



**Clio@Themis**

Revue électronique d'histoire du droit

23 | 2022

Droit et folie en situation coloniale

---

# L'aliénation mentale devant les juges égyptiens pendant la période de tutelle britannique

Ayang Utriza Yakin, Aya Bejermi et Baudouin Dupret

---



## Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/cliothemis/2673>

DOI : 10.4000/cliothemis.2673

ISSN : 2105-0929

## Éditeur

Association Clio et Themis

## Référence électronique

Ayang Utriza Yakin, Aya Bejermi et Baudouin Dupret, « L'aliénation mentale devant les juges égyptiens pendant la période de tutelle britannique », *Clio@Themis* [En ligne], 23 | 2022, mis en ligne le 01 novembre 2022, consulté le 17 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/cliothemis/2673> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/cliothemis.2673>

---

Ce document a été généré automatiquement le 17 novembre 2022.



Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Partage dans les Mêmes Conditions 4.0 International - CC BY-NC-SA 4.0

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

---

# L'aliénation mentale devant les juges égyptiens pendant la période de tutelle britannique

Ayang Utriza Yakin, Aya Bejermi et Baudouin Dupret

---

- 1 Droit et médecine connaissent un développement particulier, en Égypte, dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle. Comme l'a analysé Khaled Fahmy<sup>1</sup>, l'Égypte s'inscrit très tôt dans une dynamique de construction d'un État-nation, de sa gouvernance et de sa bureaucratie. Dans ce contexte, des institutions médicales et juridiques sont créées ou réformées, au nombre desquelles des asiles psychiatriques et des juridictions exerçant une justice du prince (*siyâsa*<sup>2</sup>) appuyée sur un droit progressivement codifié et sur une expertise médicale systématisée. Cette tendance à la « positivisation » du droit et de la justice s'accroît dans les années 1870 avec la création des codes et des tribunaux mixtes et indigènes. L'occupation britannique et l'établissement du protectorat (1882) n'infléchit pas la tendance, bien contraire, malgré les tensions suscitées par la rencontre de paradigmes différents : en droit, l'opposition des modèles du droit civil et de la Common Law ; en matière de psychiatrie, le passage d'un modèle d'inspiration française à celui du *non-restraint* anglais.
- 2 Dans l'exercice de leurs compétences, les différentes juridictions égyptiennes (tribunaux mixtes, tribunaux indigènes-nationaux, tribunaux de la *shari'a*, conseils de tutelle) sont amenées à traiter, au pénal comme au civil, d'affaires présentant une dimension psychiatrique. Par le truchement de la revue *al-Muhâmâ*, créée au début des années 1920, l'on dispose d'un important corpus de décisions prises par des juridictions égyptiennes de tous types<sup>3</sup>. Une première sélection nous a permis d'identifier et d'analyser plusieurs jugements utilisant un lexique étranger à la tradition normative islamique, avec le recours aux termes de « manie » (*mânyâ*) ou de « paranoïa » (*bârânûyâ*), par exemple<sup>4</sup>.
- 3 Nous voudrions nous concentrer sur la jurisprudence de différentes juridictions égyptiennes, telle qu'elle nous est livrée par *al-Muhâmâ*. En analysant, au principal, trois décisions rendues par ces juridictions et, accessoirement, une dizaine d'autres,

nous entendons rendre compte des croisements multiples de savoirs et de catégories, de leur localisation dans la dynamique juridique et judiciaire égyptienne contemporaine, et des mutations qu'ils impliquent dans la compréhension aussi bien du droit que du psychisme humain, à un moment historique charnière pour l'Égypte, entre la construction nationale entamée par la dynastie khédiviale (1805-1914), puis royale (1914-1952), le protectorat britannique (qui prend officiellement fin en 1922) et les débuts du retour à la souveraineté (caractérisés par l'adoption de la Constitution de 1923), et la révolution des Officiers libres (1952). Ce faisant, nous espérons montrer que, malgré le contexte politique colonial, l'histoire du développement du droit et de la justice de l'Égypte de la première moitié du xx<sup>e</sup> siècle gagne à être étudiée à l'aune d'un désir de modernité juridique bien antérieur à la colonisation.

- 4 Pour ce faire, nous procéderons en quatre temps. Tout d'abord, nous voudrions dépeindre l'arrière-plan juridique et psychiatrique égyptien de la première moitié du xx<sup>e</sup> siècle. Ensuite, nous nous attacherons à présenter notre sélection de cas, dans un ordre chronologique. Dans un troisième temps, nous procéderons à une analyse transversale des catégories utilisées devant les juridictions concernées, de même que nous étudierons spécifiquement les sources utilisées par les magistrats pour fonder leurs décisions. En conclusion, nous reviendrons sur la question de la positivisation du droit et des sciences, et nous esquisserons quelques pistes de réflexion sur la pertinence du paradigme colonial dans l'analyse des développements juridiques de l'époque.
- 5 L'article procède d'une démarche praxéologique. Appliquée au droit, il s'agit d'une approche qui étudie le sens des mots dans le cours des activités routinières de tous ceux qui « pratiquent » le droit (juges, avocats, procureurs, usagers ordinaires). Elle consiste à examiner comment ces praticiens et usagers comprennent et font sens du cadre juridique, utilisent son vocabulaire et raisonnent en conséquence. Cette approche permet de saisir le sens contextuel des mots, concepts et catégories. Rapportée à des époques historiques, elle permet de capter les variations sémantiques et pragmatiques de ces mots, concepts et catégories à travers le temps.

## I. L'arrière-plan juridique et psychiatrique égyptien

- 6 Le xix<sup>e</sup> siècle égyptien a vu se multiplier les efforts des gouverneurs ottomans, vice-rois et khédives pour doter l'État naissant d'un système juridique et judiciaire propre<sup>5</sup>. Du point de vue constitutionnel, l'histoire égyptienne est mouvementée. Après l'adoption de plusieurs lois organiques entre 1866 et 1913, l'Égypte a adopté sa première constitution en 1923. Celle-ci fut abrogée et remplacée en 1930. En 1934, la Constitution de 1930 fut à son tour abrogée et, un an après, la Constitution de 1923 rentra à nouveau en vigueur, jusqu'à la révolution des Officiers libres en 1952. Du point de vue du droit substantiel, la création des codes et des juridictions mixtes et indigènes, dans les années 1870, a entériné l'inscription égyptienne dans la tradition juridique civiliste, concrétisant un processus entamé dès les premières entreprises codificatrices de Méhémet Ali (1769-1849).
- 7 Au tournant du xx<sup>e</sup> siècle, le paysage juridique et judiciaire est complexe. D'un côté, les tribunaux mixtes (*al-mahâkim al-mukhtalita*), établis en 1875 pour juger des litiges impliquant des étrangers (à savoir toute personne non égyptienne ou non ottomane) opèrent, sur la base de leurs propres codes. D'autre part, les tribunaux indigènes (*al-mahâkim al-ahliyya*, renommés en 1936 tribunaux nationaux, *al-mahâkim al-wataniyya*<sup>6</sup>),

créés en 1883 et dotés de leurs codes propres, jugent des différends concernant les seuls sujets égyptiens. Troisièmement, les tribunaux de la *shari'a* continuent de régler, sur la base des règles de la doctrine juridique (*fiqh*) hanafite, un contentieux de plus en plus restreint au domaine du statut personnel. En parallèle, des conseils communautaires (*majâlis milliyya*, sg. *majlis milli*) connaissent des questions du statut personnel relatives aux différentes confessions non musulmanes. Enfin, les juridictions consulaires, mises en place par le système des capitulations, appliquent des droits nationaux divers dans de nombreuses questions n'impliquant pas de ressortissant égyptien. L'adoption des nouveaux codes, en même temps qu'étaient créés tribunaux mixtes et indigènes qui étaient tenus de les appliquer, a instauré de manière durable le principe d'une légalité codifiée, décidée et amendée par un législateur, lui-même très largement inspiré par la tradition civiliste française, et ce dans tous les domaines du droit, à l'exclusion du statut personnel.

- 8 Même le statut personnel, auquel sont dédiées des juridictions spécifiques qui appliquent un droit essentiellement inspiré par le *fiqh* hanafite, n'échappe pas à la réforme. La volonté de codifier la *shari'a*, à l'image de la Mecelle ottomane de 1869-1876, remonte à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, quand Muhammad Qadri (1821-1888), ministre de la Justice de 1879 à 1882, rédigea son *al-Ahkâm al-shar'iyya fî'l-ahwâl al-shakhsiyya*<sup>7</sup>. Bien qu'officiuse, cette codification fut longtemps utilisée par les juges, car elle les dotait d'un instrument que leur formation à la faculté de droit les rendait mieux aptes à comprendre : le code. Les juridictions compétentes subirent d'importantes réorganisations en 1897, 1909 et 1910. Entre autres choses, elles furent organisées en trois niveaux : les tribunaux sectoriels (*mahâkim juz'iyya*), les tribunaux de première instance (*mahâkim ibtidâ'iyya*) et la Cour suprême (*mahkama 'ulyâ*). Les prérogatives des tribunaux de la *shari'a* se virent aussi réduites par la mise en place des conseils de tutelle (*al-majâlis al-hasbiyya*<sup>8</sup>) chargés de superviser les intérêts financiers des personnes incapables, un domaine d'une importance particulière pour la présente étude.
- 9 L'administration des biens des mineurs relevait initialement de la compétence du Bayt al-mal, l'organisme chargé des finances publiques. Dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, la question de la réforme de cette institution fut posée, de même que celle de l'exercice des compétences qui lui étaient dévolues. À la suite à l'affaire de l'héritage des enfants Selehdar, les autorités conclurent à la nécessité d'instituer un conseil de tutelle (*majlis hasbi*) chargé des intérêts des enfants des hauts fonctionnaires et des notables. Le décret du 14 mars 1873 établit des conseils de tutelle au Caire, à Alexandrie, à Damiette, à Rosette, à Suez et dans chaque chef-lieu de province. Il élargit aussi leurs compétences à la protection des intérêts de toutes les personnes incapables (mineurs, femmes, prodiges, aliénés), à la nomination d'un tuteur lorsque aucun tuteur testamentaire n'avait été nommé, à la révocation du tuteur en cas d'indignité et à la levée de l'interdiction lorsque les causes de l'interdiction n'existaient plus. Le décret du 26 octobre 1890 transféra les avoirs et compétences du Bayt al-mal au ministère des Finances. Par le décret du 19 novembre 1896, l'institution du Bayt al-mal fut totalement supprimée.
- 10 Les conseils de tutelle faisaient partie du système judiciaire égyptien, mais leurs compétences empiétaient sur celles des tribunaux de la *shari'a*. Elles reflétaient l'existence d'une dualité ancienne entre, d'une part, la justice de la *siyâsa*, terme traduisant approximativement l'idée d'une justice du prince (administrée par des

conseils ; *majlis*, pl. *majâlis*), et, de l'autre, la justice de la *sharî'a* (administrée par des tribunaux ; *mahkama*, pl. *mahâkim*). Ces conseils furent renforcés en 1896 et en 1925<sup>9</sup>. Restreintes initialement aux seuls musulmans d'Égypte<sup>10</sup>, leurs compétences furent ensuite étendues aux non-musulmans, ce qui ne manqua pas de soulever des protestations de la part des communautés religieuses qui voyaient leurs privilèges diminués d'autant<sup>11</sup>. Ils étaient composés d'un fonctionnaire, assurant la présidence (remplacé ultérieurement par un juge des tribunaux nationaux), d'un ouléma, d'un négociant et d'un notable. Leurs décisions étaient susceptibles d'appel devant un haut conseil de tutelle composé de trois magistrats (conseillers à la cour d'appel indigène) et d'un membre de la haute cour de la *sharî'a* ou d'un coreligionnaire de la personne. Ces juridictions ont fortement contribué au passage du *fiqh* au droit positif. En 1947, les conseils de tutelle fusionnèrent avec les tribunaux nationaux<sup>12</sup>, qui furent eux-mêmes intégrés au système judiciaire national unifié, en 1956.

