinaire local (*mahkamajuz'iyya*), un propriétaire foncier a déposé une plainte contre un homme de confession copte et une femme qui sont mariés et vivent ensemble, demandant qu'ils soient séparés (*haylûla*). Selon le requérant, la défenderesse, qu'il dit être son épouse, se serait précédemment convertie à l'islam. Le contrat de mariage entre elle et le défendeur aurait été conclu après le mariage que lui-même, le requérant, avait contracté avec elle. Le tribunal estima que les preuves du requérant étaient insuffisantes et il fit remarquer que la requête était une requête en *hisba* qu'il ne pouvait prendre en considération parce qu'un décret ministériel (décret n° 35 du 3 décembre 1918) exigeait qu'un avis ministériel soit rendu sur chaque affaire de ce type. Le requérant interjeta appel contre cette décision et celui-ci fut reçu. Pour la cour d'appel, il ne s'agissait pas d'une requête en *hisba*. Elle renvoya alors l'affaire à la juridiction de première instance.
- 33 La question de la compétence du tribunal de première instance ne nous intéresse pas ici, pas plus que les arguments et les preuves présentés par les parties. Ce qu'il faut par contre relever, c'est le constat établi par la cour d'appel, à savoir que le requérant veut « l'examen de son droit dans cette plainte », c'est-à-dire son droit à la séparation du copte et de la femme qu'il considère comme son épouse. La cour d'appel en conclut qu'il ne s'agit pas d'une requête en *hisba*, cette dernière exigeant que « le requérant ne demande pas un droit pour lui-même ». Cet argument nous montre bien pour quelle raison il ne peut y avoir de requête en *hisba* en matière de *waqf* ou de succession. Une décision de la Haute Cour *shar'i* (*al-mahkama al-shar'iyya al-'ulyâ*) du 29 mai 1948 (Cassation n° 119 de 1948)¹⁸ peut servir d'illustration.
- 34 Le petit-fils du fondateur d'un *waqf* demande aux agents fiduciaires de la fondation le paiement de 1 000 livres égyptiennes (£e) destiné à la constitution d'un « Secours arabo-palestinien » et aux victimes du choléra en province. Après que les agents fiduciaires ont refusé sa demande, il introduit une requête devant un tribunal. Son avocat demande également en son propre nom le paiement de 10 000 LE supplémentaires au profit d'une « Association de la vallée du Haut-Nil pour le soutien au problème de la Palestine ». Les deux requérants affirment agir en qualité de *muhtasib*. Les défenseurs (les agents fiduciaires du *waqf*) s'opposent à ces demandes au motif que les requérants ne disposent ni des qualités requises (*sifa*) ni d'un intérêt pour agir (*maslaha*). La Cour constate alors que l'engagement pour la Palestine arabo-musulmane constitue une bonne cause et une obligation pour chaque musulman, mais que cependant ce *waqf* n'avait jamais effectué de paiement au profit de « pauvres arabes ». La Cour remarque également les spécificités propres à la requête en *hisba*, où le requérant est en même temps témoin, en sa qualité de représentant des intérêts

généraux. Ces intérêts sont cependant limités par les règles du *waqf*. En matière de *waqf* – qui doit être fondé conformément à la loi –, le juge seul fonctionne comme gardien. C'est lui qui examine si les revenus du *waqf* ont été employés conformément à son objet social. Dès lors, un agent fiduciaire ne peut être forcé à dépenser les revenus d'un *waqf* pour réaliser un objet social différent de celui qui a été défini par son fondateur. Les seuls requérants possibles sont les agents fiduciaires eux-mêmes ou les ayants droit. Mais, dans la mesure où ils demandent quelque chose pour eux-mêmes, cela rentre en contradiction avec les principes des droits de Dieu (*huqûq Allah*). Dans notre cas, les requérants n'ont pas demandé un droit pour eux-mêmes et ont de la sorte satisfait une condition exigée pour la requête en *hisba*. Leur demande était par contre en contradiction avec les règles propres aux *waqf*, ce qui explique que leur requête ait été rejetée par la Cour.

