



HAL
open science

La Haute Cour constitutionnelle égyptienne et la shari'a islamique

Nathalie Bernard-Maugiron

► **To cite this version:**

Nathalie Bernard-Maugiron. La Haute Cour constitutionnelle égyptienne et la shari'a islamique. *Awraq : revista de análisis y pensamiento sobre el mundo árabe e islámico contemporáneo*, 1998, 19, pp.103-141. hal-02866219

HAL Id: hal-02866219

<https://hal.science/hal-02866219>

Submitted on 12 Jun 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA HAUTE COUR CONSTITUTIONNELLE EGYPTIENNE ET LA *SHARI'A* ISLAMIQUE

Nathalie BERNARD-MAUGIRON¹
Cedej, Le Caire

La Haute Cour constitutionnelle égyptienne (*al-mahkama al-dusturiyya al-'ulya*) est chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois et des règlements administratifs², c'est-à-dire de vérifier que ces textes respectent bien l'ensemble des dispositions de la Constitution de 1971. Or, l'article 2 de cette dernière stipule que: "l'islam est la religion de l'Etat, l'arabe sa langue officielle et les principes de la *shari'a* islamique la source principale de la législation (*mabadi' al-shari'a al-islamiyya al-masdar al-ra'isi li-l-tashri'*)³."

¹Je tiens à remercier Dr. Adel Omar Sherif, commissaire (*mufawwid*) à la Haute Cour constitutionnelle, pour sa très grande et très patiente disponibilité.

² Prévue par les articles 174 à 178 de la Constitution de 1971, la Haute Cour constitutionnelle a été mise en place par la loi n° 48 de 1979. Elle a alors remplacé la Cour suprême, créée par Nasser en 1969 et qui, malgré la suspicion qui l'a toujours entourée du fait des conditions de sa création, avait quand même réussi à conquérir une certaine indépendance vis-à-vis de l'exécutif.

³ Le système de transcription arabe utilisé ici est le système simplifié de l'*International Journal of Middle East Studies*, sans les points diacritiques ni les voyelles longues.

La formulation actuelle de cet article date de l'amendement constitutionnel de 1980. Le texte originel de la Constitution de 1971 se lisait comme suit: "L'islam est la religion de l'Etat, l'arabe sa langue officielle et les principes de la *shari'a* islamique une source principale de la législation (*mabadi' al-shari'a al-islamiyya masdar ra'isi li-l-tashri'*)". Si la référence à l'islam comme religion de l'Etat avait toujours figuré dans les constitutions égyptiennes dès 1923⁴, c'était la première fois toutefois qu'était reconnu constitutionnellement un rôle normatif à la *shari'a* islamique.

Le préambule de la Constitution de 1971 fait également quelques allusions à Dieu et à la religion: "Nous les masses du peuple d'Egypte, prenons devant Dieu et avec Son appui, sans limites, conditions ni réserves, l'engagement de déployer tous nos efforts [...]". Il se termine comme suit: "Nous, les masses du peuple d'Egypte [...], reconnaissant le droit de Dieu et de ses Révélations, déclarons en ce jour du 11 septembre 1971, devant Dieu et par sa Grâce, accepter cette Constitution que nous nous sommes octroyée". L'article 11 de la Constitution, enfin, prévoit quant à lui que l'homme et la femme sont égaux dans les domaines de la vie politique, sociale, culturelle et économique, "sans préjudice des dispositions de la *shari'a* islamique". Aucune disposition constitutionnelle n'impose que le chef de l'Etat soit musulman. L'article 79 de la Constitution prévoit, certes, que lors de son investiture il doit prêter serment "au nom de Dieu tout Puissant", mais les membres de l'Assemblée du Peuple doivent eux aussi prêter serment "au nom de Dieu tout Puissant" (article 90), de même que le vice-président (article 140) et les membres du gouvernement (article 155).

⁴ L'article 149 de la Constitution de 1923, placé dans l'avant dernier titre du texte intitulé "Dispositions générales" affirmait: "L'islam est la religion de l'Etat ; l'arabe est sa langue officielle". Cet article fut repris textuellement dans la Constitution de 1956, mais dans son article 3 placé sous le titre premier intitulé "L'Etat égyptien", puis dans l'article 5 de la Constitution de 1964 intégré dans son titre premier intitulé "L'Etat". Il ne figurait pas dans la Constitution provisoire de la République arabe unie de 1958. Pour une présentation des constitutions égyptiennes successives, voir Muhsin Khalil, *al-qanun al-dusturi wa al-dasatir al-misriyya* (droit constitutionnel et constitutions égyptiennes), al-maktaba al-qanuniyya, Dar al-jama'a al-jadida li-l-nashr, Alexandrie, (1996).

Avec la référence de la Constitution à la *shari'a* islamique comme “une source principale de la législation” puis comme “la source principale de la législation”, la loi islamique se voyait donc incorporée au droit positif. Mais comment fallait-il comprendre cet article 2 ? Quelle nouveauté apportait cette formulation par rapport à la reconnaissance de l'islam comme religion de l'Etat ? La *législation* dont il était question devait elle être comprise comme tout texte normatif, y compris la Constitution elle-même ? Ou fallait-il en limiter la portée aux seules lois ordinaires élaborées par le législatif ? D'autre part, toutes les lois en vigueur contraires à la *shari'a* devaient-elle être considérées comme abrogées *de facto* et le juge ordinaire avait-il le droit de refuser de les appliquer ? Qu'englobait, par ailleurs, la notion de “principes de la *shari'a* islamique” ?

L'interprétation de l'article 2 donna lieu à un long débat et à l'exposé de points de vue opposés. Pour les uns, il signifiait que les principes de la loi islamique s'imposent au législateur et doivent constituer l'unique source de la législation. D'autres, au contraire, estimaient qu'il n'était pas d'applicabilité directe (*ghayr nafidh bi-dhatihi*) et ne constituait qu'une injonction à l'intention du législateur pour l'inciter à reconsidérer les lois existantes à la lumière des principes de la loi islamique et adopter de nouvelles lois qui leur soient conformes. Tant que le législateur n'était pas intervenu pour les reprendre dans une loi, elles n'avaient pas de force juridique et ne constituaient qu'une source objective (*mawdu'i*) de la législation. Certains allaient même jusqu'à affirmer que le législateur avait un pouvoir discrétionnaire pour en tenir compte ou non.