- 11 Dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, de nombreuses institutions d'enseignement des disciplines « modernes » sont créées, au nombre desquelles les facultés de droit, la plus prestigieuse restant celle de l'université du Caire. Cette même époque est aussi marquée par l'apparition de professions judiciaires (juges, avocats, greffiers) et non judiciaires (docteurs, ingénieurs, journalistes, professeurs), regroupées en organisations professionnelles à vocation corporatiste. La plupart ont acquis un grand prestige. Ces nouvelles professions ont exercé une certaine influence sur la politique égyptienne et son service public. Les avocats furent les premiers à s'organiser, avec la création du barreau (*naqâbat al-muhâmîn*)<sup>13</sup> des tribunaux indigènes, en 1912<sup>14</sup>. La revue *al-Muhâmâ*, dont est tiré le matériau de cet article, est fondée par l'ordre des avocats des tribunaux indigènes, en juillet 1920. Paraissant au rythme de dix volumes par an, elle relaie abondamment la jurisprudence des juridictions égyptiennes, dont celle des conseils de tutelle.
- 12 Ce tableau juridique et judiciaire rapidement brossé, il nous faut à présent esquisser le recours aux catégories de la psychologie et de la psychiatrie modernes en Égypte. Avec la création d'un service spécialisé de l'hôpital général de l'Azbakiyya, puis la création de l'asile de Boulaq en 1856, et enfin de l'hôpital asilaire d'al-'Abbasiyya, en 1880, il est possible de distinguer le passage à une conception clinique de la folie, comprenant une étiologie, un diagnostic et une thérapie spécifiques<sup>15</sup>. Dès ce moment, la psychiatrie s'est développée, en Égypte, au même rythme que la psychiatrie européenne, caractérisée par la création d'un nouveau système de soins prétendant à une assise scientifique. La psychiatrie s'est intégrée au volet médical de l'entreprise de modernisation de l'Égypte, elle-même envisagée comme moyen de consolidation d'un pouvoir dynastique, avant d'être celui de création d'une nation<sup>16</sup>.
- 13 Avec le protectorat britannique (1882) sont venus les aliénistes britanniques, qui ont apporté en Égypte l'expérience de la *non-restraint* et l'orientation neuropsychiatrique caractéristiques de leurs asiles, ainsi que la législation victorienne qui régissait la pratique psychiatrique au Royaume-Uni<sup>17</sup>. L'un des grands principes de la *non-restraint* était que la folie pouvait être soignée. C'est ainsi que, sous Edmond Warnock (1887-1971), qui a créé un département de la folie au sein du ministère de l'Intérieur, la folie est devenue la compétence de l'aliéniste, seul à même d'évaluer la « dangerosité » d'un individu et, par là même, de conduire à son internement<sup>18</sup>. Par ce biais, l'expertise psychiatrique a fait son entrée dans les tribunaux.

- 14 En Égypte, l'expertise médicale du XIX<sup>e</sup> siècle contrastait radicalement avec l'utilisation de témoins experts dans les institutions où la doctrine islamique, le *fiqh*, était appliquée. Selon Fahmy, quatre caractéristiques distinguaient la médecine *siyâsa* de l'expertise dans le cadre de la *shari'a* :

Premièrement, cette nouvelle expertise médicale [...] était fondée sur la détermination d'un lien de causalité entre les lésions corporelles visibles, d'une part, et le dysfonctionnement d'un organe ou la mort, de l'autre. [...] La deuxième caractéristique de la médecine *siyâsa* était sa textualité. [...] Le troisième contraste (était que) les experts médicaux étaient l'une des composantes centrales et permanentes du système de la *siyâsa*. [...] La quatrième et dernière différence entre l'expertise médicale du système *siyâsa* et l'expertise médicale des tribunaux de la *shari'a* était que la première n'était pas utilisée pour maintenir les hiérarchies sociales [et qu'elle travaillait] comme un substitut à la torture<sup>19</sup>.

- 15 L'expertise psychiatrique s'inscrit dans cette tendance générale à la médecine légale. Les catégories psychiatriques modernes ont été utilisées par les experts médicaux dès 1843. Dans un cas rapporté par Fahmy<sup>20</sup>, un médecin de l'hôpital civil de l'Azbakiyya parle de « fortes tribulations psychologiques (*al-infi'âlât al-nafsâniyya al-shadîda*) » parmi les causes possibles d'une fausse couche<sup>21</sup>. Et dans un autre cas rapporté par le même Fahmy, un médecin légiste est chargé d'examiner si un possible suicide aurait pu être causé par le fait que le défunt avait été « très déprimé » (*'indahu kadar 'azîm*) dans les jours précédant sa mort<sup>22</sup>. De toute évidence, la médecine légale, y compris la psychiatrie, avait fini par entrer dans la pratique du droit égyptien. Alors que « tout fou, accusé d'avoir commis quelque délit, ne pouvait être admis à l'asile que sur ordre écrit du Parquet »<sup>23</sup>, la détermination de la démence et des degrés de dangerosité allait bientôt relever d'un médecin<sup>24</sup>. La même tendance à n'autoriser que les aliénistes à diagnostiquer les cas de folie « s'étendit également aux procédures judiciaires concernant des affaires non pénales »<sup>25</sup>, comme devant les conseils de tutelle déjà évoqués plus haut et dont on va largement traiter à présent.

## II. Les troubles mentaux face à leur juge : sélection chronologique de trois affaires en interdiction pour « faiblesse des facultés mentales » (*da'f al-quwâ al-'aqliyya*)

- 16 Devant les juridictions égyptiennes, une nouvelle expression s'est imposée, au tournant du vingtième siècle, pour désigner les troubles mentaux : la « faiblesse des facultés mentales ». Dans la revue *al-Muhâmâ*, qui constitue notre source jurisprudentielle, nous avons trouvé 24 cas portant, d'une manière ou d'une autre, sur ce concept nouveau. Nous proposons la traduction des extraits publiés par la revue pour trois de ces affaires qui nous ont paru symptomatiques, tout en en gardant d'autres en réserve pour étayer notre propos. Ces exemples portent tous sur l'interdiction de personnes souffrant de pareille « faiblesse ».
- 17 Une petite explication s'impose quant à notre choix de reproduire intégralement les trois décisions. Il y a tout d'abord une raison documentaire. À notre connaissance, il n'existe pas ou peu de littérature sur cette période de l'histoire du droit en Égypte, *a fortiori* sur les juridictions de l'époque, sans parler de leur jurisprudence. La revue *al-Muhâmâ* représente une source inestimable mais toujours inexploitée, à de rares

exceptions près<sup>26</sup>. Avec deux autres textes<sup>27</sup>, le présent article ouvre un champ de recherche en friches et procède à des coups de sonde qualitatifs plutôt qu'à un aperçu superficiel. À cet égard, il semble préférable d'accumuler des décisions aussi complètes que possible plutôt que de n'en donner que quelques morceaux choisis. La deuxième raison tient au rendu d'un style judiciaire. Il est une façon d'écrire le droit qui est bien particulière, mais qui ne peut se percevoir qu'en respectant la composition et la structure d'ensemble des décisions, au-delà des seules questions lexicales, au demeurant très parlantes. Parler de l'histoire du droit égyptien, c'est avant tout parler de l'avènement d'une façon de penser et dire le droit en suivant une structure, en adoptant une syntaxe et en faisant élection d'un vocabulaire extrêmement caractéristiques. Restituer les jugements dans leur quasi-intégralité permet d'en rendre compte adéquatement.

- 18 Un arrêt de la cour d'appel indigène (*mahkama al-isti'nâf al-ahliyya*) constitue notre premier cas. Il porte sur un contrat d'échange d'immeubles entre plusieurs sœurs, d'un côté, et leur neveu, de l'autre, une personne interdite et placée sous la tutelle de sa mère en raison de sa démence.

N° 382

Cour d'appel indigène d'Égypte

9 janvier 1927

engagement contractuel – date établie – interdiction – évaluation des circonstances de l'engagement contractuel – mauvaise gestion – faiblesse des facultés mentales – démence – nullité des dépenses

Principe juridique :

Il est de jurisprudence constante (*min al-musallim bihi qadâ'an*<sup>28</sup>) qu'on ne peut se fier aux documents qu'à partir de leurs dates fermes.

Si l'engagement contractuel (*al-ta'âqud*) avec une personne intervient pendant la procédure de demande d'interdiction à son égard, le tribunal a le droit d'évaluer les circonstances de l'engagement contractuel, de chercher la preuve de la bonne volonté (*salâmat al-niyya*) des contractants et de veiller à l'intérêt de la personne dont on demande l'interdiction.

Si on prononce l'interdiction contre une personne en raison de la faiblesse de ses facultés mentales (*da'f al-quwâ al-'aqliyya*), son état est un état que les jurisconsultes (*fuqahâ'*) ont défini comme étant un état de défaut d'entendement (*qillat al-fahm*), d'expression confuse (*ikhtilât al-kalâm*) et de mauvaise gestion (*fasâd al-tadbîr*).

Si on prononce l'interdiction contre une personne pour la raison qu'elle « n'est pas en possession de ses capacités mentales » (*ghayr hâfiz 'alâ quwâhâ al-'aqliyya*<sup>29</sup>), il faut lui appliquer la règle propre à la démence ; et la démence annule les dépenses de celui qui en est atteint à partir du moment où elle est établie, comme l'indique la jurisprudence et comme l'a dit l'imam Abu Yusuf, notamment si l'engagement contractuel est intervenu pendant la période suspecte.

La cour :

Attendu que la première chose qui saute aux yeux dans les dépenses de 'Ali Ibrahim Sa'ad, c'est que le contrat d'échange est réputé avoir été conclu le 17 octobre 1923 ; cette date conventionnelle<sup>30</sup> est très proche de la date à laquelle la procédure de demande d'interdiction (*hajr*) a été lancée devant le conseil de tutelle, dès lors que cette demande date du 21 octobre 1923 et lui a été notifiée le 24 du même mois. En outre, le contrat d'échange n'a été enregistré que le 5 novembre 1923.

Attendu qu'il est de jurisprudence constante qu'on ne peut se fier aux documents qu'à partir de leurs dates fermes. Dans cette affaire, la date d'enregistrement est celle qui est considérée comme la date du contrat contesté.

Attendu que l'engagement contractuel avec un individu dont l'interdiction a été demandée est une décision dont la validité est douteuse parce que c'est intervenu pendant la période suspecte. La cour a le droit d'évaluer les circonstances de l'engagement contractuel, de chercher la preuve de la bonne volonté des contractants et de veiller à l'intérêt de la personne dont on demande l'interdiction (cf. l'arrêt N° 65 de la cour d'appel d'Égypte du 25 décembre 1922, publié dans le Recueil officiel de 1924, p. 114, et aussi l'arrêt N° 21 de la même cour du 25 juin 1918, publié dans le Recueil officiel de 1919, p. 24).

Attendu que le contrat d'échange dont la validité est contestée a été signifié aux tantes de la personne interdite. Il y a en cela une autre présomption, à savoir la proximité des dates, en vertu de quoi le contrat souffrirait d'un défaut susceptible de conduire à sa nullité. Dès lors que la décision d'interdiction prononcée le 18 décembre 1923 a clairement rappelé que la cause de l'interdiction était la faiblesse des facultés mentale. Les jurisconsultes ont défini cet état par le défaut d'entendement, l'expression confuse et la mauvaise gestion. (cf. *al-Fatâwâ al-hindiyya*, Livre 5, p. 54).

Attendu que cette défaillance mentale (*'ayb fi-l-'aqliyya*) de la personne interdite qu'a relevé à son endroit le conseil de tutelle détenteur du pouvoir d'appréciation dans ces affaires relève des apparences que ne peuvent prétendre ignorer les tantes de la personne interdite.