- 35 Les deux questions centrales de l'intérêt (*maslaha*) et de la qualité (*sifa*) du requérant nous conduisent directement à la décision majeure en matière de *hisba* qui est liée au problème de recevabilité mentionné ci-dessus. Il s'agit de l'arrêt de la Cour de cassation (*mahkamatal-naqd*) n° 20 du 30 mars 1966 (année judiciaire 34, section « statut personnel »)¹⁹.
- 36 Un propriétaire à Mansûra veut chasser ses locataires pour louer son appartement à meilleur prix. La requête qu'il introduit devant la chambre des affaires locatives du tribunal de première instance local, fondée sur l'invalidité de leur mariage, est rejetée. Ensuite, il présente une requête en *hisba* devant la chambre des affaires du statut personnel du même tribunal. Dans sa requête, il soutient que la défenderesse était musulmane, qu'elle avait apostasié l'islam et était devenue copte-orthodoxe ; après sa conversion, elle s'était mariée avec un copte conformément à la loi copte ; du fait même de son apostasie, le contrat de mariage est donc invalide, ce qui justifie que le couple doive être séparé. Les défendeurs font pour leur part valoir le défaut d'intérêt direct et personnel du requérant, qui est exigé par le Code de procédure civile. Ils invoquent également le principe de la liberté de religion garanti par la Constitution. Ils ne nient pas l'apostasie de l'islam au profit du christianisme, mais font valoir que leur mariage est valide selon le rite copte. Vu qu'ils sont membres du même rite, les prescriptions juridiques coptes doivent s'appliquer, en vertu de l'article 6 de la loi n° 462 de 1955, dès lors que la loi copte n'est pas en contradiction avec l'ordre public mentionné dans ledit article. Le tribunal statue en faveur du requérant, arguant de ce que son intérêt est postulé (*muftarada*) dans une action fondée sur le principe de la *hisba*. La question de la validité du mariage étant partie intégrante des droits de Dieu, une requête en *hisba* est possible. Conformément à l'article 280 de la loi n° 78 de 1931 – et via l'article 6 de la loi n° 462 de 1955 –, les opinions du rite hanafite sont d'application, dès lors que l'apostasie n'est pas réglée par une loi. L'absence de texte codifié ne signifie pas la volonté du législateur d'agir contre des prescriptions claires du Coran et de la Sunna. En tout état de cause, la loi islamique (*al-shari'a al-islâmiyya*) constitue le droit commun en matière de statut personnel et trouve dès lors à s'appliquer.
- 37 Selon la Cour de cassation, jusqu'à laquelle l'affaire est remontée, l'opinion unanime dans le *fiqh* hanafite est que l'apostat ne peut se marier avec quiconque, musulman ou non. « Elle [l'apostasie] signifie la mort [légale] ». Cela signifie que l'apostat ne peut pas conclure de contrat. De plus, il n'y a pas place au mariage d'un mort (*al-mayt lâ yakûna mahallan li-l-ziwâj*). La défenderesse n'a de ce fait pas pu conclure un contrat de mariage valide après son apostasie de l'islam. Pour cette raison, les prescriptions du droit copte

ne peuvent s'appliquer, la cause de l'invalidité du contrat étant antérieure au mariage. Par ailleurs, la Cour n'a pas considéré que la liberté de religion était violée par le jugement dont il était fait appel, la séparation n'étant qu'une conséquence légale de l'apostasie. La Cour a donc distingué entre les règles du Code de procédure civile, d'un côté, et les règles de la *shari'a*, de l'autre. Cette distinction lui a permis d'admettre la requête en *hisba* et de rendre une décision allant dans le sens de sa mise en œuvre.