La création de la Haute Cour constitutionnelle offrit aux partisans de l'application de la *shari'a* un moyen juridique de contester la validité de textes législatifs pour non-respect de la loi islamique⁵. C'est en 1985 que cette juridiction fut amenée à se

⁵ La Haute Cour constitutionnelle est saisie par voie d'exception, à l'occasion d'un litige devant un juge du fond, par le juge du fond lui-même ou par une partie avec l'autorisation du juge (article 29 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle).

prononcer pour la première fois sur l'interprétation à donner à l'article 2 et qu'elle posa le principe de la non-rétroactivité de l'amendement de 1980⁶. Dans un deuxième temps, elle devait établir une distinction au sein des principes de la *shari'a* islamique. Affirmant, certes, le principe de la valeur normative de la loi islamique, la Haute Cour devait lui reconnaître une grande souplesse (*maruna*) et n'a, à ce jour, jamais déclaré aucun texte inconstitutionnel pour violation du seul article 2 de la Constitution.

I. Le contentieux constitutionnel autour de l'article 2 de la Constitution

La Haute Cour constitutionnelle égyptienne jugea tout d'abord qu'elle n'était pas compétente pour contrôler la conformité à la loi islamique des lois antérieures à 1980. Dans un deuxième temps, elle opéra une distinction au sein des principes de la *shari'a* islamique entre les principes absolus et les principes relatifs.

1) L'arrêt du 4 mai 1985: non rétroactivité de l'amendement de 1980

⁶ Le jour même où elle adoptait cet arrêt de principe, la Haute Cour constitutionnelle déclarait inconstitutionnel le décret-loi n° 44 de 1979 par lequel le président Anouar al-Sadate avait amendé la loi n° 25 de 1929 sur le statut personnel. Cette invalidation était toutefois fondée sur un vice de forme (la procédure d'urgence de l'article 147 de la Constitution à laquelle le président avait recouru pour faire adopter cette réforme n'était pas justifiée) et non de fond. La Haute Cour ne s'était donc pas prononcée sur l'article 2 dans cette affaire.

C'est en 1985 que la Haute Cour constitutionnelle fut amenée à se prononcer pour la première fois sur la place de la loi islamique dans le système juridique égyptien actuel⁷. L'affaire concernait une dette contractée par le ministère des *Waqf* et *al-Azhar* suite à l'achat d'appareils chirurgicaux pour la Faculté de médecine de l'Université *d'al-Azhar*. Condamné par le tribunal administratif à régler le solde de la dette, plus les intérêts moratoires prévus par l'article 226 du Code civil⁸, le Doyen de la faculté de médecine *d'al-Azhar* fit appel de ce jugement devant la Haute Cour administrative du Conseil d'Etat et souleva alors l'exception d'inconstitutionnalité dudit article 226, estimant qu'il violait les principes de la *shari'a* islamique en légalisant l'usure (*riba*), prohibée par le Coran. Le juge administratif ayant estimé l'exception sérieuse, autorisa le requérant à saisir la Haute Cour constitutionnelle⁹. Celle-ci rejeta la prétention du requérant, en posant deux principes de base qu'elle suivra fidèlement dans tous ses arrêts ultérieurs.

Elle prit tout d'abord en considération la date de l'amendement de l'article 2 pour opérer une distinction au sein de la législation, estimant que cette réforme constitutionnelle avait introduit une obligation nouvelle qui ne devait s'imposer qu'à partir de la date de son édicton. Les lois postérieures au 22 mai 1980¹⁰ doivent

⁷ HCC, 4 mai 1985, n° 20/1e, *Recueil des décisions de la Haute Cour constitutionnelle* (ci-après *Rec.*), vol. 3, pp. 209 et s.

⁸ L'article 226 du Code civil de 1948 dispose: "En l'absence d'une autre disposition légale, si l'objet de l'obligation est une somme d'argent dont le montant est connu au moment de la demande et dont le débiteur a retardé l'acquittement, il sera astreint, afin de dédommager le créancier de ce retard, à lui verser des intérêts à raison de 4% en matière civile et 5% en matière commerciale, courant à compter de la date d'introduction de l'action en justice, sauf autre date déterminée par la convention ou par la coutume commerciale".

⁹ Notons que cette autorisation du juge administratif date de 1978, donc est antérieure à la fois à la création de la Haute Cour constitutionnelle et à l'amendement constitutionnel de 1980. La Cour suprême, qui avait continué à fonctionner jusqu'en 1979, transféra à la Haute Cour constitutionnelle dès sa création les affaires qui étaient pendantes devant elle, conformément aux dispositions de la loi de 1979.

¹⁰ Date de la publication des résultats du référendum demandant au peuple, conformément à l'article 189 de la Constitution, d'approuver les amendements constitutionnels proposés par l'Assemblée du peuple (en même temps que l'article 2,

effectivement respecter les principes de la *shari'a* islamique, sinon la Haute Cour pourra les déclarer inconstitutionnelles pour violation de l'article 2. Par contre, tous les textes adoptés par le législateur égyptien avant le 22 mai 1980 échappent au contrôle de leur constitutionnalité par rapport à l'article 2, c'est-à-dire que la Haute Cour n'est pas compétente pour vérifier qu'ils sont bien conformes aux principes de la *shari'a* islamique. Ils resteront en vigueur tant qu'ils n'auront pas été abrogés et échapperont au contrôle de la Haute Cour tant qu'il n'auront pas été amendés par le législateur. L'amendement de 1980, affirme en effet le juge constitutionnel, visait à limiter le pouvoir du législateur, à partir de son adoption seulement:

furent amendés les articles 1, 4, 5, 77 et un nouveau titre, consacré à l'Assemblée consultative et à la presse, fut ajouté).