Attendu que ce qu'indique le jugement contesté, dans son interprétation de la phrase « n'est pas en possession de ses capacités mentales » utilisée dans la décision d'interdiction, à savoir que cela s'appliquerait aux personnes atteintes d'imbécilité – dont l'obligation d'interdiction oppose les jurisconsultes –, est une interprétation que ne reprend pas la cour, qui considère que cette expression signifie la démence (*'ath*). C'est ce qu'indique sa définition. Il est admis que la démence annule les dépenses de celui qui en est atteint depuis le moment où elle est établie, comme l'indique la jurisprudence et comme l'a dit l'imam Abu Yusuf, notamment si l'engagement contractuel est intervenu pendant la période suspecte, comme c'est le cas dans cette requête.

Attendu qu'il n'y a pas lieu d'évaluer l'inéquité (*ghubn*) de la transaction. La cour ne considère pas que les deux rapports contradictoires présentés par l'une des



parties au litige soient dignes de confiance (*jadîrân bi-l-thiqa*), dès lors qu'ils ont été présentés par une [personne] ayant un intérêt [à la cause]. Le doute (*rayba*) les frappe du fait que l'estimation de la valeur des immeubles échangés ne requiert pas d'établir l'intérêt de la personne interdite dans l'annulation de l'échange. Cet intérêt est établi et découle de l'empressement (*haras*) des tantes de la personne interdite à exécuter l'échange et de l'empressement de sa mère à l'annuler.

Attendu que, de tout ce qui précède, il apparaît que la décision contestée n'est pas fondée en droit et qu'il faut l'annuler et juger en faveur de l'appelante.

(appel de Mme Badawiyya 'Ali Ghazali, en tant que tutrice de la personne interdite, 'Ali Ibrahim Sa'ad, assistée par M. Badi' bey Qurba, avocat, contre Mme Fatuma Sa'ad al-Nuri *et al.*, assistées par M. Muhammad effendi Rahmi, avocat, N° 731, Année 43. Chambre de leurs Excellences Mutawalli bey Ghanim, Muhammad Labib 'Atiyya bey et Mahmud Jalib bey, conseillers)<sup>31</sup>.

- 19 Il ressort de la lecture de cet arrêt que la cour d'appel indigène annule une décision prise en première instance par un conseil de tutelle<sup>32</sup> pour deux raisons. D'abord, elle estime que le conseil de tutelle s'est trompé en parlant de faiblesse des facultés mentales. Les critères que le conseil de tutelle, suivant un raisonnement issu de la doctrine juridique islamique, retient pour établir la faiblesse des facultés mentales, à savoir le « défaut d'entendement » (*qillat al-fahm*), l'« expression confuse » (*ikhtilât al-kalâm*) et la « mauvaise gestion » (*fasâd al-tadbîr*), correspondent, pour la Cour, aux critères constitutifs de la « démence » (*'ath*) et non de l'« imbécillité » (*ghafla*). Ensuite, la cour estime que le conseil de tutelle s'est trompé dans sa définition de la période d'interdiction. En effet, ce qui était acceptable dans un cas d'imbécillité ne l'était pas dans un cas de démence, cette dernière annulant tous les actes de celui qui en est atteint depuis le moment où l'on en a connaissance avec certitude, c'est-à-dire depuis que les symptômes sont apparus.
- 20 Deuxième cas d'étude, une décision du conseil de tutelle de Manuf, datée du 14 mars 1934, concernant l'attribution de la tutelle d'une personne majeure interdite pour cause de folie.

N° 214

Conseil de tutelle de Manuf

14 mars 1934

tutelle légale (*shar'iyya*) – sur une personne dont l'interdiction n'est pas exclue – poursuite de la tutelle après l'interdiction ou son exclusion – ses conditions

Le principe juridique

La simple existence d'un tuteur légal (*walî shar'î*) d'une personne n'exclut pas de décider de l'interdiction de [cette dernière] lorsque sont réunies les causes qui l'exigent, pour que cela soit une limite déterminante entre les actes de dispositions (*tasarruf*) valides et invalides. Si c'est une interdiction pour prodigalité (*safh*) et qu'existe un tuteur (*walî*), la tutelle ne revient pas [de droit] au tuteur et il faut désigner un gardien (*qayyim*). Mais si c'est une interdiction pour démence (*'ath*) ou folie (*junûn*), la tutelle se poursuit pour le tuteur légal quand la personne a atteint

l'âge de la majorité (*balagha*) en étant toujours démente ou folle. En revanche, si elle a atteint l'âge de la majorité en étant saine d'esprit ('*âqil*) et que la démence ou la folie l'a ensuite frappée, [certains estiment que] la tutelle ne lui revient pas, en vertu d'[un argument fondé sur] l'analogie (*qiyâsan*), alors que d'autres savants de la *sharî'a* (*mutasharri'în*) estiment qu'elle lui revient, en vertu d'[un argument préférentiel fondé sur] le bien commun (*istihsânan*).

#### Le conseil

Attendu que la demanderesse de l'interdiction établit dans sa requête que son mari, Hasabu 'Ali Halawah, souffre d'une faiblesse de ses facultés mentales depuis l'année 1927 et qu'il est aujourd'hui en séjour à l'hôpital psychiatrique (l'hôpital des maladies mentales, *mustashfâ al-amrâd al-'aqliyya*).

Attendu que la preuve a été établie auprès du conseil, par le document écrit du Département des maladies mentales N° 17 de février 1934, que le dénommé Hasabu 'Ali Halawah est entré pour être soigné à l'hôpital psychiatrique le 23 juin 1928 après avoir été accusé dans une affaire d'agression. L'examen [médical, *ikhtibâr*] a fait apparaître que l'agression résultait de sa folie, qu'il continuait à souffrir d'une déficience des facultés mentales et qu'il était sous traitement à l'hôpital de Khanka.

Attendu que 'Ali Muhammad Halawah, le père de celui dont on demande l'interdiction, s'est opposé à la décision d'interdiction au motif qu'il est le tuteur de son fils et que c'est à lui que revient la tutelle de son fils qui a atteint l'âge de la majorité en étant sain d'esprit et est ensuite devenu fou.

Attendu que la simple existence d'un tuteur légal d'une personne n'exclut pas de décider de l'interdiction de [cette dernière] lorsque sont réunies les causes qui l'exigent, pour que cela soit une limite déterminante entre les actes de disposition valides et invalides. Si c'est une interdiction pour prodigalité et qu'existe un tuteur, la tutelle ne revient pas [de droit] au tuteur et il faut désigner un gardien. Mais si c'est une interdiction pour démence ou folie, la tutelle se poursuit pour le tuteur légal quand la personne a atteint l'âge de la majorité en étant toujours démente ou folle. En revanche, si elle a atteint l'âge de la majorité en étant saine d'esprit et que la démence ou la folie l'a ensuite frappée, [certains estiment que] la tutelle ne lui revient pas, en vertu d'[un argument fondé sur] l'analogie, alors que d'autres savants de la *sharî'a* estiment qu'elle lui revient, en vertu d'[un argument préférentiel fondé sur] le bien commun.

Attendu que le haut conseil de tutelle a suivi la première [viz. la deuxième<sup>33</sup>] opinion dans sa décision N° 24 de juin 1923, considérant en cela l'intérêt de la personne interdite.

Attendu que ce conseil pense qu'il est pertinent de suivre aussi cette opinion [par souci de] sauvegarde des biens de la personne interdite, dès lors qu'il est de son intérêt que la personne qui dispose de ses biens soit sous l'autorité et la supervision du conseil de tutelle. Ceci se réalise au mieux quand on considère le père comme gardien délégué du conseil (voir la circulaire (*manshûr*) du ministère

de la Justice (*al-haqqâniyya*) adressée aux conseils de tutelle, N° 9, Année 1923, promulguée le 10 octobre 1923).

Attendu que, au vu de ce qui précède, le conseil prend en considération l'interdiction et désigne le père comme gardien à titre gracieux.

(affaire de Hasabu 'Ali Halawah N° 117 de l'année 1934, sous la présidence de l'honorable juge 'Abd al-'Azim al-Haras et, comme membres, les honorables cheikh Muhammad Abu al-'Ala, juge auprès des tribunaux de la *sharî'a* (*al-qâdî al-shar'î*), et Zahir al-Shaqanqiri effendi, membre de la notabilité (*a'yân*)<sup>34</sup>.

- 21 Il ressort de la lecture de ce jugement que, par le truchement de la jurisprudence du haut conseil de tutelle, confirmée par une circulaire ministérielle, le conseil de Manuf appuie sa décision sur la science des fondements de la doctrine (*'ilm usûl al-fiqh*) de l'école hanafite<sup>35</sup>, qui fait prévaloir l'argument préférentiel fondé sur le bien commun (*istihsân*) et estime, en conséquence, que la garde de la personne majeure (*balâgha*) devenue folle revient à son tuteur légal, son père en l'occurrence<sup>36</sup>.
- 22 Notre troisième cas d'étude est constitué par le jugement du tribunal de première instance de Minya, qui se prononce sur une demande d'interdiction d'une personne souffrant de troubles de la mémoire.

N° 543

Tribunal de première instance de Minya

15 mai 1949

interdiction – sénilité – faiblesse de la mémoire – son admissibilité – gardien – choix de la personne interdite

Les principes juridiques

La jurisprudence est constante sur la nécessité de décider l'interdiction quand il est prouvé que la personne dont on demande l'interdiction est mentalement faible (*da'îf al-'aql*), même si elle n'a pas atteint un degré de démence (*'ath*), comme quand une personne âgée (*kabîr al-sinn*) a une faible mémoire relative aux noms de personne et aux événements récents, et ne sait pas grand-chose de ses biens et de ses revenus, ou que son intérêt pour ce qui se passe autour d'elle a commencé à diminuer et que son espace s'est restreint.

Le désir de celui qui a été interdit de choisir la personne du gardien (*qayyim*) est une appréciation qu'il est bon de prendre en considération. Dès lors qu'est manifeste chez la personne dont l'interdiction a été demandée une confiance envers son épouse, qui est la mère de ses enfants qui sont à sa charge à lui et à sa charge à elle, cela incite à la préférer à d'autres pour la tutelle (*qiwâma*), sous le contrôle du parquet général et du tribunal de tutelle.

Le tribunal

Attendu que Mme Tufida Muhammad Tawfiq a présenté une requête datée du 13 septembre 1948 dans laquelle elle dit que son père, le cheikh Muhammad Tawfiq 'Ali est propriétaire d'environ 24 feddans (9,7 hectares), de même qu'il est

propriétaire de deux maisons (...), qu'il a atteint l'âge d'environ 80 ans et que ses facultés mentales sont devenues très faibles, voire qu'il en est dépourvu, qu'il se promène en rue dans des vêtements élimés et crasseux, qu'il collecte ce qu'il trouve, entre autres des briques, des papiers sales, des pierres et des mégots de cigarette, qu'il a perdu la mémoire et n'est plus conscient de rien, qu'il a perdu sa volonté, que sa jeune femme exerce son emprise sur lui et œuvre à dilapider ses biens en en disposant de manière illégale (*ghayr qânûnî*). En raison de cela, elle a demandé que soit prise une décision d'interdiction contre lui [visant] à préserver ses biens.

Attendu que le parquet a fait droit à cette demande et a présenté cette requête, demandant que soit décidée l'interdiction contre lui pour démence et que la demanderesse soit désignée comme sa gardienne.

Attendu que le parquet, dans son enquête, a entendu les propos de la personne dont l'interdiction est demandée, ainsi que les propos de [...], de même que l'assistant du tribunal de tutelle de Giza a entendu les propos de celle qui demande l'interdiction et de son mari [...], ainsi que de [...], les petits-enfants de la personne dont l'interdiction est demandée. Le médecin légiste (*tabîb shar'*<sup>37</sup>) a été mandaté et a conduit d'examiner (*fahs*) et de parler avec la personne dont l'interdiction est demandée. Il a présenté son rapport qui conclut par son affirmation qu'il est affecté d'une faiblesse de ses facultés mentales, un genre de démence sénile (*idmihlâl 'aqlî shaykhûkhi'*<sup>38</sup>), ce qui nécessite une décision d'interdiction contre lui dès lors que celui qui en souffre est considéré comme influençable et tombe ainsi sous la coupe d'autrui.

