Le social dans le droit : le statut personnel dans la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne

Bettina Dennerlein

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/ema/991>

DOI : 10.4000/ema.991

ISSN : 2090-7273

Éditeur

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

Édition imprimée

Date de publication : 31 décembre 1999

Pagination : 93-106

ISBN : 2-87027-816-0

ISSN : 1110-5097

Référence électronique

Bettina Dennerlein, « Le social dans le droit : le statut personnel dans la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne », *Égypte/Monde arabe* [En ligne], 2 | 1999, mis en ligne le 08 juillet 2008, consulté le 07 juillet 2022. URL : <http://journals.openedition.org/ema/991> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ema.991>

Ce document a été généré automatiquement le 7 juillet 2022.

Tous droits réservés

Le social dans le droit : le statut personnel dans la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne

Bettina Dennerlein

- 1 « Droit sacré », « droit élaboré par les juristes » : très longtemps, le discours scientifique sur le droit musulman contemporain a été dominé par l'idée que ce droit était « spécifique » (Schacht, 1969 ; Layish, 1978 ; Mayer, 1990)¹. Depuis les années quatre-vingt cependant, on « redécouvre » son côté social ou « pratique » (Henry, 1989). C'est dans ce contexte que la relation entre droit musulman et droit positif ou étatique a été reformulée dans les termes d'une sociologie du droit mettant l'accent sur les acteurs du « champ juridique » (Bourdieu, 1986) ou sur les acteurs politiques, sur leurs stratégies respectives et sur l'utilisation qu'ils font des différents systèmes ou répertoires juridiques disponibles dans une situation donnée (Botiveau, 1993 et 1997 ; Dupret et Ferrié, 1997). Par ailleurs, le recours à l'anthropologie du droit a permis de souligner le caractère « symbolique » de ce dernier (Geertz, 1983). Les différents systèmes ou répertoires juridiques peuvent alors, au-delà de leur dimension technique et de leur signification politique, être considérés comme l'expression de différentes façons d'« imaginer » ou de représenter la société (Botiveau, 1989 ; Dupret, 1996).
- 2 Cependant, l'analyse concrète d'un domaine de droit comme celui du statut personnel fait ressortir, en dehors des champs juridique et/ou politique, un troisième élément décisif qui semble structurer les interprétations et les utilisations du droit, à savoir les normes et les valeurs extra ou suprajuridiques propres au « champ social » en question (Dennerlein, 1998). L'hypothèse qu'il s'agira de développer ci-dessous pose que cet élément transparaît même dans un contexte hautement politisé, comme c'est le cas pour la jurisprudence constitutionnelle égyptienne des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix.

La notion de « champ social »

- 3 Alors que la notion classique de pluralisme juridique avait été forgée pour désigner la coexistence entre droits « traditionnels » et droit « moderne » dans les sociétés colonisées, elle sert aujourd'hui également d'outil théorique pour analyser les sociétés capitalistes « avancées » et soi-disant homogènes. Toutefois, cette nouvelle notion de pluralisme juridique ne se limite guère à des situations de coexistence entre systèmes juridiques au sens étroit du terme, mais se rapporte plutôt à des structures et des pratiques normatives très diverses et en souligne les différents contextes sociaux². Pour faire apparaître le caractère socialement conditionné ou « contextualisé » du droit, Sally F. Moore a proposé, dans un article fondateur, de poursuivre l'étude anthropologique du droit dans le cadre de « champs sociaux semi-autonomes ». « L'approche que nous proposons consiste à ce que le champ étroit observé par l'anthropologue soit choisi et étudié en termes de semi-autonomie, c'est-à-dire de sa capacité à générer au niveau interne des règles et coutumes, tout en étant également vulnérable aux règles, décisions et autres contraintes émanant du monde plus large qui l'entoure. » (Moore, 1973, p. 720) Plus spécialement, Moore s'intéresse aux mécanismes qui déterminent la relation entre « l'ordre juridique » propre à un champ social semi-autonome et le droit édifié par l'État : « (...) l'étude attentive des champs sociaux semi-autonomes suggère fortement que les multiples processus qui rendent effectives les règles produites au niveau interne sont souvent les forces mêmes qui imposent le mode d'obéissance ou de désobéissance aux règles juridiques de l'État. » (*ibidem*, p. 721)
- 4 Pourtant, dans la perspective dessinée par Moore, le droit étatique, à la différence de tout autre ordre juridique, semble pour ainsi dire extérieur à l'ensemble des structures ou des champs sociaux. C'est précisément sur cette question de la relation entre droit étatique et champ social que l'approche théorique développée plus récemment par Bonaventura de Sousa Santos semble être plus concluante. En critiquant le débat sur le pluralisme juridique, Santos préfère parler de six « modes élémentaires de production de droit » et de six « formes élémentaires de droit » ancrés dans les structures sociales concrètes que sont la famille (le mariage et la parenté), l'usine, le marché, la communauté, l'État et le système ou les agences internationales (Santos, 1995, p. 416 *sqq.*). D'après Santos, ces structures (ou *structural places*) et leurs formes respectives de droit sont autonomes tout en étant liées l'une à l'autre et en s'interpénétrant mutuellement. En ce qui concerne la relation entre le « droit territorial » et le « droit domestique » (caractérisé, d'après Santos, par des valeurs patriarcales et un système de « contrôle social primaire »), Santos souligne leur interdépendance : « Plus qu'une table rase sur laquelle l'État viendrait inscrire sa légalité, l'espace domestique est un champ social complexe dans lequel l'État et la légalité domestique sont engagés dans un processus constant d'interaction, de négociation, de compromis, de conflit, de renforcement mutuel, de neutralisation mutuelle. » (*ibid.*, p. 430) Sous cet angle, les différentes pratiques du droit ne sont pas que des simples « irrégularités » : « (...) ce qui apparaît superficiellement comme un problème de décalage entre le droit-dans-les-livres et le droit-en-action est en réalité un processus constant de lutte et de négociation entre le droit de l'État et le droit familial et domestique. » (*ibid.*, p. 431)³
- 5 C'est en m'inspirant de ces réflexions que je me propose, dans le présent article, d'analyser la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle (HCC) égyptienne en matière de statut personnel, en mettant l'accent non pas sur la « spécificité » du droit musulman, mais sur celle du champ social qu'est la famille ou, plus précisément, sur la relation entre ce champ social et le droit (étatique) de la famille.