- 38 On évoquera enfin une décision de la Haute Cour administrative (*al-mahkama al-idâriyya al-'ulyâ*) du 26 novembre 1983 (Requête n° 691, 27^e année judiciaire). L'affaire est la suivante. Le 3 décembre 1978, un avocat introduit une requête en annulation d'un décret présidentiel décernant à un vice-président du Conseil d'État (*majlis al-dawla*) une décoration. Est en cause la neutralité du magistrat, au motif que ce dernier préside un grand nombre d'affaires pendantes devant le Conseil d'État où l'avocat requiert contre le président de la République. Saisi dans un premier temps, le Tribunal administratif a écarté la requête, jugeant que le décret présidentiel ne portait pas directement atteinte à un intérêt personnel. La qualité de citoyen intéressé à la protection des droits et de l'intérêt public (*sâlih 'âmm*) n'est pas considérée par le Tribunal comme suffisante pour justifier l'introduction d'une requête en annulation d'un décret présidentiel. L'avocat interjette appel contre ce jugement, affirmant qu'il s'agit d'une requête en *hisba*, laquelle est reconnue par la *shari'a* (la source principale de la législation suivant la Constitution), visant la protection de l'ordre public (*al-nizâm al-'âmm*) et de la morale. Pour le requérant, la justice fait naturellement partie de l'ordre public. De plus, en sa qualité d'avocat impliqué dans plusieurs affaires pendantes devant la chambre présidée par le magistrat en cause, il a un intérêt à la neutralité et l'équité de ce juge. Or, la décoration décernée par le président en même temps que ses actions contre le président soulèvent la question de l'indépendance du magistrat. Pour l'avocat requérant, il y a donc bien réunion de la qualité (*sifa*) requise pour agir et de l'intérêt (*maslaha*) à la cause. La Cour a d'abord constaté qu'en cas de demande d'annulation d'une décision administrative ou dans des affaires touchant aux principes de droit et aux intérêts publics, l'exigence d'un intérêt personnel doit être interprétée extensivement. Si le requérant en annulation d'un décret affectant ses intérêts de par sa nature occupe une « position légale particulière » (*fi hâla qânûniyya khâssa*), l'exigence d'un intérêt personnel est satisfaite. La Haute Cour administrative a explicitement mis l'accent sur le fait que l'interprétation large de l'exigence d'un intérêt n'assimilait pas le cas en question à un cas de *hisba*. L'exigence d'un intérêt personnel demeure en effet une condition nécessaire à la recevabilité de la requête, contrairement à la requête en *hisba*, où c'est précisément cet intérêt personnel qui fait défaut. La Cour a toutefois jugé recevable le deuxième argument, qui établissait l'intérêt et la qualité du requérant en tant qu'avocat impliqué dans des affaires pendantes devant le Conseil d'État. La Cour a donc jugé la requête recevable en la forme. Jugeant par ailleurs que le magistrat avait été décoré pour sa participation à la réforme des lois agricoles et non en sa qualité de juge et qu'en conséquence, la neutralité du magistrat n'avait pas été affectée, la Cour a écarté la requête au fond.

L'affaire Abû Zayd et la loi n° 3 de 1996

- 39 On trouve la même structure argumentative dans les jugements de la Cour d'appel et de la Cour de cassation dans l'affaire Abû Zayd, trente ans plus tard (Dupret, 1996 ; Bälz,

1997a, p. 140 ; également les extraits des jugements dans ce volume). L'affaire Abû Zayd a provoqué un vif débat sur des questions juridiques²⁰ et a vu se multiplier les tentatives d'introduction de requêtes en *hisba*, par exemple, contre le Prix Nobel Nagîb Mahfûz.

- 40 Pour mettre un frein à cette inflation, le législateur égyptien a adopté en janvier 1996 une loi « portant organisation des procédures de requête directe en *hisba* en matière de statut personnel » (loi n° 3 de 1996). Dans l'article 1 de cette loi, le Parquet général est chargé de la *hisba*. Lui seul peut, à l'exception de tout autre, intenter des procès ayant trait au statut personnel et relevant de la *hisba*. Le requérant qui a déposé une demande devant le Parquet général ne devient pas partie au procès que le Parquet déciderait éventuellement d'intenter suite à sa requête. Dans ce cas, c'est le Parquet lui-même qui devient requérant.
- 41 L'adoption de la loi n° 3 de 1996 a de fait radicalement empêché que ne survienne une nouvelle affaire en *hisba*. En réalité, par cette loi, la *hisba* est virtuellement abolie du droit égyptien du statut personnel.

BIBLIOGRAPHIE

'ABD AL-RÂZIQ A., 1977, « La *hisba* et le *muhtasib* en Égypte au temps des Mamlûks », *Annales islamologiques*, n° 13, p. 115-178.