Attendu que le tribunal a examiné en détail la requête de la manière expliquée dans les rapports de séance et a eu des discussions détaillées avec celui dont l'interdiction est demandée, de même qu'il a entendu les témoins et s'est entretenu avec le médecin légiste sur ce qui est dit dans son rapport, et en a conclu ce qui suit :

Premièrement : Il est prouvé, sur la base des propos tenus par celui dont l'interdiction est demandée devant le tribunal et dans le rapport d'enquête du parquet qu'il ne connaît pas le mari de sa fille [...] ni le fils de sa fille [...] malgré sa confrontation à eux, de même qu'il a mis longtemps à essayer de se rappeler du nom d'une de ses filles, « Kurayman », et il n'a pas pu s'en souvenir. Il a demandé à sa femme de lui indiquer son nom, ce qu'elle lui a renseigné devant le tribunal et il a marqué son accord.

Deuxièmement : Il n'a pas de connaissance suffisante de l'ensemble de ses biens, de leurs locataires ou du montant de leur loyer, en dépit de l'affirmation qu'il en assure la gestion.

Troisièmement : Il est prouvé, sur la base du témoignage de [...] qu'il a été surpris avec, dans sa poche, des papiers sales, à savoir des paquets de cigarettes, et des petites pièces de fer-blanc, alors qu'il se trouvait à la prison de Mallawi en exécution du jugement de pension alimentaire au profit de ses proches (*nafaqa aqârîb*) rendu contre lui.

Quatrièmement : Il est prouvé, sur la base de ce qu'a mentionné le médecin légiste, qu'il ne sait rien des généralités que connaît l'homme de la rue, sur des questions générales. Il ne connaît pas les prix du coton ni les prix du grain. Le tribunal l'a interrogé en séance sur le nom du premier ministre actuel, alors qu'il avait mentionné au médecin légiste que c'était Nuqrashi pacha, et il a déclaré que c'était Ibrahim bey al-Mahdi, ce qui indique qu'on lui a soufflé le nom du premier ministre actuel, Dawlat Ibrahim 'Abd al-Hadi pacha, mais que sa mémoire n'a pas pu retenir cette dictée et qu'il n'en a retenu qu'un morceau.

Attendu que, même s'il apparaît des circonstances de la requête que celui dont on demande l'interdiction réside avec son épouse Munira [...] et les enfants qu'il a d'elle, Siniyya, Nu'mat, Wijdan, Safi Naz, Kriman, 'Abd al-Tawab), depuis environ dix-sept ans, il a aussi deux autres filles avec une première épouse, dont l'une a demandé l'interdiction. Elle est l'épouse de [...], le contrôleur général du ministère de l'Approvisionnement. [Attendu] que le patrimoine (*tharwa*) dont ils vivent, lui, son épouse et ses enfants, ils en bénéficient grâce à lui, à l'exception des deux filles mentionnées, qui vivent sous la protection (*kanaf*) de leurs deux époux ; et qu'il a cédé par la vente, sous forme de deux actes enregistrés, 15 feddans à son fils unique, 'Abd al-Tawab, qui a atteint l'âge de sept ans, et la maison dans laquelle il vit à son épouse Munira ; et que ces deux actes de cession sont ceux qui ont précipité la présentation de sa requête.

Attendu que le tribunal n'est pas d'avis que l'acte de cession, à son fils et à son épouse, de la part de celui dont l'interdiction est demandée, soit un gaspillage (*isrâf*), une prodigalité (*safh*) ou un dépassement (*khuruj*) contredisant la Loi religieuse (*shar'*) ou la raison (*'aql*) en matière de générosité (*birr*) à l'égard d'une épouse qui partage sa vieillesse, veille à son service et l'assiste, ou à l'égard de ses enfants, et particulièrement l'affectionné fils mineur qu'il a d'elle, un enfant qui a tout spécialement besoin de bénéficier de protection.

Attendu qu'au vu de tout cela, le tribunal est d'avis, au vu de sa discussion avec celui dont on demande l'interdiction et de tout ce qui a été dit ci-dessus, que ses facultés mentales se sont affaiblies, en raison de l'âge, à un point qui rend dangereux de maintenir la gestion de ses biens entre ses mains, dès lors que cette faiblesse en fait une proie pour ses proches ou d'autres, qui exercerait un contrôle sur ses revenus et l'amènerait à signer portant préjudice à sa volonté et touchant à son patrimoine en son cœur.

Attendu que pour cela et en préservation de ses biens, à lui et à ses enfants, il s'ensuit que le tribunal considère qu'il est nécessaire de décider de son interdiction en raison de la faiblesse de ses facultés mentales et de son imbécillité (*ghafla*), et ce en vertu de l'article 42 de la loi N° 99 de l'année 1947.

Attendu que la jurisprudence est constante sur la nécessité de décider l'interdiction dans ces circonstances et que le haut conseil de tutelle a jugé, en date du 18 mai 1930 (*al-Muhâmâ*, 11<sup>e</sup> année, N° 82, p. 141), que, s'il apparaît de l'examen médical (*kashf tibbî*) que celui dont l'interdiction est demandée est faible d'esprit (*da'if al-'aql*) et qu'il n'a pas atteint le degré de la démence (*'ath*), par exemple qu'il est âgé et de mémoire défaillante, surtout pour ce qui est du nom des personnes et des événements récents, et ne sait pas grand-chose de ses biens et de

ses revenus, ou que son intérêt pour ce qui se passe autour de lui a commencé à diminuer et que son espace s'est restreint, il faut l'interdire, comme il a été jugé en date du 26 juin 1932 (*al-Muhâmâ*, 13<sup>e</sup> année, N° 271, p. 524) que, dès lors que les facultés de la personne âgée dont l'interdiction a été demandée étaient faibles et que son entendement et sa capacité d'évaluer les choses étaient faibles, en vertu de cela, il était justifié de l'interdire pour faiblesse de ses facultés mentales.

Attendu que le parquet a proposé, pour la tutelle (*qiwâma*) de la personne dont l'interdiction est demandée, Mme [...], la demanderesse de l'interdiction.

Attendu que le tribunal est d'avis de désigner Mme Munira [...], son épouse, comme gardienne, parce que c'est elle qui s'occupe de ses affaires et de la sauvegarde de ses intérêts, de même qu'elle réside avec lui dans sa demeure de Mallawi, alors que la demanderesse de l'interdiction, qui réside avec son époux à Giza, est occupée par les affaires de son époux, outre [le fait que] le conflit qui existe entre la demanderesse de l'interdiction, d'une part, et celui dont on demande l'interdiction et son épouse, de l'autre, rend l'exercice de la garde par la demanderesse de l'interdiction non conforme aux intérêts de la personne dont la garde est demandée, [intérêts] qui sont l'objet de protection.

Attendu que la jurisprudence indique que le désir de celui qui a été interdit dans le choix du gardien doit être suivi tant que la personne interdite n'a pas de trouble mental (*khalal fi 'aqlihi*)<sup>39</sup> (jugement du conseil de tutelle d'Alexandrie du 22 mai 1935, N° 31, p. 294, *al-Muhâmâ*, 19<sup>e</sup> année).

Attendu qu'il est manifeste chez la personne dont l'interdiction a été demandée qu'elle a confiance en son épouse, qui est la mère de ses enfants qui sont à sa charge à lui et à sa charge à elle, ce qui incite à la préférer à d'autres pour la garde.

Attendu que, ainsi qu'il ressort de l'enquête des propos de la demanderesse de l'interdiction et de quelques témoins que celui dont on demande l'interdiction est sous le contrôle de son épouse, sauf que le tribunal et le parquet général vont veiller à sa gestion et à ses actes de disposition.

Attendu que, pour cela, il s'impose de faire de Mme Munira [...] la gardienne de son mari, le cheikh [...], en application de l'article 44 de la loi N° 99 de 1947, tout en chargeant le Parquet de publier l'inventaire, en application de l'article 73 de la loi citée.

Attendu que les dépens de la requête incombent à la gardienne sur les biens de la personne interdite, en application de l'article 87 de la loi N° 99 de 1947.

(affaire du cheikh Muhammad Tawfiq N° 6 B, 1948, sous la présidence et avec pour membres les honorables juges Muhammad Hammad al-Husayn, 'Abd al-Baqi Dakruri, Muhammad 'Abd al-Majid Salama, en présence de son excellence M. Adib Qasabji, substitut du Parquet)<sup>40</sup>.

23 On observe, à la lecture de ce jugement, que le tribunal fonde sa décision sur la loi de 1947 et sur la jurisprudence (décisions des conseils de tutelle de 1930, 1932 et 1935). En revanche, il ne fait aucune allusion à la doctrine islamique ou à la science de ses

fondements<sup>41</sup>. En outre, il poursuit le travail de typologisation des causes pouvant mener à l'interdiction, soulignant que les troubles de la mémoire (*da'f al-dhâkira*), parce qu'ils ne sont pas d'un ordre comparable à la démence, ne suffisent pas à eux seuls à justifier d'en décider. Cette position de principe se retrouve dans un jugement en appel du 6 janvier 1924 (*al-Muhâmâ*, N° 5, Année 4, Février 1924, p. 439). Les troubles de la mémoire semblent toutefois pouvoir concourir à l'interdiction s'ils s'accompagnent d'autres symptômes, et particulièrement la sénescence et l'acrasie, s'ils sont établis à travers des témoignages et un rapport psychiatrique<sup>42</sup>.

### III. Les troubles mentaux devant leur juge : du fiqh au droit égyptien

24 Dans cet article, nous sommes intéressés par la question de savoir comment une catégorie évolue historiquement et, sous couvert d'un même terme mais dans un cadre juridique et judiciaire bouleversé, finit par signifier des choses en partie différentes. Dans notre corpus de décisions, nous avons trouvé (A) des concepts catégoriels anciens utilisés à l'identique au temps présent ; (B) des concepts catégoriels anciens ayant acquis une acception nouvelle ; (C) des concepts catégoriels nouveaux forgés pour désigner des concepts catégoriels anciennement en usage sous des appellations différentes ; (D) des concepts catégoriels nouveaux conçus dans un sens inconnu jusqu'alors. Après avoir offert une sélection de cas, nous voudrions à présent nous concentrer sur le langage de ces décisions pour rendre compte des croisements multiples de savoirs et de catégories, de leur localisation dans la dynamique juridique et judiciaire égyptienne contemporaine, et des mutations qu'ils impliquent dans la compréhension du droit dans son traitement du psychisme humain.

#### A. La psychiatrisation du « mental »

25 Le prédicat « *'aqlî* », traduit dans notre corpus de jugements par « mental » (*al-quwâ al-'aqliyya*, les facultés mentales), dérive du substantif « *al-'aql* », que nous avons rendu par « raison » (*'âha fi 'aql*, déficience de la raison) ou « esprit » (*da'îf al-'aql*, faible d'esprit). Accolé au substantif « *'âha* » (déficience, défaut), on le retrouve dans l'exégèse coranique (*tafsîr*), sinon dans la doctrine juridique (*fiqh*), pour désigner la déficience de l'esprit (*al-'âha al-'aqliyya*). Ainsi en va-t-il, par exemple, de l'ouvrage *Ma'ânî al-qur'ân wa i'râbuhu*, d'al-Zujaj (241-311/855-923), où le terme est utilisé pour expliquer le sens de l'expression coranique « *yablughâ ashuddahu* » (sourate al-Isrâ', Coran 17 :34). Selon al-Zujaj (855-923), l'expression désigne « l'âge de la puberté (*ihtilâm*), pour autant que [la personne] ne soit pas affectée d'une déficience de la raison (*ghayr dhî 'âha fi 'aql*) et soit judicieuse dans [l'usage de] ses biens »<sup>43</sup>. De manière quasiment identique<sup>44</sup>, Makki al-Qisi al-Qayrawani (355-437/966-1045) écrit, dans son ouvrage *al-Hidâya ilâ bulûgh al-nihâya*, dans son exégèse du même verset :

*Al-ashuddu* : la puberté. Sa signification dans la langue : jusqu'à ce que [la personne] atteigne le moment de sa pleine vigueur en matière de raison (*al-'aql*), de disposition de ses biens et de juste état dans sa religion ; et pour autant qu'elle ne soit pas affectée d'une déficience de la raison (*ghayr dhî 'âha fi 'aql*) et soit judicieuse dans [l'usage de] ses biens<sup>45</sup>.