Les réformes du statut personnel musulman en Égypte

- 6 S'agissant des réformes du droit musulman du statut personnel, on présuppose encore souvent une évolution quasi « naturelle » de la société en général et de la famille en particulier, qui transformerait des structures caractérisées par la hiérarchie et l'hétéronomie, donc des structures « traditionnelles », en structures « modernes » caractérisées par l'égalité et par l'autonomie individuelle. Dans cette perspective, les réformes du droit du statut personnel sont censées suivre à long terme cette évolution générale (Anderson, 1968 ; Cilardo, 1985, p. 97)⁴. Cependant, dans la réalité, les transformations sociales ainsi que les réformes de droit se révèlent souvent peu compatibles avec ces hypothèses. Tout en refusant d'imposer le principe d'égalité en tant que tel, le législateur semble vouloir stabiliser le mariage et protéger la famille sans pour autant en changer les structures de base⁵.
- 7 Ainsi, à la différence du droit musulman traditionnel qui conçoit le mariage comme une relation contractuelle et strictement privée selon le modèle du contrat synallagmatique⁶, les réformes du statut personnel musulman introduites en Égypte depuis la fin du XIX^e siècle visent avant tout la formalisation de la conclusion du mariage ainsi que celle de sa dissolution. Les résultats de ces réformes restent ambivalents. D'un côté, la formalisation du mariage peut créer une certaine sécurité juridique. Mais, en même temps, la manipulation ou l'éviction d'une application stricte de la loi (dans l'intérêt d'hommes ou de femmes, selon le cas), courantes dans la pratique judiciaire antérieure, sont rendues plus difficiles, voire impossibles. Ainsi, par exemple, la possibilité pour la femme d'obtenir le divorce a été codifiée et par là plus strictement réglementée⁷. Les réformes ont par ailleurs partiellement élargi l'obligation d'entretien incombant au mari au bénéfice de sa femme et de ses enfants et en ont souligné le caractère juridiquement exigible. Enfin, on a fixé un délai de viduité (*'idda*), ainsi qu'une durée maximale de la grossesse afin d'y limiter les versements de la pension alimentaire due à la femme par le mari, après la dissolution du mariage (Cilardo, 1985 ; Shaham, 1997, p. 53-67, 113-138, 145 *sqq.*, 149-152)⁸.
- 8 Tandis que la formalisation du mariage et la réglementation de l'obligation d'entretien semblent être largement acceptées, toute mesure touchant à la relation entre les sexes et pouvant aboutir à la promotion des droits de la femme reste contestée. C'est pour cette raison que le décret-loi n° 44 de 1979 (promulgué par Anouar al-Sadate), qui vient compléter et partiellement réviser le décret-loi n° 25 de 1929⁹, dernier texte codifiant le droit du mariage et de la famille, fut fortement critiqué¹⁰. La loi n° 100 de 1985, qui est venue remplacer ce texte après que la HCC en eut déclaré l'inconstitutionnalité pour des raisons de procédure¹¹, reprend la plupart des réformes introduites en 1979¹². C'est surtout vrai pour les réformes concernant l'obligation du père de subvenir à l'entretien et au logement de ses enfants mineurs¹³. Par ailleurs, les mesures visant à formaliser la répudiation ont été maintenues¹⁴. De même, la possibilité d'accorder à la femme un don de consolation (*mut'a*) équivalent au montant de sa pension alimentaire pour une période d'au moins deux ans, en cas de répudiation non fondée, a été retenue¹⁵. Par contre, le droit de la femme d'obtenir une « répudiation judiciaire » (*tatlîq*) en cas de polygamie a été sensiblement restreint. Tandis que le décret-loi n° 44 de 1979 faisait du mariage parallèle un préjudice en soi, qui permettait le *tatlîq*, la nouvelle loi n° 100 de 1985 ne permet le *tatlîq* que si la femme prouve avoir subi un préjudice (moral ou matériel) à cause de ce mariage.