ABU ZAYD SIHÂM Mustafâ, 1986, *Al-hisba fi misr al-islâmiyya min al-fath al-'arabî ilâ nihâyat al-'asr al-mamlûkî*, Le Caire, al-Ha/a al-misriyya al-'âmma li-l-kitâb.

AL-'AMRÛSÂ Anwar, 1989, *Usul al-murâfa'ât al-shar'iyya. Masâ'il al-ahwâl al-shakhsiyya. Al-Qawâid al-mawdû'iyya wa-l-ijrâ'iyya*, Le Caire, 7e éd.

ASHTOR E., 1958, « L'urbanisme syrien à la basse-époque », *Rivista degli Studi Orientali*, n° 33, p. 181-209.

BÄLZ K. :

- 1997a, « Submitting Faith to Judicial Scrutiny through the Family Trial: The 'Abu Zayd Case' », *Die Welt des Islams*, n° 37, p. 135-155.

- 1997b, *Versicherungsvertragsrecht in den Arabischen Staaten. Der Versicherungsvertrag im islamischen Recht und den modernen arabischen Zivilrechtskodifikationen. Unter besonderer Berücksichtigung des ägyptischen ZGB (1948) und des jordanischen ZGB (1976)*, Karlsruhe, WW.

CANARD M., 1962, « Bagdad au IVe siècle de l'Hégire (Xe siècle de l'ère chrétienne) », *Arabica*, n° 9, p. 267-287.

CRONE P., 1987, *Roman, Provincial and Islamic Law. The Origins of the Islamic Patronate*, Cambridge, Cambridge U.P.

DARRAG A., 1961, *L'Égypte sous le règne de Barsbay, 825-841/4122-1438*, Damas, Institut Français de Damas.

- DUPRET B., 1996, « L'affaire Abu Zayd, universitaire poursuivi pour apostasie », *Monde arabe Maghreb-Machrek*, n° 151, p. 18-22.
- EL ALAMI D. S., 1992, *The Marriage Contract in Islamic Law-in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, London, Dordrecht, Boston, Graham & Trotman.
- EI2 = *The Encyclopaedia of Islam*, New Ed., Leiden, E. J. Brill, London, Luzac & Co., 1960.
- ESSID Y., 1995, *A Critique of the Origins of Islamic Economic Thought*, Leiden, New York, Köln, E. J. Brill.
- FLOOR W. :
- 1971, « The Marketpolice in Qâjâr Persia. The Office of Dârûgha-yi Bâzâr and Muhtasib », *Die Welt des Islams*, n° 13, p. 212-229.
 - 1980, « Das Amt des Muhtasib im Iran – Zur Kontrolle der "öffentlichen Moral" in der iranischen Geschichte », in vom Berliner (ed), *Revolution in Iran und Afghanistan*, Frankfurt/ M.: Syndikat.
- FOSTER B. R., 1970, « Agoranomos and Muhtasib », *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, n° 13, p. 128-144.
- AL-JUNDÎ Ahmad Nasr, 1992, *Mabâdî al-qadâ' ft ahwâl al-shakhsiyya*.
- HILL E., 1979, *Mahkamal Studies in the Egyptian Legal System. Courts & Crimes, Law & Society*, London, Ithaca Press.
- JOHANSEN B., 1981, « Sacred and Religious Element in Hanafite Law-Function and Limits of the Absolute Character of Government Authority », in E. Gellner, J.-Cl. Vatin (éds), *Islam et politique au Maghreb*, Paris, Éd. du CNRS.
- JUYNBOLL Th. W., 1910, *Handbuch des islamischen Gesetzes, nach der Lehre der schafi'itischen Schule*, Leiden, E.J. Brill/Leipzig, Harrassowitz.
- LANE E. W., 1978 [1895], *Manners and Customs of the Modern Egyptians*, The Hague, London, East-West Publications.
- LEVYR., 1969, *The Social Structure of islam*, [being the seconded, of *The Sociology of Islam*], Cambridge, Cambridge UP.
- MANSÛR Ahmad Subhî, 1995, *Al-hisba. Dirâsa usûliyya târîkhiyya*, Le Caire, Markaz al-mahrûsa li-l-nashr wal-khadamât al-sahafiyya.
- AL-NAJJÂR 'Abd Allah Mabruk, 1995, *al-Hisba wa-dawr al-fard fihâ fi zill al-tatbîqât al-qânûniyya al-mu'âsira*, Le Caire, al-Azhar.
- AL-NAWÂWÎ Yahyâ Ibn Sharaf, s.d., *Minhâj al-tâlibîn wa 'umdat al-muftln fi fiqh madhhab al-Imâm al-Shâfil*, Le Caire, Mustafâ al-Bâbî al-Halabî.
- PETERS R., 1994, « Muhammad al-'Abbâsî al-Mahdî (D. 1897), Grand Mufti of Egypt, and His al-Fatâwâ al-Mahdiyya », *Islamic Law and Society*, 1, p. 66-82.
- SACHAU E., 1897, *Muhammedanisches Recht nach schafiitischer Lehre*, Stuttgart, Berlin, W. Spemann.
- SÂMÎ Amin, 1928, *Taqwîm al-Nîl*, vol. 2, Le Caire, Matba'at dâr al-kutub al-misriyya.
- SAYF AL-ISLÂM Ahmad, 1996, *al-Hisba bayna al-dawla al-madaniyya wa-l-dawla al-dîniyya*, Le Caire, Markaz al-musâ'ada al-qânûniyya li-huqûq al-insân.
- SCHACHT J., 1957, « Droit byzantin et droit musulman », dans *Convegno di scienze morali storiche e filologiche*, 27 maggio-1 giugno 1956, Roma, Accademia nazionale dei Lincei.