- 26 L'idée de déficience de la raison existe donc de longue date dans le savoir islamique. L'expression même se trouve par ailleurs remployée devant les juridictions égyptiennes contemporaines. Ainsi en va-t-il d'une décision que nous n'avons pas traduite ci-dessus, parce qu'elle relève du domaine pénal et non du contentieux de l'interdiction. Nous nous contentons d'en citer un extrait :

[L'accusé] était, au moment de son procès, atteint d'un déficience de la raison (*'âha fi 'aqlihi*) dont les symptômes (*a'râd*) sont apparus alors qu'il était en prison et que ses compagnons ont rapporté, comme cela était manifeste le jour du jugement et peu de temps avant son prononcé, même si sa défense n'a fait état de cette réalité qu'au moment de la diffusion des documents [attestant] que l'accusé avait tenté de se suicider le matin suivant son jugement, qu'il avait été présenté ensuite aux médecins spécialistes (*al-atibbâ' al-ikhsâ'iyyân*) et qu'ils avaient été unanimes sur sa maladie et sur le fait que sa tentative de suicide était un symptôme parmi d'autres, et que ce qu'on a pu constater lors de la séance est une preuve de ce qu'il en est affecté, de même que ce dont ont témoigné ses frères est concluant sur [le fait que] la maladie a débuté longtemps avant le procès. La question a pris fin avec son admission à l'hôpital (*mustashfâ*) des maladies mentales (*al-amrâd al-'aqliyya*), puis à l'hôpital des maladies nerveuses (*al-amrâd al-'asabiyya*), jusqu'à ce qu'il en sorte finalement et soit quasiment guéri (*shifâ*). Le requérant a présenté en appui à sa requête les témoignages de médecins et de nombreux documents [...]<sup>46</sup>.

- 27 Ce qu'il nous importe d'observer, ici, c'est que, sous couvert d'un terme plus ou moins identique (*'âha 'aqliyya*, *'âha fi-l-'aql*), on est en réalité passé au registre psychiatrique, avec ce qu'il suppose comme symptômes, médecins spécialistes et maladies, mentales ou neurologiques. C'est particulièrement vrai de la « maladie mentale ». Le défaut de raison entendu comme une maladie ne se retrouve pas dans les ouvrages classiques et médiévaux. Il faut se tourner vers un dictionnaire de la langue arabe moderne, le *Mu'jam al-lughâ al-'arabiyya al-mu'âsira*, pour en trouver une définition :

Maladie (psy) : la psychose maniaco-dépressive (*al-dhuhân al-massu al-kâbi*). Maladie mentale qui accompagne la sénescence et n'en résulte pas nécessairement<sup>47</sup>.

- 28 Plus intéressant encore pour notre propos, cette même expression « maladie mentale » se retrouve sous la plume d'exégètes contemporains, comme le cheikh Mutawalli al-Sha'rawi (m. 1418/1998), dans son explication du terme « *khabâl* », qui apparaît à la sourate *al-Tawba* (Coran 9 :47) :

*al-khabâl* (la confusion) est une maladie mentale qu'accompagne un déséquilibre de la pensée. On dira : untel est confus, c'est-à-dire qu'il décide des choses sans raison<sup>48</sup>.

## B. La faiblesse des facultés mentales

- 29 Dans notre corpus, l'expression « facultés mentales » apparaît pour la première fois dans une décision une décision du haut conseil de tutelle du 24 juin 1923<sup>49</sup>. On la retrouve aussi dans la décision de 1927 que nous avons traduite, ainsi que dans celle du haut conseil de tutelle du 21 décembre 1930<sup>50</sup>. D'autres expressions apparaissent également, comme, dans la décision de 1927, la « faiblesse de la volonté » (*da'if al-irâda*), les « hallucinations mensongères » (*takhayyulât kâdhiba*) ou les « crises de nerfs » (*nawbât 'asabiyya*). Toutes ces expressions appartiennent au vocabulaire de la psychologie et de la psychiatrie modernes.
- 30 On peut noter que la faiblesse des capacités mentales n'est pas présentée comme un état permanent, mais comme un état fluctuant pouvant connaître des périodes de



rémission, voire la guérison, qui semble justifier la mise en place d'une période probatoire (*ikhtibâr*). Il est permis de penser que l'on dispose ici d'une datation relativement précise de l'irruption du lexique psychiatrique dans le droit égyptien, alors même que le contentieux dont traitent les conseils de tutelle fait partie, de longue date, des terrains labourés par la doctrine islamique classique (*fiqh*).

- 31 L'expression « *da'f al-quwâ al-'aqliyya* » n'est jamais utilisée par les jurisconsultes de l'époque classique et n'apparaît donc pas dans les ouvrages de *fiqh* ou d'autres disciplines de la période classique et médiévale. Il faut se tourner vers les exégèses (*tafsîr*) de la période contemporaine pour en trouver mention, comme dans le *al-Tahrîr wa-l-tanwîr* du fameux grand ouléma, mufti et jurisconsulte tunisien du vingtième siècle, Muhammad Tahir Ibn 'Ashur (1879-1973). Il y explique l'expression « *ardhal al-'umr* » (le plus vil de l'âge), qui apparaît à la sourate al-Hajj (Coran 22:5) :

Quand l'homme retourne au plus vil de l'âge, la faiblesse des facultés corporelles (*al-quwâ al-jismiyya*) engendre la faiblesse des facultés mentales (*da'f al-quwâ al-'aqliyya*)<sup>51</sup>.

- 32 L'usage qu'Ibn 'Ashur fait de l'expression « faiblesse des facultés mentales » s'explique sans doute, mais sans certitude, par l'influence française. C'est probablement la même influence qui s'est exercée sur le juriste islamiste égyptien 'Abd al-Qadir 'Awda (m. 1954), francophone, fin connaisseur du *fiqh* aussi bien que de la tradition civiliste, auteur de *La Législation pénale islamique comparée au droit positif*<sup>52</sup>.
- 33 De par le choix de ses différents termes, le titre de cet ouvrage majeur est déjà, en soi, très éloquent. Comme nous avons eu l'occasion de le souligner ailleurs<sup>53</sup>, le mot « *tashrî'* » – un factitif qui recouvre l'idée de création de la loi – renvoie au concept positiviste et séculier de législation, en dépit d'une étymologie qui le rattache au terme « *sharî'a* »<sup>54</sup>. Ainsi, et bien qu'elle y renvoie d'une certaine façon, l'expression « *tashrî' islâmî* » (législation islamique) est, linguistiquement parlant, parfaitement étrangère au *fiqh*. D'ailleurs, l'idée même d'une partition du droit en domaines distincts (civil, pénal, commercial, administratif, etc.) n'appartient pas à la tradition doctrinale islamique. En outre, l'autre expression reprise dans le titre, celle de « droit positif » (*qânûn wad'î*<sup>55</sup>), est révélatrice de la tendance, bien documentée par Leonard Wood (2016), à considérer ce dernier comme le paradigme à l'aune duquel les formes de normativité, dont l'islamique, sont décrites et évaluées. Autrement dit, la norme islamique se voit traduite et pensée à travers le prisme du droit positif.
- 34 Dans cet ouvrage d'introduction au *fiqh*-qua-législation, donc, 'Awda (s.a., tome 2, p. 584) utilise l'expression « facultés mentales » quand il s'attache à définir la folie (*junûn*) :

La *sharî'a* considère l'être humain (*insân*) comme redevable (*mukallif*), c'est-à-dire investi d'une responsabilité (*mas'ûliyya*) pénale (*jinâ'iyya*) dès lors qu'il est doué d'entendement (*mudrik*) et de choix (*mukhtâr*). Si l'une de ces deux choses lui manque, la redevabilité est écartée de l'être humain. L'entendement signifie, chez la personne redevable, qu'elle jouit de ses facultés mentales (*quwwâ 'aqliyya*). S'il perd la raison du fait d'une déficience (*'âha*), d'un accident (*amr 'ârid*) ou d'[un coup de] folie (*junûn*), c'est alors un insensé (*fâqid al-idrâk*).

### C. Folie et démente

- 35 Dans son arrêt du 9 janvier 1927, le juge recourt à la jurisprudence de la cour d'appel<sup>56</sup> aussi bien qu'à une *fatwâ* de l'imam Abu Yusuf, un jurisconsulte majeur de l'école

hanafite. Cela démontre comment, pour définir une expression nouvelle, à savoir la « faiblesse des facultés mentales », apparue initialement dans notre corpus en 1925, le juge a recours à deux sources différentes du droit égyptien : la jurisprudence des juridictions égyptiennes, d'une part, et la doctrine juridique islamique, de l'autre. La doctrine juridique hanafite établit une distinction entre démence (*'ath*) et imbécillité (*ghafla*), et c'est à la première, nous dit la Cour, que correspond la catégorie nouvelle de « faiblesse des facultés mentales ». Autrement dit, c'est à l'aune de critères catégoriels anciens, ceux du *fiqh*, qu'une catégorie juridique nouvelle est définie. En même temps, ces mêmes critères anciens sont formulés selon une étiologie psychiatrique (les hallucinations mensongères, les crises de nerfs, dans la décision de 1925, la pleine possession des facultés mentales, la défaillance mentale, dans celle de 1927) inconnue de la doctrine juridique classique.

- 36 De la même façon, le juge, dans sa décision du 14 mars 1934, fait usage des *usûl al-fiqh*, les principes de l'épistémologie doctrinale islamique, usage confirmé par la référence que ce même juge fait à la jurisprudence égyptienne, une décision du conseil supérieur de tutelle de 1923 en l'espèce<sup>57</sup>. D'après le juge, il existe deux options : selon la première, c'est en vertu d'un raisonnement par analogie (*qiyâsan*) tenu par le savant Abu Yusuf qu'il faut exclure que la tutelle revienne au père ; selon la seconde, c'est en vertu d'un raisonnement préférentiel (*istihsânan*) tenu par Muhammad al-Shaybani qu'il faut attribuer cette tutelle au père<sup>58</sup>. Le juge marque sa préférence pour cette deuxième option au motif essentiel de l'intérêt de l'enfant. Ce qu'il est frappant d'observer, dans ce cas, c'est que, bien qu'il se fonde sur un raisonnement propre aux *usûl al-fiqh*, le jugement témoigne d'un bouleversement structurel et procédural qui veut que l'on procède par voie de précédent judiciaire.
- 37 En outre, si l'argumentaire est propre aux *usûl al-fiqh*, il porte sur une affaire décrite dans les termes de la psychiatrie. On observe ainsi un travail de mise en équivalence des catégories de l'un et l'autre registre : qu'est-ce qui, dans le langage psychiatrique (la déficience des facultés mentales), est susceptible de correspondre à, dans le langage des *usûl*, la démence (*'ath*) ou la folie (*junûn*), à l'exclusion de la prodigalité (*safh*)<sup>59</sup> ? Autrement dit, quelle pathologie psychiatrique peut être qualifiée de « *junûn* » et donc se prêter au raisonnement préférentiel confiant la tutelle au père ? La décision souligne à cet effet que la personne en cause est internée dans un hôpital psychiatrique ou dans un département hospitalier spécialisé dans les maladies mentales, qu'elle a subi un examen médical, qu'elle doit suivre un traitement et que ses actes violents résultent d'une déficience de ses facultés mentales, toutes choses qui permettent de qualifier ce dont elle souffre de folie, de le distinguer de la simple prodigalité et, dès lors, de lui appliquer une des deux options suggérées par les *usûl* en matière de tutelle.