- 9 En ce qui concerne l'intention du législateur, la note explicative présentée à l'Assemblée du Peuple lors du débat sur la loi n° 100 de 1985 souligne clairement la volonté de formaliser et de stabiliser le mariage et la famille dans son ensemble¹⁶. Tout d'abord, la note désigne la famille comme fondement de la société en soulignant la nécessité de la protéger afin de renforcer la société. À la différence du *fiqh* traditionnel, la note insiste sur le fait que, dans l'islam, le mariage est strictement différent de tout autre contrat. Le fait que le Coran fasse mention du mariage en tant que « pacte » (*mîthâq*) entre l'homme et la femme conduit les auteurs de la note à affirmer que le mariage fait partie des actes de culte (*ibâdât*).
- 10 Pour justifier les réformes introduites par la loi n° 100 de 1985, la note se réfère d'une façon très sélective au Coran, à la sunna et à certaines opinions – reconnues ou bien isolées – des différentes écoles sunnites. Mais dans un même temps, ce texte fait également prévaloir l'« intérêt public » (*maslaha*)¹⁷ pour défendre les réformes. Par exemple, la possibilité pour la femme de demander le *tatlîq* pour préjudice causé par la polygamie trouve sa justification dans le constat que la cohabitation de plusieurs femmes auprès d'un seul homme peut représenter un « problème social »¹⁸.
- 11 La Constitution égyptienne de 1971 consacre elle aussi la famille comme un des « fondements de base de la société ». Le texte de la Constitution stipule que la famille repose sur la religion, sur la moralité et sur le patriotisme (*wataniyya*). L'État est, pour sa part, simplement censé protéger le caractère « authentique » (*asîl*) de la famille égyptienne ainsi que les valeurs et les traditions qu'elle représente (article 9). Toujours selon le texte de la Constitution, l'État est également tenu de garantir l'harmonisation entre, d'une part, le travail de famille assuré par la femme et, d'autre part, son travail « social » (c'est-à-dire salarié). La Constitution cherche donc un équilibre permettant que l'égalité entre l'homme et la femme assurée par l'État dans les domaines politique, social, culturel et économique ne nuise en rien aux prescriptions (*ahkâm*) de la sharia (article 11). On notera donc que l'engagement pris par le législateur constitutionnel de respecter les prescriptions du droit musulman semble, outre sa dimension idéologique, servir également à donner rang constitutionnel à la famille.

La loi n° 100 de 1985 et l'article 2 de la Constitution égyptienne

- 12 Depuis la révision en 1980 de la Constitution égyptienne de 1971, les principes du droit musulman (*mabâdî' al-sharî'a*) ne sont plus seulement, d'après l'article 2, « une source principale », mais « la source principale » de la législation¹⁹. C'est sur cette base que s'est développé, devant la Haute Cour constitutionnelle²⁰, le contentieux en constitutionnalité des lois par rapport à l'article 2.
- 13 En ce qui concerne l'interprétation de l'article 2, la Cour a d'abord établi la non-rétroactivité de sa modification ainsi que le principe selon lequel cet article n'entraîne pas l'abrogation « automatique » des dispositions législatives et réglementaires qui lui seraient contraires²¹. Ayant plus tard été amenée à trancher des questions postérieures à l'amendement de 1980, la HCC a répété à plusieurs reprises qu'il fallait distinguer dans le droit musulman entre, d'un côté, les prescriptions dont la signification et l'établissement sont définitifs (*ahkâm qat'iyya fî thubûtiha wa dalâlatihâ*) et, de l'autre, les prescriptions reposant sur de simples suppositions ou hypothèses (*ahkâm dhanniyya*). D'après la HCC, le sens (*mafhum*) des prescriptions définitives ne peut pas être modifié en fonction des changements de temps ou de lieu. Seules les prescriptions reposant sur de simples suppositions et qui ne sont pas définitives dans leur établissement et/ou

dans leur signification peuvent et doivent être soumises à un « effort d'interprétation » (*ijtihād*)²². À cet égard, la HCC défend en principe le droit du « détenteur de l'autorité » (*walī al-amr*) d'exercer cet effort d'interprétation (*ijtihād*), tout en se réservant la compétence de veiller à ce que les textes ne contredisent pas les prescriptions de la sharia dans leurs sources et dans leurs principes généraux (*fī usūlihā wa mabādi'ihā al-kulliyya*)²³.

- 14 Dans les pages qui suivent, il s'agira donc d'analyser la « mise en pratique » de cette technique d'interprétation du droit musulman par rapport à certaines questions relatives à la loi n° 100 de 1985. Les actions en justice contre cette loi semblent être le plus souvent introduites par des hommes s'opposant à la mise en œuvre de leurs obligations d'entretien ou bien à la restriction des prérogatives qui leur sont accordées par le droit musulman²⁴. Jusqu'à maintenant, la HCC a toujours défendu la constitutionnalité de la législation en place et ce en invoquant parallèlement le droit musulman et certaines normes « séculaires » de la constitution égyptienne. C'est surtout vrai pour ce qui concerne l'obligation du père de subvenir à l'entretien de ses enfants²⁵. Par ailleurs, il convient de noter que si, dans sa décision du 6 janvier 1996, la HCC a déclaré partiellement inconstitutionnel l'article 18c de la loi n° 100 de 1985 qui organise l'obligation pour le mari répudiateur d'assurer le logement de ses enfants et de la personne qui exerce le droit de garde à leur égard après la dissolution du mariage²⁶, c'est au regard de l'article 40 de la Constitution relatif au principe d'égalité et non au regard de l'article 2. Notre thèse est que ce type de jurisprudence révèle toutefois une tension et, pour en rendre compte, il s'avère nécessaire de considérer plus attentivement l'attitude de la HCC qui est tiraillée entre, d'une part, la volonté de protéger la famille et, d'autre part, une certaine tendance à la « non-intervention » à l'égard de la hiérarchie entre les sexes ou, plus concrètement, à l'égard des privilèges masculins.