SHAHAM R., 1997, *Family and the Courts in Modern Egypt. A Study Based on Decisions by the Shari'a Courts 1900-1955*, Leiden, New York, Köln, E. J. Brill.

AL-SHARQÂWÎ 'A. M. A., 1950, *Sharh al-murâfa'ât al-madaniyya wa-l-tijâriyya (qânûn raqam 77li-sanat 1949)*, Le Caire, Dâr al-nashr li-l-jâmi'ât al-misriyya.

SHOSHAN B. :

- 1980, « Grain Riots and the "Moral Economy": Cairo, 1350-1517 », *Journal of Interdisciplinary History*, vol. 10, n° 3, p. 459-478.

- 1981, « Fatimid Grain Policy and the Post of the Muhtasib », *International Journal of Middle East Studies*, n° 13, p. 181-189.

- 1993, *Popular Culture in Medieval Cairo*, Cambridge, Cambridge U.P.

SPERBER D. :

- 1969, « On the Term heshbon » (en hébreu), *Tarbiz*, 39, VI, p. 96-97.

- 1977, « On the Office of the Agoranomos in Roman Palestine », *Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft*, n° 127, p. 227-243.

STAFFA S. J., 1977, *Conquest and Fusion. The Social Evolution of Cairo A.D. 642-1850*, Leiden, E. J. Brill.

STERN S. M., 1970, « The Constitution of the Islamic City », in S. M. Stern, A. H. Hourani (eds.), *77e Islamic City. A Colloquium*, Oxford, Bruno Cassirer.

TYAN E., 1960, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, 2e éd. revue et corrigée, Leiden, E. J. Brill.

ZAGHLÛL Ahmad Fathî, 1900, *al-Muhâmât*, Le Caire, Matba'at al-ma'ârif.

ZAKARIYYÂ AL-ANSÂRÎ Abu Yahyâ, 1948, *Fath al-wahhâb bi-sharh minhaj al-tullâb*, Le Caire, Mustafâ al-Bâbî al-Halabî.

ZIADEH N. A., 1970 [1953], *Urban Life in Syria under the early Mamluk*, Westport, Connecticut, Greenwood Press.