## D. Les troubles de la mémoire

- 38 La troisième décision que nous avons traduite, de 1949, en interdiction pour cause de troubles de la mémoire, présente la caractéristique particulière d'être fondée exclusivement sur le droit positif égyptien, à l'exclusion de toute référence au *fiqh* ou aux *usûl al-fiqh* (sinon une vague allusion à l'absence de contradiction avec le *shar'*, la Loi religieuse<sup>60</sup>). La motivation de cette décision renvoie à la loi N° 99 de 1947 et à la jurisprudence des conseils de tutelle<sup>61</sup>. On n'y trouve pas trace du langage doctrinal islamique, sauf les mots qui ont été repris par le lexique moderne, comme la démence

(*'ath*), l'imbécillité (*ghafla*), la prodigalité (*safh*). En revanche, sous la rubrique générique de « déficience des facultés mentales », il y est question d'examen médical (*fahs, kashf tibbî*<sup>62</sup>) par le médecin légiste (*tabîb shar'î*), de démence sénile (*idmihlâl 'aqlî shaykhûkhî*), de trouble mental (*khalal fi 'aql*) et de troubles de la mémoire (*da'f al-dhâkira*<sup>63</sup>), autant de termes appartenant sans ambiguïté au vocabulaire de la psychologie et de la psychiatrie modernes<sup>64</sup>. La juridiction considère que les troubles de la mémoire ne sont pas suffisants à eux seuls pour justifier une interdiction, contrairement à la démence (*'ath*) ou au trouble mental (*khalal fi 'aql*), mais qu'ils peuvent être les symptômes d'un syndrome plus grave. Elle ajoute que l'existence de cette pathologie de la mémoire doit être établie par voie d'expertise médicale, laquelle montrera si elle relève d'une faiblesse des facultés mentales qui, elle, ouvre la possibilité d'une interdiction.

- 39 On l'a dit, on l'a montré, la « faiblesse des facultés mentales » est une catégorie nouvelle dans le droit égyptien de la première moitié du vingtième siècle, qui s'inspire des sciences psychologique et psychiatrique modernes et tranche avec le vocabulaire de la doctrine classique. Encore faut-il parvenir à discerner ce que recouvre cette catégorie. En 1927, elle englobe le concept classique de démence (*'ath*<sup>65</sup>), lui-même caractérisé dans le *fiqh* – tel que résumé dans la décision – par le défaut d'entendement, l'expression confuse et la mauvaise gestion. En 1934, la même catégorie recouvre la folie (*junûn*), un terme connu de la doctrine classique, mais sans doute pas dans son sens médical moderne. Enfin, en 1949, la faiblesse des facultés mentales s'étend aux troubles de la mémoire, ignorés à notre connaissance dans le *fiqh* et les *usûl*. On a le sentiment très net, bien qu'on ne puisse prétendre à la moindre certitude, de discerner dans cette trajectoire l'esquisse d'une ontologie historique<sup>66</sup> de la faiblesse des facultés mentales, entre un point initial où, sous couvert d'une terminologie nouvelle, elle recouvre un concept doctrinal ancien, jusqu'à un point (provisoirement) final, où elle désigne une réalité psychiatrique nouvelle. Parallèlement, on peut percevoir comment droit et psychiatrie modernes fonctionnent tous deux non seulement par le jeu de catégorisations – la qualification en droit, la nosologie en psychiatrie –, mais aussi par la voie de recouvrements catégoriels – la classification psychiatrique pavant la voie de la classification judiciaire.

## IV. Conclusion

- 40 Le concept de « faiblesse des facultés mentales », tel que formulé par les juridictions égyptiennes, n'a cessé d'évoluer durant la première moitié du xx<sup>e</sup> siècle. Alors qu'il désigne, en 1925, une personne victime d'hallucinations mensongères et susceptible de crises de nerfs, il recouvre, en 1927, la démence, caractérisée par le défaut d'entendement, l'expression confuse et la mauvaise gestion ; en 1934, il vise la folie et, enfin, en 1949, les troubles de la mémoire. Les termes utilisés sont empruntés tantôt au lexique du *fiqh*, tantôt à celui la psychiatrie moderne. Les sources auxquelles puisent les juges appartiennent à la doctrine islamique classique, d'une part, mais aussi (et surtout) à la législation positive et à la jurisprudence des cours et tribunaux égyptiens. On observe que les juges s'inscrivent de plus en plus dans un ordre juridique positif, dans un système judiciaire national et dans une conception scientifique moderniste. Ainsi, à la fin des années 1940, les juridictions semblent marquer une nette préférence pour les termes de la psychologie et de la psychiatrie modernes, sans plus passer par le vocabulaire du *fiqh* ou des *usûl*, sauf à les investir d'un sens nouveau. Autrement dit, la

doctrine juridique islamique a cédé la place au droit positif et à la science psychiatrique.

- 41 Plusieurs modes opératoires se dégagent. Le premier, le plus évident, tient au remploi de la doctrine ancienne. Le second, assez manifeste aussi si l'on historicise rapidement les usages lexicaux, consiste dans l'intégration d'un vocabulaire inusité jusqu'alors. Entre les deux se niche un mode plus subreptice, qui tient à l'investissement des termes anciens d'un sens sensiblement différent. Les juges égyptiens ne sont pas ignorants de la doctrine islamique, hanafite tout particulièrement, mais ils ne la tiennent pas pour source exclusive et ils l'accommodent, petit à petit, créant de la sorte une jurisprudence. En outre, quand les affaires s'y prêtent, ces mêmes juges font appel à la science moderne, y compris la psychiatrie. Dans leur conception du droit et de la science, ces juges font preuve d'une tournure d'esprit résolument positiviste.
- 42 À la variété des modes opératoires, il faut ajouter le contexte de leur déploiement. En effet, toutes les juridictions, y compris les tribunaux de la *shar'ā*, font l'objet d'une restructuration radicale qui définit, par voie législative, le droit qu'ils sont tenus d'appliquer, la procédure à suivre et les voies de recours. Ce n'est pas seulement le droit substantiel qui évolue, mais aussi les façons de rendre la justice, dans une dynamique de création d'un État-nation moderne.
- 43 Si l'Égypte est colonisée par les Britanniques depuis 1882 et sous le régime du protectorat depuis 1914, il serait trompeur d'appréhender l'évolution que nous avons décrite sous le seul angle de la colonisation<sup>67</sup>. Contrairement au domaine de la psychiatrie, où l'influence de la doctrine anglaise du *non-restraint* s'est faite sentir, le protectorat a eu relativement peu d'incidence en matière juridique et judiciaire. Il y a même de bonnes raisons de croire que le droit et son application, dans leur version civiliste et à rebours de la Common Law, ont constitué un lieu de résistance à l'hégémonie britannique<sup>68</sup>. Il faut plutôt voir les choses sous l'angle du désir de modernité, si bien décrit par Fahmy<sup>69</sup>. Bien sûr, la mise en place des « tribunaux de la réforme », en 1875, s'explique, entre autres choses, par les effets de l'impérialisme européen sur l'Égypte. Ce n'est toutefois pas cette dimension-là qui a prévalu devant les juridictions indigènes, puis nationales, les tribunaux de la *shar'ā* et les conseils de tutelle, pour lesquels la jurisprudence des cours et tribunaux mixtes a souvent fonctionné comme un paradigme réformiste cosmopolite.
- 44 Si le colonialisme est un avatar de la modernité, il n'en est pas le synonyme, l'aspiration à celle-ci pouvant être le fait d'élites désireuses d'accompagner l'air du temps et convaincues de la nécessité de la réforme, comme dans l'empire ottoman et en Égypte. C'est sans doute, d'ailleurs, par ce circuit-là qu'il faut comprendre la dynamique qui a eu cours : dans leurs ambitions réformistes, les Ottomans ont largement puisé à la source française ; dans leur volonté de créer un État, dynastique d'abord, national ensuite, les Égyptiens se sont abreuvés à la source ottomane, avant d'aller directement à la source originale. Droit et science ont accompagné le mouvement, séparément ou conjointement, comme le montre le développement de la médecine légale.
- 45 L'étude de l'activité judiciaire égyptienne de la première moitié du vingtième siècle, telle qu'en rend compte une lecture systématique de la revue *al-Muhâmâ*, nous propose un tableau très différent de celui des pays du Maghreb directement colonisés par la France. C'est celui d'une instance singulière de l'avènement et de la globalisation du modèle positiviste, dans le droit comme dans la science, tous deux mus par une commune aspiration à la mathématisation du monde, à l'objectivation de la société, qui

associe la justesse des mesures à la justice dans les relations humaines<sup>70</sup>. Ce positivisme n'est pas allogène, il n'est pas imposé par la puissance coloniale, il est, entre les mains des élites dirigeantes du pays, dès avant sa colonisation, un « talisman de modernité »<sup>71</sup>. Comme le montre si bien Tawfiq al-Hakim (1898-1987), dans son *Journal d'un substitut de campagne*<sup>72</sup>, il n'est pas sûr que ce talisman ait concerné l'ensemble de la société, loin s'en faut. Dans ce roman, l'application du droit pénal de l'État, incarné par le substitut, traduit une fracture sociale béante entre des élites autoritaires et une paysannerie déconnectée et subjuguée. Le droit est ainsi devenu l'instrument emblématique de la modernisation, autoritaire dans la forme, sélective dans ses bénéficiaires, inaboutie dans ses résultats.

---

## NOTES

1. K. Fahmy, *In Quest of Justice: Islamic Law and Forensic Medicine in Modern Egypt*, Oakland, University of California Press, 2018.
2. Nous avons suivi un système translittération simplifiée n'indiquant pas les points diacritiques pour les termes arabes. Pour les noms propres (lieux, personnes, institutions), nous ne marquons pas non plus les voyelles longues.
3. *al-Muhâmâ*, Le Caire, Naqabat al-muhamin, 1920-1952.
4. B. Dupret, *Positive Law from the Muslim World: Jurisprudence, History, Practices*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
5. Pour une présentation du système égyptien, voir B. Dupret et N. Bernard-Maugiron « Introduction : A general Presentation of Law and Judicial Bodies », *Egypt and Its Laws*, dir. N. Bernard-Maugiron and B. Dupret, Londres-La Haye-New York, Kluwer Law International, 2002 ; L. Wood, *Islamic Legal Revival: Reception of European Law and Transformations in Islamic Legal Thought in Egypt, 1875-1952*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 21-46 ; K. Fahmy, *op. cit.*, p. 81-84.
6. Cette évolution d'« ahli »/indigène à « watanî »/national est révélatrice des transformations de l'identité égyptienne, ainsi que de l'émergence du nationalisme et de son corollaire, l'État-nation. Pour parler de nationalité, on utilise aujourd'hui le terme « jinsiyya », qui dérive du mot « jins », lui-même une arabisation du mot grec « genos » (genre, catégorie, ensemble homogène) (J. Culang, *Liberal Translations : Secular Concepts, Law, and Religion in Colonial Egypt*, New York, CUNY Academic Works, 2017, p. 114).
7. *Kitâb al-ahkâm al-shar'iyya fî-l-ahwâl al-shakhsiyya 'alâ madhhab al-imâm Abî Hanîfa al-Nu'mân* (Le Livre des règles de la *sharî'a* en matière de statut personnel selon l'école de l'imam Abu Hanifa al-Nu'mân), Le Caire, al-Matba'a al-'uthmâniyya al-misriyya, 1347/1875. Il s'agit de la codification officieuse de ce que Muhammad Qadri appelle, pour la première fois dans la terminologie juridique arabe, le « statut personnel » (*al-ahwâl al-shakhsiyya*), pour désigner cette partie du droit civil, distincte du statut réel.
8. Plusieurs hypothèses s'opposent en ce qui concerne l'appellation de ces nouvelles juridictions hybrides : soit l'adjectif « hasbiyya » renverrait à un acte méritoire aux yeux de Dieu, soit il renverrait à l'idée de calcul (voir *Lisân al-'arab* [La Langue des Arabes], éd. Ibn Manzur, Beyrouth, Dar sadir, vol. 1, 1955-6, p. 310-317).