De l'obligation d'entretien

- 15 Les juges de la HCC soutiennent généralement les mesures législatives assurant le droit des enfants à une pension alimentaire (*nafaqa*). En défendant la constitutionnalité de l'article 18b, paragraphe 4, de la loi n° 100 de 1985 (qui permet d'octroyer rétroactivement à l'enfant cette pension pour une période non limitée), ils constatent d'abord que le droit musulman a en principe établi la *nafaqa*²⁷. De plus, le fait qu'il n'y ait pas de texte définitif (dans le Coran ou la sunna) (*nass qat'i*) organisant ce droit rend, d'après eux, l'« effort d'interprétation » (*ijtihād*) du législateur possible, voire nécessaire²⁸. En dehors de ces références au droit musulman, les juges fournissent ensuite de longues explications sur la spécificité du lien entre le père et sa progéniture, qui relèvent plutôt du sens commun. L'enfant qui, selon le droit musulman, est attribué à son père représente pour les juges une sorte de « prolongement » de la vie de celui-ci. Pour cette raison, subvenir à l'entretien de son enfant correspondrait pour le père à assurer directement la reproduction de sa propre vie. Ainsi, dans l'argumentation des juges de la HCC, l'obligation d'entretien du père revêt un caractère quasi « naturel ». Pour finir, les juges de la HCC se réfèrent également au texte de la Constitution qui consacre la famille comme un des fondements de la société égyptienne, dont il revient à l'État de protéger l'unité et la pérennité.
- 16 En ce qui concerne l'obligation d'entretien, droit musulman, sens commun et normes « séculaires » de la Constitution semblent alors se compléter pour dessiner un modèle familial ou, plus précisément, un modèle de la relation entre père et enfant qui est, en

fin de compte, antérieur, voire même supérieur aux prescriptions juridiques (droit musulman ou bien droit positif) et qui en souligne donc la légitimité.

Obligations paternelles et prérogatives masculines

- 17 Nonobstant la position ferme des juges de la HCC en ce qui concerne l'obligation d'entretien, ces derniers déclarent partiellement inconstitutionnel l'article 18c qui organise l'obligation du père de loger ses enfants après la dissolution du mariage²⁹. À suivre le raisonnement des juges, il nous semble qu'en fin de compte, ils reprochent au législateur non pas d'avoir organisé cette obligation mais d'avoir voulu, en l'organisant, restreindre la répudiation.
 - 18 Ainsi, les juges déclarent en principe légitime d'imposer au mari répudiateur l'obligation de loger ses enfants en mettant réellement à leur disposition un logement au lieu de leur verser simplement une somme d'argent pour payer un loyer. Ils font de même pour l'obligation du mari de céder le logement conjugal pour le cas où il ne trouverait pas d'autre logement convenable à mettre à leur disposition. Toutefois, à la fin d'une longue discussion du texte de l'article 18c, les juges de la HCC déclarent son inconstitutionnalité partielle. Ils constatent que l'article en question distingue d'une façon arbitraire entre deux catégories de « maris répudiateurs » (*mutalliqûn*), selon qu'ils sont propriétaires du logement conjugal ou non³⁰, violant ainsi l'article 40 de la Constitution égyptienne qui consacre l'égalité devant la loi. De plus, les juges de la HCC critiquent l'article 18c parce qu'il exige du mari répudiateur de fournir un logement, même si les enfants ont les moyens d'assurer leur entretien ou si la personne gardienne dispose déjà d'un logement approprié. De cette façon, l'article 18c violerait « le droit et l'équité » (*al-haqq wa-l-adl*). Enfin, les juges se réfèrent également au droit musulman pour fonder leur position. Ils déclarent en effet que l'« effort d'interprétation » (*ijtihâd*) du droit musulman par le législateur ne peut aller à l'encontre de la « sharia dans son ensemble » (*kamâl al-shar'î*). Or, les rapports des débats à l'Assemblée du Peuple peuvent laisser entendre qu'il était dans l'intention du législateur de restreindre la répudiation – droit établi par un texte coranique – en en compliquant les effets. Pareille restriction n'est pas autorisée par le droit musulman (*lâ yajûz shar'an*).³¹
 - 19 Les juges de la HCC déclarent l'article 18c inconstitutionnel en ce qui concerne la distinction entre deux catégories de maris répudiateurs ainsi qu'en ce qui concerne l'obligation inconditionnelle du mari de fournir un logement approprié³². Par cet arrêt, les juges, tout en invoquant, entre autres, le principe de l'égalité devant la loi, défendent la répudiation – prérogative masculine consacrée par le droit musulman qui exprime clairement l'inégalité fondamentale entre les sexes. Selon eux, il n'y aurait ainsi pas de contradiction entre répudiation et égalité. Une troisième décision de la HCC laisse d'ailleurs supposer que ce n'est pas le concept d'égalité qui peut justifier pour les juges la restriction (même partielle, voire symbolique) des prérogatives masculines, mais plutôt la volonté de protéger la famille.
- Polygamie et stabilité de la vie familiale
- 20 C'est en invoquant le bon fonctionnement de la famille et le bien-être de ses membres que les juges de la HCC défendent la constitutionnalité de l'article 11a, paragraphes 2 et 3, de la loi n° 100 de 1985. Ces dispositions permettent la dissolution du mariage par « répudiation judiciaire » (*tatlîq*), à la demande de la femme, pour le cas où celle-ci a subi un préjudice à cause du mariage parallèle de son mari³³.
 - 21 En discutant l'article en question, les juges de la HCC constatent d'abord que la polygamie, qui est basée sur le texte coranique³⁴, correspond à un « intérêt réel »

(*maslaha haqîqiyya*) et fait donc partie de la « législation divine » (*tashrîf ilâhî*) inchangeable. Cependant, le Coran aurait consacré la polygamie à condition qu'aucune injustice ne soit commise (*al-amn min al-jawr*). Étant donné qu'en vertu de l'article 11a, le mariage ne peut être dissous que si la femme prouve qu'elle a réellement subi un préjudice, les juges en concluent que l'article en question ne nuit en rien à la polygamie³⁵. Ils soulignent à plusieurs reprises que la présente loi ne considère pas la polygamie en elle-même comme un préjudice