“Considérant qu'il ressort de la formulation de la deuxième partie de l'article 2, tel qu'amendé, que le législateur constitutionnel a apporté une limitation au pouvoir chargé de la législation, consistant en l'obligation pour ce pouvoir, lorsqu'il légifère, à recourir aux principes de la *shari'a* islamique pour en tirer les règles d'organisation de la société. [...] Cela signifie que le pouvoir législatif, depuis la date d'entrée en vigueur de l'amendement à l'article 2 de la Constitution, soit le 22 mai 1980, est tenu de veiller à ce que les nouvelles lois qu'il élabore ainsi que les amendements qu'il apporte aux lois antérieures à cette date, soient conformes aux principes de la *shari'a* islamique, sans que pour autant elles ne portent atteinte aux règles et limites que les autres dispositions constitutionnelles imposent au législateur dans l'exercice de ses fonctions. Ce sont ces dernières, ainsi que la nouvelle limitation, qui délimitent le cadre dans lequel la Haute Cour Constitutionnelle exerce son contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la législation. L'obligation qui pèse sur le législateur de considérer les principes de la *shari'a* islamique comme la source principale de la législation, conformément à ce qui précède, ne s'étend qu'aux lois promulguées après la date de l'entrée en vigueur de cette obligation. Ces textes seront alors considérés comme inconstitutionnels s'ils violent les principes de la *shari'a* islamique. Quant aux lois antérieures à cette date, elles échappent à l'application de l'obligation nouvelle car elles ont été promulguées avant, c'est-à-dire à une époque où la limitation n'était pas encore en vigueur et obligatoire”¹¹.

Dans cet arrêt, la Haute Cour constitutionnelle dénie par ailleurs aux principes de la loi islamique tout effet direct immédiat dans l'ordre juridique égyptien. L'amendement est une injonction à l'adresse du législateur et non du juge. Il n'a pas fait des principes de la loi islamique des règles de droit positif immédiatement applicables par les tribunaux. Tant que le législateur n'est pas intervenu pour les reprendre dans un texte législatif, ils restent inopérants et le juge, en particulier, ne peut s'en prévaloir pour refuser d'appliquer un texte

¹¹ HCC, 4 mai 1985, n° 20/1e, *Rec.*, vol. 3, pp. 220-221.

qu'il estimerait leur être contraire et lui substituer un principe tiré de la loi islamique¹². La Haute Cour réfute donc l'argument du requérant, selon lequel toutes les lois existantes contraires à la loi islamique auraient été abrogées implicitement du fait que les principes de la *shari'a* islamique leur seraient supérieurs et n'auraient pas besoin, pour prévaloir, d'être codifiés. Les lois antérieures à 1980, affirme le juge constitutionnel, échappent au contrôle de constitutionnalité par rapport à l'article 2.

¹² Cette position adoptée par la Cour n'est pas sans évoquer les rapports droit interne / droit international dans les systèmes juridiques dualistes, où une norme de droit international ne peut s'appliquer en droit interne que si elle est reprise par une loi.

Pour justifier son interprétation, la Cour invoque tout d'abord la volonté du Constituant, telle qu'elle s'est exprimée dans les travaux préparatoires à l'élaboration de l'amendement de 1980. Le rapport que la Commission spéciale chargée de préparer la réforme constitutionnelle a présenté à l'Assemblée du peuple indiquait que le but de la nouvelle formulation de l'article 2 était de "contraindre le législateur à recourir aux commandements de la Loi islamique". Quant à celui présenté par la Commission générale à l'Assemblée du peuple, il insistait sur le fait que la transition du régime juridique en vigueur en Egypte depuis plus d'un siècle vers un régime juridique islamique intégral demanderait beaucoup de patience et de réflexion. En conséquence, il fallait laisser à ceux chargés de la modification du système juridique "un délai suffisant qui leur permette de rassembler tout le matériel juridique et de le fondre en un système complet dans le cadre du Coran, de la Sunna et des opinions des juristes musulmans éclairés et des Imams"¹³.

La Cour recourt également à un raisonnement *a contrario*: si le Constituant avait voulu donner valeur constitutionnelle aux principes de la *shari'a* islamique ou les rendre immédiatement applicables par les tribunaux, sans qu'il soit nécessaire de les reprendre dans un texte législatif, il l'aurait indiqué expressément.

Enfin, elle invoque un raisonnement par l'absurde: donner force obligatoire et effet direct aux principes de la loi islamique "entraînerait non seulement l'abrogation de toutes les législations antérieures contraires aux principes de la loi islamique dans les domaines civil, pénal, social ou économique, mais obligerait aussi les tribunaux à appliquer aux litiges qui leur sont soumis des règles non codifiées à la place des lois abrogées, avec tous les risques que cela comporte de contradictions entre ces règles, de contrariété entre les jugements et de déstabilisation [de l'ordre juridique]"¹⁴.

Certes, le législateur est seul compétent pour traduire ces principes en lois. Mais cela ne signifie pas qu'il puisse choisir de ne

¹³ HCC, 4 mai 1985, n° 20/1e, *op. cit.*, p.222.

¹⁴ *ibid.*, p. 223.

pas intervenir. La Haute Cour constitutionnelle estime qu'il a en effet la responsabilité politique (*siyasiyya*) d'intervenir pour purifier (*tasfiyya*) les textes antérieurs à 1980 de toute atteinte portée aux principes de la *shari'a* islamique. Tout en respectant, bien sûr, les autres dispositions constitutionnelles.

En l'espèce, le texte en cause (le Code civil) étant antérieur à 1980¹⁵ et n'ayant pas été amendé depuis son adoption, l'article 2 ne pouvait prévaloir:

“Etant donné que la limitation instituée par cet article - après son amendement en date du 22 mai 1980 - vise à obliger le législateur à ne pas violer les principes de la *shari'a* islamique et ne s'applique pas aux lois qui lui sont antérieures, comme exposé précédemment, et que l'article 226 du Code civil promulgué en 1948 n'a pas été modifié depuis lors, il n'y a pas lieu de faire valoir que cette disposition viole l'article 2 de la Constitution, et ceci quelque opinion qu'on ait quant à sa contrariété avec les principes de la *shari'a* islamique”¹⁶.

Pendant plusieurs années, la Haute Cour va s'en tenir à cette jurisprudence, se déclarant incompétente pour juger de la conformité à la *shari'a* des dispositions suivantes:

- les articles 227¹⁷; 228¹⁸ et 232¹⁹ du Code civil, relatifs également aux intérêts moratoires, de même que ses articles 222 alinéa 1²⁰ et 458 alinéa 1²¹;

- les articles 76²² et 37 alinéa 1²³ du Code testamentaire, tel que publié par la loi n° 71 de 1946;

¹⁵ Adopté le 16 juillet 1948, le Code civil égyptien est entré en vigueur le 15 octobre 1949.