9. R. Shaham, *Family and the Courts in Modern Egypt: A Study based on Decisions by the Sharī'a Courts, 1900-1955*, Leyde, Brill, 1997, p. 12 ; L. Wood, *op.cit.*, p. 33 ; S. A. Abu-Sahlieh, *Religion et droit dans les pays arabes*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2009.
10. S. Sidarouss, « Les Maglis Hasby et les institutions correspondantes patriarcales ou rabbiniques en Égypte », *L'Égypte contemporaine : revue de la Société égyptienne d'économie politique, de statistique et de législation*, 1, 1910, p. 123-167.
11. J. François, « Le problème de la haute tutelle et l'institution égyptienne des méglis hasbys », *Société de législation comparée*, 62, 1933, p. 484.
12. C'est-à-dire les anciens tribunaux indigènes (*mahâkim ahliyya*), rebaptisés tribunaux nationaux (*mahâkim wataniyya*) en 1936.
13. Le mot arabe « *naqâba* » est utilisé pour désigner les organisations professionnelles officiellement reconnues par l'État, on le traduit généralement par « syndicat ».
14. Les premières vraies réglementations de la profession d'avocat datent de 1888, lorsqu'ont été précisées les conditions d'âge, de moralité et de compétence. En 1893 s'est ajoutée l'exigence d'un diplôme, de l'école khédivale de droit ou d'une institution étrangère équivalente. Les droits et les obligations de l'avocat ont été précisés. Voir D.M. Reid, « The Rise of Professions and Professional Organizations in Modern Egypt », *Comparative Studies in Society and History*, 16/1, 1974, p. 24-57.
15. N. Khouri, « L'aliénation mentale et la maladie mentale : les fondements d'une circulation des savoirs en Égypte au XIX<sup>e</sup> siècle », *Outre-mers*, 92, 2005, p. 107.
16. K. Fahmy, *All the Pasha's Men: Mehmed Ali, His Army and the Making of Modern Egypt*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
17. N. Khouri, *op. cit.*, p.113.
18. M. A. Mayers, *A Century of Psychiatry: The Egyptian Mental Hospitals*, Thèse de doctorat, Princeton University, 1984, p. 6.
19. K. Fahmy, *In Quest of Justice...*, *op. cit.*, p. 257-61.
20. *Ibidem*, p. 110.
21. Il convient de souligner l'utilisation du terme « *nafsânî* » dans son sens moderne de « psychologique ». Bien que ce terme ait une longue histoire dans l'islam et le mysticisme islamique, il fait alors référence à l'âme plutôt qu'aux facultés mentales.
22. K. Fahmy, *In Quest of Justice...*, *op. cit.*, p. 259.
23. M. A. Mayers, *A Century of Psychiatry...*, *op. cit.*, p. 158.
24. M.A. Mayers, *op.cit.*, p.160.
25. *Ibid.*, p.161.
26. L'ouvrage de Ron Shaham (1997), dans son étude des tribunaux de la *sharī'a* du début du vingtième siècle, traite de la revue sœur d'*al-Muhâmâ*, *al-Muhâmâ al-shar'iyya*.
27. B. Dupret, *Positive Law from the Muslim World...*, *op. cit.* ; B. Dupret, A. Bejerimi et A. U. Yakin, « Faire du neuf avec du vieux ? Qualifier la prodigalité devant la justice égyptienne de la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle », *Revue d'histoire du droit français et étranger*, à paraître.
28. Notons l'usage du terme *qadâ'* pour désigner le concept de jurisprudence (*case law*), qui n'existe pas à proprement parler dans la doctrine juridique islamique, davantage centrée sur le travail des juristes.
29. On a retrouvé l'expression « *hâfiz 'alâ quwâhi al-'aqliyya* » dans l'ouvrage de Muhammad Farid bey (m. 1338/1919), *Târîkh al-dawla al-'aliyya al-'uthmâniyya* [Histoire du haut empire ottoman], éd. Ihsan Haqqi, Beyrouth, Dar al-nafa'is, 1401/1981, p. 593, ainsi que dans un ouvrage de *fiqh*, *Takmila al-majmû' sharh al-muhazzab li-Abî Ishâq al-Shirâzî* (393-476/1003-1083), tome 18, p. 323, rédigé par huit grands oulémas égyptiens ('Adil Ahmad 'Abd al-Mawjud *et al.*, *Takmila al-majmû' sharh al-muhadhhab li-Abî Ishâq al-Shirâzî* (393-476/1003-1083) [Complément au compendium d'explication du *Muhadhhab* d'Abu Ishaq al-Shirazi], Beyrouth, Dar al-kutub al-'ilmiyya, 27 tomes, ou même dans une décision du tribunal de la *sharī'a* de première instance de Tanta, datée du 7 mai 1931, sur une affaire du partage de l'héritage d'un Grec chrétien copte, citée dans

S. Claim, « Claim of the United States of America on behalf of George J. Salem v. The Royal Government of Egypt under Protocol of January 20, 1931 », *The Department of State Arbitration Series*, 4/4, N° 367, 1932, p. 10.

30. Nous avons traduit 'urfî par conventionnel, sans certitude toutefois sur l'exactitude de ce choix.

31. *al-Muhâmâ*, Année 7, N° 6, Mars 1927, p. 574.

32. Selon l'article 6 du décret du 19 novembre 1896, les décisions des conseils de tutelle qui se prononcent sur les demandes en interdiction, la mainlevée ou le maintien de la tutelle après l'âge de dix-huit ans peuvent être renvoyées en appel à la cour d'appel indigène, à l'initiative de tout intéressé ou du ministère public, endéans le mois suivant la date de leur prononcé.

33. Il y a manifestement une erreur dans le texte de la décision ou sa reproduction par *al-Muhâmâ*, qui parle de « première opinion » alors qu'il s'agit de la deuxième, celle qui procède du raisonnement préférentiel.

34. *al-Muhâmâ*, Année 17, N° 4, Décembre 1936, p. 464-465.

35. Sur les *usûl al-fiqh*, voir A. Zysow, *The Economy of Certainty: An Introduction to the Typology of Islamic Legal Theory*, Atlanta, Lockwood Press, 2013 ; voir aussi, pour une présentation rapide et simplifiée, B. Dupret, *La Charia. Des sources à la pratique, un concept pluriel*, Paris, La Découverte, 2014 et B. Dupret, A. Bejerimi et A. U. Yakin, *op. cit.* La science des fondements, véritable épistémologie de la doctrine juridique islamique, accorde une grande importance à la question de la capacité (*ahliyya*). Mulla Khristo définit *ahliyya* comme « une habilitation à avoir des droits et des obligations en vertu du fait d'être un humain » (cité dans K. Chaleby, *Al-Junûn: Mental Illness in the Islamic World*, Madison, International Universities Press, 2000, p. 71). Le principe est que toute personne qui atteint l'âge de la maturité (*bulûgh*) est capable mentalement, sauf stipulation contraire. Celui qui est capable mentalement est doué de raison ('*âqil*), pleinement responsable (*mukalla*) et capable de volonté délibérée ('*amad*) (J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Oxford University Press, 1964). Le fou (*majnûn*) est dépourvu de raison et de volonté délibérée, il est donc susceptible d'être interdit et d'être déclaré incapable juridiquement. Notons l'absence d'étiologie psychiatrique définissant tous ces « états ».

36. Le même argumentaire est repris dans les décisions N° 405 du 24 juin 1923 et N° 202 du 19 octobre 1930.

37. « *Tabîb shar'î* » est une expression moderne qu'on a retrouvée dans l'encyclopédie *Mawsû'a al-tibb al-shar'î: Jarâ'im al-i'tidâ' 'alâ al-ashkhâs wa-l-amwâl* [Encyclopédie de la médecine légale. Atteintes à la personne et à la propriété], Le Caire, Dar al-fikr wa-l-qanun li-l-nashr wa-l-tawzi', 2013, tome 2 ou dans le recueil d'avis de l'autorité égyptienne en charge des avis religieux (Dar al-ifta' al-misri). On le trouve aussi dans le dictionnaire *Mu'jam al-lugha al-'arabiyya al-mu'âsira* [Le Dictionnaire de la langue arabe contemporaine], éd. Ahmad Mukhtar 'Abd al-Hamid, Beyrouth, 'Alam al-kutub, 1429/2008, 4 tomes, p. 1182.

38. L'expression « '*aqlî shaykhûkhî* » est un prédicat psychologique et psychiatrique moderne qui accompagne un substantif : « '*da'f* », comme on l'a trouvé dans *Amrâd al-'asr wa-l-musâ'ala al-tibbiyya* [Les Maladies contemporaines et la responsabilité médicale], dir. Usama Ukka *et al.*, Amman, Mu'assasa 'Abd al-Hamid Shuman, 2007, p. 171) ou dans M. K. Khuli, *al-Tibb al-nafsî al-shar'î* [Psychiatrie légale], Beyrouth, Dar al-katib al-'arabi, 1969) ; « '*idmihlâl* », comme dans plusieurs des décisions étudiées ; ou encore « '*ath* », comme on a pu le lire dans le dictionnaire *Mu'jam al-lugha al-'arabiyya al-mu'âsira* (1429/2008, tome 2, p. 1455) : « Démence sénile : (médecine) une dégénérescence anormalement rapide des facultés mentales et de l'équilibre émotionnel chez les personnes âgées à la suite d'une maladie organique ou d'un trouble cérébral accompagné de troubles mentaux et de changements de personnalité ».

39. « '*Khalal fî 'aqlihi* » est une expression psychologique et psychiatrique moderne qu'on retrouve par exemple dans le dictionnaire *Mu'jam al-lugha al-'arabiyya al-mu'âsira* (1429/2008, tome 1,

p. 691) : « Trouble mental : déséquilibre mental – trouble de la mémoire : faiblesse et déficience de celle-ci ».

40. *al-Muhâmâ*, Année 30, N° 9 et 10, Juin 1950, p. 1262-1264.

41. La décision de 1930 ne fait pas non plus référence au *fiqh*. Elle place le *'ath* sur une échelle, entre la faiblesse des facultés mentales et la folie. La faiblesse mentale sénile (*da'if 'aqlî shaykhûkhi*), qui doit être établie par voie de rapport médical, est assimilée à une faiblesse des facultés mentales mais pas à un état de démence.

42. « Attendu qu'il apparaît clairement des deux témoignages médicaux présentés par l'appelant que la personne dont l'interdiction est demandée était affectée, depuis l'été 1931 jusqu'à janvier 1933, en raison de son grand âge (*kibr sinn*), d'un état que le conseil de tutelle a considéré comme une cause de son interdiction. Ceci ne contredit pas ce qu'a indiqué le médecin légiste, à savoir que [cette personne] ne souffre pas de troubles paniques (*amrâd bâniya*) ou nerveux (*'asabiyya*) (...) », voir *al-Muhâmâ*, Année 16, N° 5, Février 1936, p. 502.

43. Ibrahim b. al-Sirri b. Sahal Abu Ishaq al-Zujaj, *Ma'ânî al-qur'ân wa i'râbuhu*, Beyrouth, 'Alam al-kutub, 1408/1988, 5 tomes, éd. 'Abd al-Jalil Abduh Shalabi, p. 238.