NOTES

1. Ces deux auteurs présentent exhaustivement l'affaire Abû Zayd, mais pas l'institution de la *hisba* ni les jugements précédents (à l'exception d'un seul, brièvement mentionné par eux).
2. Pour des informations générales voir l'article *hisba* dans l'EI2. Voir également Essid (1995, p. 110-177) et Tyan (1960, p. 617-650), ainsi que l'étude discutée de Mansûr (1995).
3. Le terme « traditionnelle » signifie ici « jusqu'au début du XIX^e siècle », comme le souligne Bälz avec de bonnes raisons (Bälz, 1997b, p. 10, note 23).
4. Pour une présentation générale de la discussion, voir Crone (1987, p. 107 *sqq.*).
5. Sur les aspects religieux et moraux de l'office, voir Levy (1969, p. 222,334 *sqq.*).
6. Voir à ce sujet 'Abd al-Râziq (1977), Ashtor (1958, p. 200 *sqq.*) et Floor (1980, p. 129 *sqq.*).
7. Brugman (1960, p. 19) fixe la date de son abolition vers 1830, sans justifier de sources. Bälz (1997, p. 139) renvoie à Brugman. Dans une communication personnelle, le Pr R. Peters m'a fait remarquer qu'on trouve la trace de charges attribuées au *muhtasib* en 1251 (1835/1836) (Sâmî, 1928, p. 452), mais qu'une loi de *rabî'l* 11253 Quin 1837) a aboli l'*ihtisâb*, i.e. l'office du *muhtasib* (Zaghlûl, 1900, appendix, p. 5).
8. Cf. Sachau (1897, p. 742 *sqq.*); Juynboll (1910, p. 293); Nawâwî (s.d., p. 153); Zakariyyâ al-'Ansârî (1948, p. 222).

9. *Majallat al-ahkâm al-shafiyya*, vols 1-13, Le Caire, 1902-1923 ; *al-Muhâmât al-shâriyya*, vols 1-26, Le Caire, 1929-1955.
 10. Une loi de 1897 (modifiée en 1909 et 1910) répartit les tribunaux comme suit : le tribunal ordinaire consistait en un seul juge avec une compétence limitée dépendant de la matière et de la valeur litigieuse. Les tribunaux de première instance – distribués sur tout le pays – se composaient de trois juges chacun, comme la Haute Cour, établie au Caire.
 11. Voir, par exemple El Alami (1992, p. 4-6) ; Hill (1979, p. 9-26, et 46-56) et Shaham (1997, p. 11-15). Pour l'office du grand mufti d'Égypte au XIX^e siècle, voir Peters (1994).
 12. 1873 : les tribunaux des tutelles (*majâlis hasbiyya*) ; 1875 : les tribunaux mixtes (composés de magistrats non égyptiens et égyptiens et dotés de leurs propres codes) ; 1883 : les tribunaux nationaux (*mahâkim ahliyya*, rebaptisés dès 1936 *mahâkim wataniyya*).
 13. Confirmé par l'arrêt 86/27 Q du 1^{er} avril 1964 de la Cour de cassation (El Alami, 1992, p. 4).
 14. Du nom de l'épouse du président Sadate, qui en a influencé l'adoption.
 15. Voir Abu Zayd (1896) ; 'Amrûsa (1989, p. 106 *sqq.*) ; Najjar (1995) ; Nawâwî (s.d., p. 153) ; Zakariyyâ al-Ansârî (1948, p. 222).
 16. Article 89 : « L'action sera rejetée s'il n'existe pas entre les parties un litige réel concernant l'objet de la demande et si elles n'ont visé, par l'instance engagée, qu'à obtenir par surprise un jugement à l'appui des prétentions de l'une d'elles. » Et l'article 110 : « [...] Toutefois, si la défense tient aux droits de Dieu (ordre public), le tribunal religieux de statut personnel poursuivra toujours l'affaire conformément à la Loi de Dieu (*shar*) ».
 17. Dans *al-Muhâmât al-shar'iyya*, n° 5 (1933-1934/1352-1353), p. 749-752.
 18. Dans *al-Muhâmât al-shar'iyya*, n° 20 (1948-1949/1367-1368), p. 53-59.
 19. Dans *Mahkamat al-naqd, majmû'at al-ahkâm*, 17/2 (mars-avril 1966) p. 782-791.
 20. Voir, par exemple, le dossier de presse « *hisba* », Documentation du Cedej.
-

INDEX

Mots-clés : droit, hisba, jurisprudence, loi islamique

AUTEUR

JÖRN THIELMANN

Ruhr-Universität Bochum/London School of Economics