¹⁶ HCC, 4 mai 1985, n° 20/1e, *op. cit.*, p. 224.

¹⁷ HCC, 21 décembre 1985, n° 47/4e, *Rec.*, vol. 3, pp. 274 et s.

¹⁸ HCC, 3 février 1990, n° 17/8e, *Rec.*, vol. 4, p. 646.

¹⁹ HCC, 5 septembre 1992, n° 12/14e, *Rec.*, vol. 5, part. 2, pp. 43-49.

²⁰ HCC, 4 avril 1987, n° 70/6e, *Rec.*, vol. 4, p. 646.

²¹ HCC, 6 juin 1987, n° 2/8e, *Rec.*, vol. 4, p. 646.

²² HCC, 4 avril 1987, n° 46/7e, *Rec.*, vol. 4, p. 646.

²³ HCC, 6 juin 1987, n° 125/6e, Rec., vol, 4, p. 646.

- les articles 273 à 276²⁴ et 267, 269 et 277²⁵ du Code pénal qui ne punissent pas la fornication de la femme célibataire ou de la femme mariée dont le mari ne porte pas plainte contre elle, de même que son article 317 alinéa 1²⁶, alinéa 2²⁷, alinéa 4²⁸ et alinéa 5²⁹ et ses articles 238 et 244³⁰;

- l'article 220 du Code de procédure pénale, promulgué par la loi n° 150 de 1951³¹;

- les articles 6 § 1 (I); 8 et 9 du décret-loi n° 10 de 1961 relatif à la répression de la prostitution, qui prévoient une peine de prison (et non la lapidation ou le fouet) pour la personne se livrant à la prostitution et ceux qui y participent³²;

- l'article 7 de la loi n° 63 de 1976 qui pose des conditions à la vente d'alcool mais ne l'interdit pas³³;

- l'article 36 bis du décret-loi n° 178 de 1952 sur la réforme agraire³⁴;

- l'article 58 alinéa 2 du décret-loi n° 100 de 1964 en ce qu'il interdit l'exercice du droit de préemption³⁵.

²⁴ HCC, 3 février 1990, n° 34/10e, *Rec.*, vol. 4, p. 646.

²⁵ HCC, 5 janvier 1991, n° 33/10e, *Rec.*, vol. 4, p. 647.

²⁶ HCC, 2 avril 1988, n° 45/3e, *Rec.*, vol. 4, p. 646.

²⁷ HCC, 4 novembre 1989, n° 32/10e, *Rec.*, vol. 4, p. 646.

²⁸ HCC, 4 novembre 1989, n° 12/11e, *Rec.*, vol. 4, p. 646.

²⁹ HCC, 4 novembre 1989, n° 35/10e, *Rec.*, vol. 4, p. 646.

³⁰ HCC, 27 mai 1989, n° 150/4e, *Rec.*, vol. 4, pp. 248-255. L'article 244 du Code pénal a été amendé en 1962, puis en 1982. Dans cet arrêt, la Cour refuse toutefois d'en vérifier la conformité à l'article 2, affirmant qu'en matière pénale la loi qui s'applique est celle qui était en vigueur à l'époque des faits (sauf en cas d'adoption d'une loi plus douce). Or les faits ayant eu lieu en 1978, le texte dont la Cour avait à connaître dans cette affaire était celui qui était en vigueur à cette époque, c'est-à-dire l'article 244 tel qu'amendé en 1962, et non tel qu'amendé en 1982. Par conséquent le texte était bien antérieur à 1980.

³¹ HCC, 27 mai 1989, n° 150/4e, *Rec.*, vol. 4, pp. 248-255.

³² HCC, 16 mai 1992, n° 89/12e, *Rec.*, vol. 5, part. 1, pp. 379-384.

³³ HCC, 4 avril 1987, n° 141/4e, *Rec.*, vol. 4, p. 645.

³⁴ HCC, 19 juin 1988, n° 36/2e, *Rec.*, vol. 4, pp. 140-147.

³⁵ HCC, 5 septembre 1992, n° 62/13e, *Rec.*, vol. 5, part. 2, pp. 33-42.

En 1993, toutefois, la Haute Cour constitutionnelle fut saisie pour la première fois de la constitutionnalité d'un texte postérieur à la réforme constitutionnelle de 1980 - la loi n° 100 de 1985 amendement le décret-loi n° 25 de 1929 sur le statut personnel - et dut, cette fois-ci, en examiner la constitutionnalité par rapport à l'article 2. De nombreux arrêts ultérieurs sont venus illustrer la portée de la distinction posée par la Cour dans cet arrêt et en préciser certains aspects.

2) L'arrêt du 15 mai 1993: distinction au sein des principes de la shari'a islamique

En 1985, une femme divorcée déposa un recours afin d'obtenir la garde de son fils et le droit de rester avec lui dans l'ex-domicile conjugal, conformément à l'article 20 alinéa 1 du décret-loi n° 25 de 1929 tel qu'amendé par la loi n° 100 de 1985, qui confie à la mère la garde des jeunes enfants et lui donne le droit, pendant toute la durée de la garde, de demeurer avec eux dans l'ex-domicile conjugal. S'appuyant sur l'article 18 alinéa 2 de la même loi, amendé lui-aussi en 1985, l'ex-épouse réclamait par ailleurs le droit de toucher une compensation, un "don de consolation" (*mut'a*) d'un montant équivalent à une pension alimentaire de dix années. L'ex-mari refusa d'accéder aux demandes de son ex-épouse et, arguant de l'inconstitutionnalité de ces deux dispositions de la loi n° 100 de 1985 sur le statut personnel, en saisit la Haute Cour constitutionnelle³⁶.

Le texte objet du recours étant postérieur à 1980, la Haute Cour ne pouvait plus s'en tenir à son principe de non-rétroactivité de l'amendement à l'article 2. Elle devait procéder à un examen substantiel de la conformité des dispositions en cause avec l'article 2, donc avec les principes de la *shari'a* islamique. Elle le fit en recourant à une distinction entre deux types de principes: les principes islamiques absolus, immuables, et les règles subsidiaires relatives qui, elles, varient dans le temps et dans l'espace.