- 22 – ce qui aurait rendu la loi inconstitutionnelle au regard de l'article 2 de la Constitution. En fin de compte, la dissolution du mariage en vertu de l'article 11a de la loi 100 constituerait simplement un cas spécifique de la dissolution du mariage pour préjudice³⁶.
- 23 C'est à propos des possibles injustices ou préjudices que peut engendrer un mariage polygame que les juges de la HCC expriment clairement des réticences par rapport à cette institution. L'article 11a permettrait ainsi d'éviter une vie dans le désespoir et la détresse (*dîq wa haraj*), en donnant au juge la possibilité de mettre fin à des situations dans lesquelles la femme et ses enfants souffrent de la jalousie – sentiment tout à fait « naturel » – provoquée par la présence d'une deuxième femme (*darra*). Pour fournir un caractère islamique à ces réticences, les juges invoquent également les « objectifs de la polygamie » (*maqâsid al-ta'addud*) en droit musulman, qui sont, d'après eux, la protection de la femme et son droit à une vie familiale stable. Par contre, les principes d'égalité ou de liberté individuelle de la femme ne sont pas mentionnés dans ce contexte.
- 24 Il semble évident que l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle égyptienne doit prendre en considération les données politiques qui sont en jeu. En ce qui concerne le statut personnel, il ne s'agit pas seulement pour les juges de la HCC d'imposer leur autorité d'interprétation du droit musulman face à d'autres acteurs dans les champs juridique et politique. Ils doivent en même temps prendre position dans un débat politique sur des questions concrètes de contenu. Ainsi, les arrêts cités ci-dessus, tout en défendant en principe la législation en place, donnent au moins partiellement raison – après coup – aux critiques adressées au décret-loi n° 44 de 1979 et à la nouvelle loi n° 100 de 1985. À cet égard, les juges de la HCC jouent un rôle de « médiation » entre le régime et l'opposition, comme l'a très justement souligné Richard Jacquemond (1988, p. 295).
- 25 Dans un même temps, la jurisprudence de la HCC relève également de la relation spécifique qui existe entre le « champ social » qu'est la famille et le « droit étatique » de la famille. En partant d'une représentation extra ou suprajuridique de la famille basée sur certaines prescriptions et certains principes du droit musulman traditionnel souvent assimilés au sens commun³⁷, la jurisprudence de la HCC vient confirmer la politique législative portant sur les obligations paternelles. Cette même représentation de la famille empêche qu'il y ait une contradiction entre droit musulman et principes généraux du droit positif. Ainsi, le principe d'égalité devant la loi est interprété d'une façon restrictive et se trouve réduit à une « égalité entre égaux » (en l'espèce, entre maris répudiateurs). Par contre, le statut d'égaux (ou d'inégaux) lui-même, fondé dans l'ordre de la famille et de ses valeurs et dont la Constitution impose la protection, apparaît comme antérieur au droit qui le sanctionne. Seule la protection de la famille et de son bon fonctionnement semble de la sorte pouvoir justifier une intervention juridique.

BIBLIOGRAPHIE

‘ABD AL-HAKÎM SALÎM R., non daté, *Majmû‘at al-ahkâm allatî asdarathâ al-Mahkama ad-dustûriyya al-‘ulya mundhu inshâ’ihâ hattâ al-ân*, vol. III (masâ’il al-ahwâl al-shakhsiyya), Le Caire, Shirkat al-amal li-l-tibâ‘a wa-al-nashr.

ABDAL-REHIM A., 1996, « The Family and Gender Laws in Egypt During the Ottoman Empire », dans A. El Azhary Sonbol (éd.), *Women, the Family and Divorce in Islamic History*, Syracuse, Syracuse University Press.

ABÛ ZAHRA M., s.d., *al-Ahwâl al-shakhsiyya*, Le Caire, Dâr al-fikr al-‘arabî.

ANDERSON N.J.D., 1968, « The Eclipse of the Patriarchal Family in Contemporary Islamic Law », dans N.J.D. Anderson (éd.), *Family Law in Asia and Africa*, London, Allen and Unwin.

BÄLZ K., 1997, « Islamisches Recht, staatliche Rechtsetzung und verfassungsgerichtliche Kontrolle. Der ägyptische Verfassungsgerichtshof und der Schleier in staatlichen Schulen (Urt. 8/17 vom 18.5.1996) », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 1, p. 229-242.

BLEUCHOT H., 1989, « L'enseignement du droit musulman en Égypte : un enjeu politique », dans M. Flory et J.-R. Henry (éds), *L'enseignement du droit musulman*, Paris, Éditions du CNRS.

BOTIVEAU B. :

– 1989, « Islamiser le droit ? L'exemple égyptien », *Maghreb-Machrek*, n° 126, p. 5-24.

– 1990, « 1979-1985 : Le droit de la famille en question », *Maghreb-Machrek*, n° 127, p. 51-64.

– 1993, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Paris, Karthala.

– 1997, « Les usages politiques du droit dans le monde arabe : l'analyse des pratiques judiciaires et la notion d'aire culturelle », dans G. Boëtsch, B. Dupret & J.-N. Ferrié (éds), *Droits et sociétés dans le monde arabe*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

BOTMAN S., 1999, *Engendering Citizenship in Egypt*, New York, Columbia University Press.

BOURDIEU P., 1986, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, p. 3-19.

BROCKELMANN C., 1938, *Geschichte der arabischen Literatur*, S. II, Leiden, Brill.

CILARDO A., 1985, « The Evolution of Muslim Family Law in Egypt », *Oriente Moderno*, n° 1-3, p. 67-124.

COULSON N., 1991, *A History of Islamic Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press.

DENNERLEIN B. :

– 1998, *Islamisches Recht und sozialer Wandel in Algerien. Zur Entwicklung des Personalstatuts seit 1962*, Berlin, Klaus Schwarz Verlag.