44. Sans doute l'auteur ultérieur a-t-il reproduit directement les propos de son prédécesseur.

45. Abu Muhammad Makki b. Abi Thalib Hammush b. Muhammad b. Mukhtar al-Qisi al-Qayrawani al-Andalusi al-Qurtubi al-Maliki, *al-Hidâya ilâ bulûgh al-nihâya*, Sharja, Jami'a al-shariqa, 1429/2008, 13 tomes, p. 4197.

46. *al-Muhâmâ*, Année 30, N° 1-2, Septembre 1949, p. 130-132.

47. *Mu'jam al-lugha al-'arabiyya al-mu'âsira* [Le Dictionnaire de la langue arabe contemporaine], éd. Ahmad Mukhtar 'Abd al-Hamid, Beyrouth, 'Alam al-kutub, 1429/2008, 4 volumes, p. 826. Dans le même dictionnaire, on retrouve la définition suivante de l'« état mental » : « Le retard mental : (psy) un état mental héréditaire ou acquis dont le détenteur est caractérisé par un faible niveau d'intelligence (*mustawâ mukhaffad min al-dhakâ'*) et d'un déficit de la capacité (*qusûr fî-l-qudra*) à l'adaptation (*al-takayyuf*) sociale et professionnelle », p. 71.

48. Muhammad Mutawalli al-Sha'rawi, *Tafsîr al-Sha'râwî* [L'exégèse de Sha'rawî], Le Caire, Matabi' akhbar al-yawm, 1997, 20 tomes, p. 5131.

49. *al-Muhâmâ*, Année 4, N° 1, Octobre 1923, p. 19.

50. *al-Muhâmâ*, Année 11, N° 6, Mars 1931, p. 612.

51. Muhammad Tahir b. 'Ashur, *al-Tahrîr wa-l-Tanwîr* [Libérer et éclairer], Tunis, al-Dar al-tunisiyya li-l-nashr, 1393/1984, 30 tomes, tome 17, p. 202.

52. 'Abd al-Qadir 'Awda, *al-Tashrî' al-jinâ'i al-islâmî muqâranan bi-l-qânûn al-wad'î* [La Législation pénale islamique comparée au droit positif], Beyrouth, Dar al-kutub al-'arabiyya, 2 volumes, sans année.

53. B. Dupret, *Positive Law from the Muslim World...*, op. cit.

54. Gianluca Parolin a bien montré que c'est à Tahtawi que l'on doit la tentative de traduire l'idée de droit objectif par le terme arabe *shar'î* (Parolin G., « Introduction : Comment parle-t-on du "droit" en Égypte ? », *Études Arabes*, 112, 2015, p. 1-22). Cet usage ne s'est pas imposé, mais il en reste des séquelles, comme dans les termes « *tashrî'* » (législation ; p. ex. : *al-tashrî'ât al-misriyya*, les lois égyptiennes) et « *shar'î* » (légal, légiste ; p. ex. : *al-tabîb al-shar'î*, le médecin légiste).

55. Sans parler du parcours historique extraordinaire du mot *qânûn*, depuis son origine grecque jusqu'à ses usages contemporains, en passant par son emploi ottoman.

56. Deux décisions de 1918 et 1922, parues au Recueil officiel des tribunaux indigènes [*al-Majmû'at al-rasmiyya li-l-mahâkim al-ahliyya*], N° 65, 25 décembre 1922, p. 114 ; N° 21, 25 juin 1918, p. 24, publiées par *al-Muhâmâ*, Année 7, N° 6, mars 1927, p. 574.

57. « Attendu que, [sur la question de] la personne qui a atteint l'âge de la majorité (*balâgha*) saine d'esprit (*'âqîlan*) puis [a été atteinte de] démence (*'ath*), les législateurs (*musharri'ûn*) sont en désaccord sur [la question de savoir si] la tutelle revient au père. On dit qu'elle ne revient pas au père, en vertu d'un raisonnement par analogie (*qiyâsan*), et qu'elle lui revient, en vertu d'un



raisonnement préférentiel (*istihsân*), du premier côté un propos d' Abu Yusuf, du second côté un propos de Muhammad » (*al-Muhâmâ*, Année 3, N° 10, Juillet 1923, p. 500). On notera l'usage original du terme « *musharri'* », qui sert aujourd'hui à désigner le législateur, au sens législatif du terme, pour parler des savants de la *sharî'a*. Peut-être s'agit-il d'une erreur typographique. En tout cas, le juge de 1934 ne s'y trompe pas, qui préfère parler de « *mutasharri'* », qui rend plus exactement l'idée de personne versée en matière de *sharî'a*.

58. Cette querelle oppose Abu Yusuf (738-798) et Muhammad al-Shaybani (749-805), deux disciples d'Abu Hanifa, et porte sur la question de savoir à qui revient la tutelle après qu'une personne a été déclarée démente ou folle. Pour Shaybani (« l'imam Muhammad »), la tutelle de la personne majeure démente revient à son tuteur légal, à commencer par son père, en vertu d'un raisonnement préférentiel (*istihsân*) privilégiant l'intérêt (*maslaha*) de la personne interdite. Pour Abu Yusuf, en revanche, qui se fonde pour sa part sur un raisonnement par analogie (*qiyâs*), la tutelle doit revenir à quelqu'un d'autre. Une note de doctrine parue dans *al-Muhâmâ* porte sur les effets de l'interdiction sur les transactions passées du prodigue dans la doctrine hanafite (*al-Muhâmâ*, Année 17, N° 8, Avril 1937, p. 942).

59. D'après les juristes, le '*ath* (démence) est l'une des formes du *junûn* (folie). Dans toutes les matières (pratiques rituelles, transactions, finances, relations familiales, etc.), ce qui vaut pour le *junûn* vaut pour le '*ath* (*al-Mawsû'a al-fiqhiyya* [L'Encyclopédie du fiqh], Koweït, Ministère des waqfs et des affaires islamiques, entrée « '*ath* », 1414/1993, vol. 29, p. 276). *Junûn* et '*ath* partagent les mêmes critères : défaut d'entendement (*qillat al-fahm*), expression confuse (*ikhtilât al-kalâm*), mauvaise gestion (*fasâd al-tadbîr*). Ce qui les distingue, c'est la violence (physique et verbale). Celui qui souffre de '*ath* ne frappe et n'insulte personne (*lâ yadrib wa lâ yashtum*), contrairement à celui qui est atteint de *junûn* (Wahbah al-Zuhayli, *al-Fiqh al-islâmî wa adillatuhu* [La Doctrine islamique et ses preuves], Damas, Dar al-fikr, 1985, 2<sup>e</sup> éd., vol. 4, p. 128), et *al-Mawsû'a al-fiqhiyya* [L'Encyclopédie du fiqh], Koweït, Ministère des waqfs et des affaires islamiques, entrée « *junûn* », 1409/1989, vol. 16, p. 99. Cette même distinction explique que, dans la décision de 1925 portant sur une question similaire, l'interdiction est justifiée par le '*ath* et non le *junûn* : il n'y a pas eu de recours à la violence.

60. La question se pose de savoir si l'absence de référence au *fiqh* s'explique par l'absence de tout juge religieux dans les juridictions indigènes puis nationales, mais seulement de juges formés à la faculté de droit moderne.

61. Cf. *supra*.

62. Sur l'expertise médicale et son importance devant les juridictions égyptiennes du dix-neuvième siècle, voir K. Fahmy, *In Quest of Justice...*, *op. cit.*, . « *Kashf tibbî* » et « *fahs tibbî* » sont des expressions modernes qu'on a pu retrouver, par exemple, dans K. H. Ahmad et al., *Mawârid al-bashariyya fî dâ'ira al-ihtirâf* [Les Ressources humaines en matière professionnelle], Riyad, Maktaba al-qanun wa-l-iqtisad, 1435/2014, dans A. H. S. al-Na'im et H. A. Y. al-Zubayr, *al-Ahkâm al-shar'îyya wa-l-qânûn li-l-fahs al-tibbî mâ qabl al-zawâj* [Les Règles de la *sharî'a* et du droit sur l'examen médical prénuptial] Le Caire, Dar al-mu'tazz, 1437/2016, pp. 203-236 ou dans M. b. M. al-Mukhtar al-Shinqiti, *Ahkâm al-jarâha al-tibbiyya wa al-âthâr al-murattaba 'alayhâ* [Règles de la chirurgie et des suites qui lui sont liées], Djedda, Makatib al-sahaba, 1415/1994, p. 188.

63. « *Da'f al-dhâkira* » est une expression psychologique et psychiatrique moderne, comme en atteste le titre de l'ouvrage de neurologie *Ce que vous ne savez pas des troubles de la mémoire* ('Abd al-Latif Musa 'Uthman, *Mâ lâ ta'rifûhu 'an da'f al-dhâkira* [Ce que vous ne savez pas sur les troubles de la mémoire], Le Caire, Faculté de médecine, Université d'al-Azhar, 1418/1998). Nous avons retrouvé cette même expression dans l'ouvrage de *fiqh* du cheikh Wahbah al-Zuhaylî (1985, vol. 1, p. 460), *al-Fiqh al-islâmî wa adillatuhu*, une référence majeure dans le monde musulman actuel.

64. Alors que, précédemment, les critères de la faiblesse des facultés mentales pouvaient être d'ordre plus moral, comme l'« incapacité à distinguer le bien du mal ».

65. Encore faudrait-il voir si l'acception classique du '*ath* correspond à son acception moderne.

66. I. Hacking, *Historical ontology*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
67. Nous pensons, à ce sujet, que c'est aux tenants de la thèse de la pertinence du contexte colonial, qui fonctionne comme un postulat, qu'il appartient de la documenter, plutôt qu'à ceux qui la contestent, pour qui le déterminant colonial n'est pas établi et donc pas pertinent, jusqu'à preuve du contraire.
68. N. Brown, *The Rule of Law in the Arab World: Courts in Egypt and the Gulf*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
69. K. Fahmy, *In Quest of Justice...*, *op. cit.*
70. A. Desrosières *La Politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, Paris, La Découverte, 1993.
71. J.-L. Halpérin, *Five Legal Revolutions Since the 17<sup>th</sup> Century: An Analysis of a Global Legal History*, Cham, Springer, 2014.
72. *Yawmiyyât nâ'ib fi-l-aryâf*, 1938, traduction française T. El Hakim, *Un substitut de campagne en Égypte*, Paris, Plon, 2009.
- 

## RÉSUMÉS

Droit et médecine connaissent un développement particulier, en Égypte, dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle. Les différentes juridictions égyptiennes sont amenées à traiter, au pénal comme au civil, d'affaires présentant une dimension psychiatrique. Par le truchement de la revue *al-Muhâmâ*, il s'agit de rendre compte des croisements multiples de savoirs et de catégories, de leur localisation dans la dynamique juridique et judiciaire égyptienne contemporaine, et des mutations qu'ils impliquent dans la compréhension aussi bien du droit que du psychisme humain, à un moment historique charnière pour l'Égypte.

Law and medicine have known a specific development, in Egypt, at the beginning of the 19<sup>th</sup> century. The different Egyptian courts dealt with cases that implied a psychiatric dimension in both penal and civil proceedings. Through the journal *al-Muhâmâ*, it is aimed to give an account of the multiple intersections of knowledge and categories, their location in the contemporary Egyptian legal and judicial dynamic, and the mutations that they imply in the understanding of both law and the human psyche, at a pivotal historical moment for Egypt.

## INDEX

**Mots-clés** : droit, aliénation mentale, conseils de tutelle, al-Muhâmâ, Égypte

**Keywords** : law, insanity, guardian courts, al-Muhâmâ, Egypt

## AUTEURS

AYANG UTRIZA YAKIN

Post-doctorant

Les Afriques dans le Monde, Sciences Po Bordeaux / Université catholique de Louvain

**AYA BEJERMI**

Doctorante en droit

Les Afriques dans le Monde, Sciences Po Bordeaux

**BAUDOUIN DUPRET**

Directeur de recherche, CNRS

Les Afriques dans le Monde, Sciences Po Bordeaux