³⁶ HCC, 15 mai 1993, n° 7/8e, *Rec.*, vol. 5, part. 2, pp. 290-324.

a) La distinction

La Cour commença par poser un attendu de principe, qu'elle devait reprendre par la suite quasiment intégralement dans tous ses autres arrêts portant sur l'article 2:

“Attendu que ce que la Constitution a stipulé dans son article 2 après son amendement de 1980, et conformément à la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle, ne s'applique qu'à la législation promulguée après son entrée en vigueur, au titre de laquelle figurent les dispositions de la loi n° 100 de 1985. Il entraîne pour conséquence l'interdiction pour un texte législatif de contredire les règles de la *shari'a* dont l'origine et la signification sont absolues (*al-ahkam al-shar'iyya al-qat'iyya fi thubutiha wa dalalatihā*), ces règles étant les seules pour lesquelles le raisonnement interprétatif (*ijtihad*) n'est pas autorisé. Incarnant les principes fondamentaux (*kulliyya*) et les fondements fixes de la *shari'a* islamique, elles sont immuables et n'admettent aucun exégèse (*ta'wil*). Il est donc inconcevable que leur sens se modifie en fonction du temps et du lieu, dès lors qu'elles défient tout amendement et qu'il n'est pas permis de leur porter atteinte. Quant à la compétence de la Haute Cour constitutionnelle à leur sujet, elle se limite à contrôler qu'elles sont bien respectées et qu'elles l'emportent sur toute disposition juridique qui les contredirait. Cela signifie que l'article 2 de la Constitution fait prévaloir sur ces règles les dispositions de la *shari'a* dans leurs fondements et leurs principes supérieurs”³⁷.

La Haute Cour va ensuite opposer ce corps de principes absolus qu'elle vient d'identifier à un autre ensemble de règles qu'elle va qualifier de relatives:

“A l'opposé, existent des règles relatives (*ahkam zanniyya*), que ce soit dans leur origine, leur signification, ou dans les deux. Le champ d'application de l'effort interprétatif

³⁷ *ibid.*, p. 316.

(*ijtihad*) se limite à elles et à elles seules. Elles changent en fonction du temps et du lieu, afin de garantir leur souplesse et leur vitalité et de faire face aux événements quels qu'ils soient, en organisant les affaires des hommes (*'ibad*) de manière à satisfaire leurs intérêts considérés comme légitimes. Pour autant toutefois que cet effort interprétatif se produise dans le cadre des principes fondamentaux (*al-usul al-kulliyah*) de la *shari'a* islamique, sans les outrepasser³⁸.

³⁸ *ibid.*

La Haute Cour effectuait donc une distinction au sein même des principes de la *shari'a* islamique³⁹. Pour elle, seuls ceux “dont l'origine et la signification sont absolues”, c'est-à-dire qui représentent des normes islamiques non contestables que ce soit en ce qui concerne leur source⁴⁰ ou leur sens, doivent être obligatoirement appliqués. Ils sont figés, ne peuvent donner lieu à raisonnement interprétatif, et ne peuvent donc évoluer avec le temps. Ils représentent “les principes fondamentaux et les fondements fixes” de la loi islamique⁴¹. Quant au rôle de la Haute Cour constitutionnelle, il doit se limiter à vérifier que ces principes absolus ont bien été respectés et que toute norme qui leur serait contraire sera considérée comme non valable.

A côté de ces principes, toutefois, la Haute Cour identifie un corpus de règles relatives soit dans leur origine⁴², soit dans leur signification, soit dans les deux à la fois. Elles sont évolutives dans le temps et dans l'espace, dynamiques, ont donné lieu à des divergences d'interprétation et s'adaptent à la nature et aux besoins changeants de la société.

Il faudra attendre un arrêt ultérieur de la Cour⁴³ pour qu'elle précise les conditions dans lesquelles cet *ijtihad* doit s'effectuer. Elle va en confier le soin au “détenteur de l'autorité” (*wali al-amr*), en précisant qu'il ne doit être limité par aucun *ijtihad* antérieur en ce

³⁹ La Haute Cour constitutionnelle n'a fait que reprendre une distinction classique en *fiqh*, que le Comité préparatoire mis en place par l'Assemblée du peuple en 1979 lors de la préparation de l'amendement constitutionnel avait déjà lui-même opérée. Cf. compte rendu de la séance n° 77 de l'Assemblée du peuple, 30 avril 1980, p. 7402, cité par 'Adil 'Umar Sharif, *al-qada, al-dusturi fi Misr* (La justice constitutionnelle en Egypte), Dar al-sha'b, Le Caire, (1988), pp. 219-221.

⁴⁰ Les sources considérées comme absolues en *fiqh* classique sont le Coran, l'ensemble des traditions (*sunna*), le consensus de la communauté (*ijma'*) et le raisonnement analogique (*qiyas*).

⁴¹ Le Comité préparatoire *op.cit.* donnait comme exemples les *hudud*, ou les règles de partage de l'héritage. 'Adil 'Umar Sharif, *op.cit.*, p. 220.

⁴² L'origine n'en est pas l'une des quatre sources fondamentales, mais d'autres comme le bien public (*maslaha*), l'équité (*'istihsan*) ou la coutume (*'urf*).

⁴³ HCC, 26 mars 1994, n° 29/11e, *Rec.*, vol. 6, pp. 231 et s. (cf. *infra*).

domaine. Aucune opinion, quelle qu'elle soit, n'a en elle-même une autorité supérieure aux autres. Il faut procéder à un effort interprétatif basé sur la raison:

“L'*ijtihad* n'est rien d'autre qu'un effort intellectuel visant à déduire les règles pratiques de la *shari'a* à partir de ses signes circonstanciés (*adilla tafsiliyya*). Il n'est donc pas possible qu'il se contente d'imiter les prédécesseurs (*al-awwalin*), qu'il calomnie Dieu par le mensonge en posant des autorisations ou des interdictions sans fondement ou se détourne de la Révélation pour ce qui concerne les affaires des gens et ce qui est d'honorable dans leurs coutumes. Il s'agit d'utiliser le jugement de la raison (*hukm al-'aql*) lorsqu'il n'existe pas de texte, afin de parvenir à l'établissement des règles pratiques imposées par l'équité et la clémence de Dieu à Ses serviteurs. Cela est dû au fait que ces règles sont contenues dans la *shari'a* islamique, dès lors que celle-ci n'est pas repliée sur elle-même et n'attribue pas de sacralité (*qudsiyya*) aux propos d'un quelconque des juristes dans l'une ou l'autre des matières la concernant, et n'interdit pas qu'on l'interprète, qu'on l'évalue ou qu'on lui substitue une autre règle. Les opinions interprétatives n'ont pas en elles-mêmes de force obligatoire s'étendant à d'autres qu'à ceux qui les soutiennent. Il n'est donc pas permis de les considérer comme des règles fixes, immuables et incontestables, sinon ce serait nier la réflexion (*ta'ammul*) et la clairvoyance (*tabassur*) dans la religion du Dieu Très-Haut et ne pas admettre une vérité qui est que l'erreur est potentielle dans tout *ijtihad*⁴⁴.”