– 1999, « Changing Conceptions of Marriage in Algerian Personal Status Law », dans R.S. Khare (éd.), *Perspectives on Islamic Law, Justice and Society*, Lanham, Rowman and Littlefield.

DUPRET B. & J.-N. FERRIÉ, 1997, « For intérieur et ordre public, ou comment la problématique de l'Aufklärung peut permettre de décrire un débat égyptien », dans G. Boëtsch, B. Dupret & J.-N. Ferrié (éds), *Droits et sociétés dans le monde arabe*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

DUPRET B. :

– 1996, « Représentations des répertoires juridiques en Égypte : limites d'un consensus », *Maghreb-Machrek*, n° 151, p. 32-40.

– 1997, « À propos de la constitutionnalité de la sharʿa: présentation et traduction de l'arrêt du 26 mars 1994 (14 shawwāl 1414) de la Haute Cour constitutionnelle (al-mahkama al-dustūriyya al-ʿulyā) égyptienne », *Islamic Law and Society*, n° 4, p. 91-113.

E. HILL, 1990, « Law and Courts in Egypt: Recent Issues and Events Concerning Islamic Law », dans I. Oweiss (éd.) *The Political Economy of Contemporary Egypt*, Washington, Center for Contemporary Arab Studies, Georgetown University.

FORSTNER M., 1986, « Änderungen im ägyptischen Eherecht », *Das Standesamt*, n° 5, p. 130-134.

GEERTZ C., 1983, « Fact and Law in Comparative Perspective », dans C. Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretative Anthropology*, New York, Basic Books.

GOODY J., 1983, *The Development of the Family and Marriage in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press.

HALLAQ W.B. :

– 1984, « Was the Gate of Ijtihad Closed? », *International Journal of Middle East Studies*, n° 16, p. 3-41.

– 1991, « The primacy of the Qur'an in Shâtîbî's Legal Theory », dans W.B. Hallaq & D.P. Little (éds), *Islamic Studies presented to Charles J. Adams*, Leiden, Brill.

HANNA N., 1996, « Marriage among Merchant Families in Seventeenth Century Cairo », dans A. El Azhary Sonbol (éd.), *Women, the Family and Divorce in Islamic History*, Syracuse, Syracuse University Press.

HENRY J.-R., 1989, « La redécouverte du droit comme enjeu politique et culturel et comme objet sociologique », dans *Droit et environnement au Maghreb*, Colloque des 10-11-12 décembre 1987, Paris, Éditions du CNRS.

JACQUEMOND R., 1988, « La Haute Cour Constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois (1979-1987) », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, p. 271-295 et 549-579.

JOHANSEN B., 1996, « The Valorization of the Human Body in Muslim Sunni Law », *Princeton Papers. Interdisciplinary Journal of Middle Eastern Studies*, n° 4, p. 71-112.

KANDIYOTI D., 1988, « Bargaining with Patriarchy », *Gender and Society*, n° 3, p. 274-290.

KERR M., 1966, *Islamic Reform. The Political and Legal Theories of Muhammad ʿAbduh and Rashîd Ridâ*, Berkeley, University of California Press.

LAYISH A., 1978, « The Contribution of the Modernists to the Secularization of Islamic Law », *Middle Eastern Studies*, n° 3, p. 263-277.

LINANT DE BELLEFONDS Y., 1965, *Traité de droit musulman comparé*, vol. II, Paris, Mouton.

LISTER R., 1995, « Dilemmas in engendering citizenship », *Economy and Society*, n° 1, p. 1-40.

MAYER A.E., 1990, « The Sharʿah: A Methodology or a Body of Substantive Rules », dans N. Heer (éd.), *Islamic Law and Jurisprudence*, Seattle, University of Washington Press.

MERRY S.E., 1988, « Legal Pluralism », *Law and Society Review*, n° 7, p. 869-901.

MOORE S.F., 1973, « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review*, n° 4, p. 719-746.

NAJJAR F.M. :

– 1992, «The Application of Sharia Laws in Egypt », *Middle East Policy*, n° 3, p. 62-73.

– 1988, «Egypt's Law of Personal Status », *Arab Studies Quarterly*, n° 3, p. 319-344.

NÛR FARAHÂT M., 1986, *al-Mujtama' wa-l-shar'f wa-l-qânûn*, Le Caire, Dâr al-hilâl.

PETERS R. :

– 1980, «Idjtihâd andTaqlîd in 18th and 19th-century Islam », *Die Welt des Islams*, n° 3-4, p. 131-145.

– 1988, «Divine Law or Man-Made Law? Egypt and the Application of the Shari'a », *Arab Law Quarterly*, n° 3, p. 231-251.

SANTOS B. d. S., 1995, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge.

SCHACHT J., 1969, « Problems of Modern Islamic Legislation », *Studia Islamica*, n° 12, p. 99-129.

SHAHAM R., 1997, *Family and the Courts in Modern Egypt*, Leiden, Brill.

WENSINCK A., 1955, *Concordance et indices de la tradition musulmane*, vol. III, Leiden, Brill, p. 497.

NOTES

1.Je tiens à remercier la Volkswagen-Stiftung, le Wissenschaftskolleg zu Berlin et le Van Leer Jerusalem Institute pour la bourse qu'ils m'ont accordée pendant l'année universitaire 1997-1998. Des extraits de cette étude ont été présentés devant le groupe de travail *Europe in the Middle East* du Van Leer Jerusalem Institute en 1998 ainsi qu'à l'occasion du Deutscher Orientalistentag, 1998, Bonn.

2.Pour l'historique de cette notion dans les sciences sociales, voir Merry (1988).