C'est au *wali al-amr*, au détenteur de l'autorité, que la Cour dévolue la tâche de procéder à cette interprétation et de poser la règle en recourant au raisonnement individuel dans l'intérêt de la *shari'a*. Quant aux raisonnements interprétatifs des prédécesseurs, “ils ne peuvent être une source définitive ou une référence unique d'où devraient émaner toutes les règles pratiques. Au contraire, le *wali al-amr* peut légiférer dans un sens contraire et organiser les affaires des hommes dans un environnement qui, en lui-même, se caractérise par

⁴⁴ *ibid.*, p. 250.

ses situations et conditions particulières, en renvoyant tout différend à Dieu et à son Prophète⁴⁵.

La Haute Cour ajoute que le fait qu'une de ces règles existe depuis longtemps ne constitue pas un obstacle à son remplacement par une nouvelle norme, si l'intérêt de la société l'exige et qu'il ne s'agit pas d'un principe absolu de la *shari'a*. Lorsque les temps changent, l'interprétation doit évoluer en conséquence, afin de refléter la souplesse intrinsèque de la loi islamique.

La Haute Cour constitutionnelle devait avoir l'occasion d'appliquer cette distinction dans différentes affaires dont elle fut saisie. A chaque fois, elle identifia le principe de la *shari'a* en cause comme un principe relatif, soumis par conséquent à l'interprétation du *wali al-amr*.

b) Applications

1. HCC, 15 mai 1993: le droit de garde des enfants et la mut'a de la femme répudiée

⁴⁵ *ibid.* pp. 250-251.

La Haute Cour estima tout d'abord qu'en confiant à la mère, en cas de divorce, la garde des filles jusqu'à l'âge de 12 ans, et des garçons jusqu'à 10 ans, avec la possibilité pour le juge de prolonger cette garde jusqu'à l'âge de 15 ans pour le garçon et jusqu'à son mariage pour la fille - sans que toutefois la mère puisse continuer à toucher la pension pour les frais de garde (*ajr al-hadana*)⁴⁶-, le législateur avait pris en considération l'intérêt de l'enfant et avait donc bien respecté les directives fondamentales de la *shari'a*.

Elle affirma en effet que le droit de garde vise à protéger le bien-être de l'enfant dans les premières années de sa vie et que c'est la raison pour laquelle la *shari'a* le confie en principe à la mère, plus à même de le protéger. Par contre, il n'existe pas de principe absolu quant à la durée de cette garde. Certains parmi les *fuqaha'* avaient choisi de fixer un âge limite de fin de garde, d'autres avaient préféré prendre en considération le moment à partir duquel l'enfant peut subvenir à ses besoins. Tous étaient cependant unanimes pour donner la priorité à l'intérêt de l'enfant. La Cour estima qu'en l'absence de consensus au sein des juristes, l'*ijtihad* était autorisé. La durée de la garde ne doit pas être fixée de façon rigide, mais doit prendre en compte les changements de circonstances, la différence de nature entre garçons et filles et leurs besoins éducatifs respectifs. La *shari'a* autorise une telle souplesse, grâce à ses règles subsidiaires qui reconnaissent la nature évolutive de la société⁴⁷.

⁴⁶ Ni qu'elle puisse continuer à bénéficier du logement conjugal, comme le décidera la Haute Cour constitutionnelle dans cet arrêt.

⁴⁷ Dans un arrêt extrêmement intéressant du 1er mars 1997, la Haute Cour constitutionnelle devait déclarer inconstitutionnel l'article 139 du règlement du statut personnel des coptes orthodoxes de 1938, qui prévoyait que le droit de garde de la mère prenait fin à 7 ans pour le garçon et à 9 ans pour la fille. La Haute Cour estima qu'il n'y avait pas lieu de différencier entre la mère musulmane et la mère chrétienne dans ce domaine: dans les deux cas la protection de la famille et l'intérêt de l'enfant devaient être considérés comme prioritaires. HCC, 1er mars 1997, n° 74/17e, J.O., n° 11, 13 mars 1997.

En ce qui concerne l'article 18 relatif à la *mut'a*, là aussi la Cour le jugea conforme à la Constitution. En effet, si l'origine de cette compensation devait être recherchée dans le Coran⁴⁸, ce verset avait donné lieu à des interprétations divergentes au sein des jurisconsultes. Il n'existait pas de consensus quant au montant de la *mut'a* ni quant à son caractère obligatoire ou non pour le mari. La Haute Cour constitutionnelle estima donc qu'il s'agissait d'une règle relative quant à sa signification, et non d'un principe absolu. Par conséquent, le *wali al-amr* pouvait intervenir pour en définir les conditions d'attribution, en veillant toutefois à ce qu'elles ne contredisent pas un principe absolu de la *shari'a*. En l'espèce, la disposition attaquée prévoyait deux conditions pour pouvoir bénéficier de la *mut'a*: que le mariage ait été juridiquement légal et que le divorce n'ait pas été à l'initiative de la femme ou qu'elle n'en ait pas été responsable. Peu importe que le mariage ait été consommé ou non. La Haute Cour estima que cet article était conforme aux principes de la loi islamique car la *mut'a* vise à attribuer une compensation à la femme pour le préjudice matériel et moral subi par elle:

“La législation relative à la *mut'a* vise à consoler la femme répudiée, à la soigner psychologiquement des souffrances du divorce. La réconforter fait partie de cette civilité (*mur'u'a*) qu'exige la *shari'a* islamique et qui a été, de toute évidence, négligée en pratique, particulièrement entre deux époux dont le lien affectif s'est rompu”⁴⁹.