3.Cette relation entre le droit de l'État et la famille (ou la sphère privée) a été analysée et critiquée dans le cadre des débats féministes portant sur le concept de *citizenship*. Voir Lester (1995) et, pour le cas égyptien, Botman (1999).

4.Pour une critique de l'image de la famille « traditionnelle » (ou bien « orientale ») qui est à la base de ce modèle d'évolution, voir Goody (1983). Pour une interprétation du processus de modernisation à l'égard de la famille, qui surmonte l'opposition réductrice entre « tradition » et « modernité », voir Kandiyoti (1988).

5.Pour la situation algérienne, qui présente des caractéristiques tout à fait comparables, voir Dennerlein (1999).

6.Pour la définition du mariage dans le droit musulman traditionnel et plus spécialement dans le droit hanéfite, voir Abû Zahra (s.d., p. 18 sq.). Pour la spécificité du contrat de mariage, voir Johansen (1996).

7.Après avoir rendu obligatoire l'application du droit hanafite qui, excepté quelques cas plutôt théoriques, ne connaît pas la dissolution du mariage à l'initiative de la femme, le législateur égyptien a créé, dans les années vingt de ce siècle, une législation inspirée du droit malékite. Quant à la dissolution judiciaire en droit malékite traditionnel, voir Linant de Bellefonds (1965, p. 453-464).

8.En ce qui concerne la pratique judiciaire égyptienne antérieure aux réformes, voir Abdal Réhim (1996), et Hanna (1996).

9.Pour l'échec de différents projets de loi entre 1929 et 1979, voir Najjar (1988, p. 319-344).

10.La critique aussi bien islamiste que traditionaliste de ce décret-loi surnommé « loi Jihâne » (en raison du prénom de l'épouse du président qui est réputée en avoir été l'instigatrice) a été avant tout dirigée contre la possibilité pour la femme d'obtenir la « répudiation judiciaire » (*tatlîq*) en cas de second mariage de son mari, faisant ainsi de la polygynie un préjudice qui permet la dissolution du mariage à la demande de la femme (article 6a). D'autre part, l'obligation du mari répudiateur de céder le logement marital à ses enfants ainsi qu'à la personne ayant la garde de ces derniers a été contestée (article 4a, paragraphe 1). On a prétendu qu'une telle prescription pourrait inciter les femmes à provoquer leur répudiation afin de s'approprier le logement marital. Pour une analyse des conflits autour du décret-loi n° 44 de 1979, voir Botiveau (1990, p. 51-64) et Najjar (1988).

11.Arrêt du 4 mai 1985, *al-Jarîda al-rasmiyya*, n° 20, 19 mai 1985. La HCC, saisie d'une action en justice contre le décret-loi n° 44 de 1979 pour sa non-conformité à l'article 2 de la Constitution (cf. Bernard-Maugiron et Dupret, même volume), a déclaré son inconstitutionnalité au motif que le président avait outrepassé ses compétences en légiférant par décret (Jacquemond, 1988). La HCC a ainsi évité la question de l'« islamité » de ce décret-loi.

12.Pour une analyse juridique des deux textes de loi, voir Forstner (1986, p. 130-134).

13.Articles 18b et 18c rajoutés par la loi n° 100 de 1985 au décret-loi n° 25 de 1929. La loi 100 a même introduit un nouveau paragraphe selon lequel il est possible d'octroyer à l'enfant la pension alimentaire pour une période antérieure non limitée (article 18b, paragraphe 4). Par contre, en ce qui concerne l'obligation du père de loger ses enfants, la loi 100 s'avère un peu plus restrictive que le décret-loi n° 44 de 1979. Tandis qu'en vertu de ce dernier, la femme gardienne pouvait rester avec ses enfants dans le logement conjugal après la dissolution du mariage, la nouvelle loi oblige d'abord le mari répudiateur à leur fournir un autre logement approprié. C'est seulement dans le cas où il ne fournit pas ce logement que les enfants et la personne gardienne peuvent rester dans le logement conjugal (article 18c).

14.Article 5a du décret-loi n° 25 de 1929, tel qu'ajouté par la loi n° 100 de 1985.

15.Paragraphe 2 et 3 de l'article 11a du décret-loi n° 25 de 1929, tels qu'ajoutés par la loi n° 100 de 1985. L'obligation du futur mari de déclarer son état civil avant la conclusion du mariage a été maintenue (paragraphe 1 de l'article 11a). Le mari est dès lors obligé de faire état de l'existence d'un mariage parallèle. De même, la femme qui n'a pas été informée de cet éventuel mariage parallèle lors de son mariage, peut toujours en demander la dissolution (paragraphe 4).

16.*Al-Mudhakkira al-idâhiyya* (présentée à l'Assemblée du Peuple le 30 juin 1985).

17.Pour ce qui est de la notion de *maslaha* dans la doctrine traditionnelle des « sources du droit » (*usûl al-fiqh*) ainsi que dans le discours du réformisme musulman, voir Coulson (1991, p. 91sq.) et Kerr (1966, p. 80-102).

18.Il est intéressant de noter que cette phrase a apparemment été reprise de la note explicative du décret-loi n° 44 de 1979, voir Cilaro (1985, p. 81).

19.Pour le statut juridique et politique du droit musulman en Égypte depuis les années soixante-dix, voir Botiveau (1989), Hill (1990, p. 240-264), Najjar (1992, p. 62-73), Farahât (1986) et Peters (1988).

20.La Haute Cour constitutionnelle a été organisée par la loi n° 48 de 1979. En ce qui concerne la procédure devant la HCC et son organisation en général, voir Jacquemond (1988).

21.Voir Jacquemond (1988) et Dupret (1997).