Il en est autrement lorsque la femme est à l'origine du divorce ou y consent. Elle n'a pas à être compensée pour un préjudice qu'elle n'a pas subi. Les conditions fixées par le législateur pour l'octroi de la *mut'a*, conclut la Cour, sont donc bien conformes aux principes de la *shari'a*.

Quant au montant lui-même, la Haute Cour estime qu'il n'existe pas là non plus de principe absolu. Par conséquent, le législateur était libre de le réglementer en tenant compte de l'intérêt de

⁴⁸ Sourate II, verset 241.

⁴⁹ HCC, 15 mai 1993, n° 7/8e, *op.cit.*, p. 305.

la société. En l'espèce, l'article 18 prévoyait que le mari était tenu de verser un montant représentant au minimum deux années de pension alimentaire, évalué par le juge en fonction de la situation financière du mari, des circonstances du divorce et de la durée du mariage. Cette disposition n'avait pas cherché à restreindre le droit au divorce, mais à s'assurer que le montant soit aussi réaliste que possible, sans être excessif pour autant. La décision de fixer une limite inférieure, mais pas une limite supérieure, relevait du pouvoir discrétionnaire du législateur et échappait au cadre du contrôle de constitutionnalité, conclut la Haute Cour.

2. HCC, 26 mars 1994⁵⁰: la pension alimentaire des enfants

L'article 18 bis alinéa 4 du décret-loi n° 25 de 1929, tel qu'amendé par la loi n° 100 de 1985, prévoit que "la pension alimentaire (*nafaqa al-awlad*) versée par le père à ses enfants est due à compter du jour où il s'abstient de la leur verser". Il autorise donc tout enfant à réclamer rétroactivement à son père le paiement de la pension alimentaire à compter du jour où il a cessé de la verser. Un recours contre cet article fut introduit devant la Haute Cour constitutionnelle par un père, condamné en 1989 par le juge du fond à payer à la mère de leur fille des arriérés de pension remontant à 1973. Il invoqua l'inconstitutionnalité de cet article pour atteinte à la loi islamique, estimant que l'école hanafite n'imposait le paiement de la pension alimentaire qu'à partir du jour du jugement. Or l'article 280 du règlement d'organisation des anciens tribunaux *shar'i* prévoyait qu'en l'absence de texte législatif, il fallait se référer aux textes de l'école d'Abu Hanifa.

La Haute Cour constitutionnelle affirma qu'il n'existe pas dans la loi islamique de principe absolu interdisant à l'enfant de toucher la pension alimentaire rétroactivement et, qu'en conséquence, il était

⁵⁰ HCC, 26 mars 1994, n° 29/11e, *Rec.*, vol. 6, pp. 231-256. Pour une analyse et une traduction de l'arrêt, voir Baudouin Dupret, "A propos de la constitutionnalité de la shari'a: présentation et traduction de l'arrêt du 26 mars 1994 de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne", *Islamic Law and Society*, 4, 1, (1997), pp. 91-113.

donc bien permis au *wali al-amr* de recourir au raisonnement interprétatif. Certes, pour les Hanafites, la pension alimentaire n'est imposée au père par la religion que s'il y consent ou s'il a été condamné par le juge à la verser et n'est pas exigible avant cela. Mais cette interprétation repose sur l'idée que pendant la période antérieure au jugement, l'enfant a vu, d'une manière ou d'une autre, ses besoins satisfaits et qu'il n'a donc plus besoin de couvrir les frais relatifs à cette période. La Cour estima que ce postulat devait être écarté car il ne se vérifie pas dans tous les cas et ne reflète pas les formes les plus courantes de la vie pratique:

“Il n'y a aucune preuve qu'il [ce postulat] soit plus conforme à l'intérêt de la famille ou plus à même de renforcer la compréhension mutuelle de ses membres. En fait, il contredit l'essence même de leurs relations et détruit leur structure. Les changements d'époque imposent qu'on s'écarte de cet *ijtihad*, conformément à la souplesse (*maruna*) que contient la *shari'a* islamique dans ses règles subsidiaires, afin de répondre aux évolutions et de maintenir un lien avec les intérêts des gens, leurs besoins nouveaux, leurs coutumes évolutives, sans que cela ne contredise toutefois un principe absolu (*qat'i*)⁵¹”.

Cette solution a pu correspondre aux besoins d'une certaine époque, lorsque les contraintes religieuses étaient plus strictes et l'accès au juge plus rapide. Toutefois, les temps ont changé et les règles juridiques islamiques doivent changer également:

“[Cette interprétation] a pu concorder avec les critères de leur époque, lorsque l'interdit religieux était fort et qu'il était facile de recourir à un juge afin qu'il fournisse une solution définitive et rapide au litige qui lui était soumis. Mais l'évolution du temps a entraîné la négligence dans les préoccupations, un déclin des préceptes divins et la corruption des consciences. Certains pères ne sont plus les compagnons amènes de leurs enfants. Il est donc nécessaire

⁵¹ HCC, 26 mars 1994, n° 29/11e, *op.cit.*, p. 252.

que la règle de la *shari'a* s'adapte au changement de temps, de lieu, de circonstances et de personnes⁵².

Suite à des promesses du père, la procédure devant les tribunaux a pu être retardée. C'est alors une injustice qui cause du tort à ses enfants et dont ne devrait pas profiter le père, en vertu de la règle "*la darar wa la dirar*" (ni préjudice ni contre-préjudice). Il revient donc au *wali al-amr* de faire cesser ce préjudice.

L'origine du versement de la pension alimentaire par le père réside dans le lien du sang qui existe avec son enfant et ne s'efface pas avec les années. Le jugement obligeant le père à payer ne crée pas une obligation nouvelle mais ne fait que confirmer une obligation antérieure. C'est d'ailleurs la solution adoptée par l'école malikite. Estimant donc que ne pas exiger le versement de la pension à dater de la survenance de sa cause conduit à une injustice, le juge constitutionnel en déduit que la dette que constitue cette pension alimentaire est exigible du père rétroactivement. Il conclut en rejetant l'exception d'inconstitutionnalité.

⁵² *ibid.*, p. 255.

3. *HCC, 14 août 1994⁵³: la polygamie et le droit de demander le divorce*

⁵³ HCC, 14 août 1994, n° 35/9e, *Rec.*, vol. 6, pp. 331-357.