22. Pour les différentes doctrines de l'*ijtihad*, voir Peters, 1980.
23. Cf. l'arrêt du 6 janvier 1996, *al-Jarîda al-rasmiyya*, n° 3, 18 janvier 1996. Pour cette interprétation du droit musulman par la HCC, voir également Bälz (1997, p. 229-242) et Dupret (1997). Pour la doctrine traditionnelle des « sources de droit » (*usûl al-fiqh*) voir Hallaq (1991).
24. Voir les arrêts et documents publiés dans Salîm (s.d.).
25. Cf. l'arrêt du 26 mars 1994, *al-Jarîda al-rasmiyya*, n° 15, 14 avril 1994 ; voir également l'arrêt du 4 mai 1996, *Recueil des arrêts de la Cour*, vol. 7.
26. Arrêt cité ci-dessus.
27. Cf. l'arrêt du 26 mars 1994 cité ci-dessus. Voir également la traduction de cet arrêt dans Dupret (1997).
28. Les juges ne considèrent pas comme obligatoire l'opinion de l'école hanafite qui limite la période pour laquelle l'enfant peut demander rétroactivement le versement de la pension alimentaire. À cet égard, ils constatent que les opinions d'une école de droit étant elles-mêmes fondées sur de simples « efforts d'interprétation », ne sont pas pourvues de « sacralité » (*qudsiyya*). À cet argument de principe, les juges de la HCC en ajoutent un autre, plus pragmatique : en invoquant les changements sociaux intervenus depuis la formation de l'école hanafite, ils soulignent la nécessité d'adapter les règles juridiques. Pour l'organisation de la *nafaqa* en droit hanafite traditionnel, voir Linant de Bellefonds (1973, vol. III, p. 92-138).
29. Arrêt du 6 janvier 1996, cité ci-dessus.
30. Ainsi, si le logement conjugal est simplement loué, les enfants et la personne gardienne peuvent le garder jusqu'à l'expiration de la garde si le mari répudiateur ne leur fournit pas un autre logement approprié durant le délai de viduité (*'idda*). Par contre, si le mari répudiateur est propriétaire du logement marital, il peut également leur fournir un autre logement après la *'idda*.
31. Pour défendre le droit du mari à la répudiation, les juges de la HCC, en dehors du droit musulman, se réfèrent également aux principes généraux du droit positif ainsi qu'au sens commun. Ainsi, ils déclarent que, dans un ordre juridique donné, l'ensemble des droits devrait être en harmonie, c'est-à-dire que les droits devraient se compléter mutuellement et ne pas se nuire. D'autre part, ils constatent que la répudiation ne serait que la dernière issue d'une situation maritale devenue insupportable et devrait alors être considérée comme étant un allègement.
32. D'après la jurisprudence de la HCC, le mari, pour récupérer le logement conjugal, n'est en aucun cas obligé de fournir un logement approprié pour ses enfants et pour la personne gardienne dans un délai fixe. De même, le mari ne peut plus être contraint de fournir un logement si ses enfants ont les moyens d'assurer leur entretien ou si la personne gardienne dispose déjà d'un logement approprié.
33. Cf. l'arrêt du 14 août 1994, *al-Jarîda al-rasmiyya*, n° 35, 1^{er} septembre 1994, analysé ci-dessous. Voir également l'arrêt du 5 août 1995, n° 8/16e, *Recueil des arrêts*, vol. 7, p. 139 ssq.
34. Les juges ne font pas mention directe du verset en question (Coran 4:3).
35. Tandis que le texte de l'article 11 a, malgré les propositions de plusieurs députés lors des débats sur la loi 100 à l'Assemblée du Peuple, ne parle pas de preuve à fournir, la HCC impute la charge de la preuve du préjudice à l'épouse. De même, la HCC insiste sur le rôle important du juge qui est censé, d'après elle, mesurer ce préjudice pour décider du *tatlîq* après une tentative de conciliation. Sur la question de la charge de preuve d'après l'article 11a, voir Forstner (1986).

36. Ici, les juges se réfèrent au droit malékite qui a consacré la « répudiation judiciaire » pour préjudice. De même, ils invoquent que depuis le décret-loi n° 25 de 1929, la législation égyptienne a reconnu cette forme de dissolution du mariage.

37. Les juges se réfèrent en effet le plus souvent à des versets coraniques pour simplement soutenir d'une façon très générale qu'il n'y a pas de sévérité dans l'Islam (par exemple : Coran 5:6 ; 22:78 ; 4:28). D'autre part, ils citent à plusieurs reprises des versets invitant l'homme à traiter sa femme d'une manière « convenable » (*ma'rûf*) ou à ne pas user de la contrainte contre elle (par exemple : Coran 4:19 ; 2:231 ; 65:6).

Finalement, ils se servent très souvent du *hadîth* exigeant qu'il n'y ait « ni préjudice ni contre-préjudice » (*lâ darar wa lâ dirâr*), cf. Wensinck (1955, vol. III, p. 497). Par contre, les juges se réfèrent rarement au *fiqh*, comme par exemple à l'ouvrage *Radd al-mukhtâr ʿala al-durr al-mukhtâr* de Ibn ʿĀbidîn (m. 1842), voir Brockelmann (1938, p. 427 sq., p. 773 sq.) comme c'est le cas dans l'arrêt du 6 janvier 1969 (cité ci-dessus). Pour ce qui est de l'utilisation des ouvrages de *fiqh* dans la formation universitaire des juristes égyptiens ainsi que dans la pratique juridique en général, voir Bleuchot (1989).

INDEX

Mots-clés : droit, droit constitutionnel, Constitution, statut personnel

AUTEUR

BETTINA DENNERLEIN

Maison des sciences de l'homme (Paris)