L'article 11 du décret-loi n° 29 de 1929, tel qu'amendé par la loi n° 100 de 1985, donne le droit à la femme mariée d'obtenir le divorce si son mari épouse une autre femme, à condition toutefois qu'elle prouve avoir subi un préjudice matériel ou moral du fait de ce nouveau mariage, de nature à rendre la vie conjugale impossible⁵⁴. Tout homme qui contracte mariage doit indiquer son statut sur le contrat de mariage. S'il est déjà marié, alors l'officiel en charge du mariage doit informer la première épouse du remariage de son époux. Cette dernière a alors le droit de demander le divorce, dans un délai d'une année à compter du jour de la notification, à condition qu'elle puisse prouver l'existence d'un préjudice. Un époux bigame, dont la femme demandait le divorce sur cette base, souleva l'inconstitutionnalité de cet article pour violation de l'article 2 de la Constitution, estimant que les conditions posées par cette disposition restreignaient le droit que la *shari'a* lui a donné d'avoir plusieurs épouses.

La Haute Cour constitutionnelle refusa de donner droit au requérant. En effet, le principe même de la licéité de la polygamie dérive certes d'un verset coranique, immuable dans le temps et dans l'espace⁵⁵. Mais ce verset “n'interdit pas d'avoir plus d'une épouse, pas plus qu'il n'y oblige, il ne fait qu'autoriser la polygamie”. De plus, s'il a donné le droit à un homme d'avoir plusieurs épouses, en fonction de ses besoins, cette autorisation est subordonnée à la garantie que toutes les épouses seront traitées de manière juste et équitable:

“Lorsque Dieu le Très Haut a autorisé la polygamie, il l'a fait en fonction d'un intérêt qu'il a estimé répondre aux réalités de l'être humain. Il l'a donc consacrée, tout en la maintenant dans les limites de la juste moyenne qu'exige la modération, faisant de la polygamie, qui n'est rien d'autre que le fait d'avoir plus d'une épouse et moins que quatre, un droit pour chaque homme. [...]. Mais s'il [le mari] ne garantit

⁵⁴ La loi de 1979 réformant le statut personnel, déclarée inconstitutionnelle par la Haute Cour constitutionnelle pour vice de forme en 1985, donnait un droit automatique à la femme d'obtenir le divorce, si le nouveau mariage s'était produit à son insu ou sans son consentement, sans qu'elle ait à prouver avoir subi un dommage.

⁵⁵ Sourate IV, verset 3.

pas la justice, alors il n'a droit qu'à une seule, et ne peut en prendre d'autres, afin de ne pas porter sur une autre qu'elle toute son affection”⁵⁶.

En l'espèce, la disposition objet du recours n'a pas interdit à un homme d'avoir plusieurs épouses, elle s'est seulement basée sur des fondements objectifs, prenant en considération la souffrance matérielle et morale de la première épouse, qui rendait impossible le maintien d'une vie décente entre eux. Le fardeau de la preuve pèse sur la femme et le juge n'a le droit de prononcer le divorce que s'il ne parvient pas à réconcilier les deux parties. Elle ne porte donc pas atteinte au droit d'être polygame.

4. HCC, 18 mai 1996⁵⁷: l'affaire du voile islamique

La Haute Cour fut saisie d'un règlement administratif, l'arrêté n° 113 (complété par l'arrêté n° 208) du ministre de l'Education du 17 août 1994, interdisant l'accès à l'école aux élèves portant le voile complet (*niqab*) et imposant à tous les élèves le port d'un uniforme. Les cheveux pouvaient être couverts, à la demande écrite du tuteur légal (*wali al-amr*) de l'élève, mais le visage ne devait en aucun cas être voilé. Ses deux filles s'étant vues interdire l'admission à l'école parce qu'elles portaient un voile cachant leur visage, leur père saisit le tribunal administratif d'Alexandrie pour obtenir l'annulation de la décision du directeur de l'école refusant l'admission de ses filles. Il invoqua à cette occasion l'inconstitutionnalité de l'arrêté ministériel, pour violation notamment de l'article 2 de la Constitution.

⁵⁶ HCC, 14 août 1994, n° 35/9e, *op.cit.*, p. 350.

⁵⁷ HCC, 18 mai 1996, n° 8/17e, *Rec.*, vol. 7, pp. 657-679. Pour une analyse de l'affaire, voir Kilian Bälz, “La construction séculière du droit islamique: la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et la “bataille du voile” dans les écoles publiques”, *Droit et Société*, 39, (1998), pp. 277-291 et Baudouin Dupret, “La recherche judiciaire d'une moralité conforme: la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et le voile”, in *Urbanité arabe. Hommage à Bernard Lepetit*, Arles, Sindbad, Actes Sud, (1998), pp. 353-381.

La Haute Cour va commencer par rappeler que l'islam est intervenu pour rehausser la valeur (*qadr*) de la femme et l'inciter à protéger sa chasteté (*'afaf*), à préserver son corps de la déchéance (*mahana*) et de l'indécence (*ibtidhal*) et la mettre hors de portée des instincts bestiaux (*hayawaniyya*). En conséquence, la femme n'est pas libre de se vêtir comme elle le souhaiterait. Toutefois, il n'existe pas de texte absolu dans son origine et sa signification réglementant en détail les vêtements que la femme doit porter et les parties de son corps qu'elle doit obligatoirement voiler, les versets coraniques⁵⁸ en la matière ayant donné lieu à des divergences d'interprétation:

⁵⁸ La Haute Cour cite les versets 31 de la sourate XXIV et 59 de la sourate XXXIII.

“Rien dans les textes coraniques ou dans la vénérable *sunna* n'indique que les vêtements de la femme doivent légalement la couvrir entièrement et qu'elle doive porter un *niqab* qui l'enveloppe et retombe sur elle de telle façon que n'apparaissent que ses yeux et leur pourtour. L'obliger à cacher son visage, ses mains et même ses pieds selon certains, ne peut être une interprétation acceptable et tirée obligatoirement de la religion. En effet, il est convenu que la notion de parties sexuelles ne s'étend pas à ces parties de son corps. Au contraire, le fait de se découvrir le visage va faciliter ses relations avec les gens qui la connaissent et qui vont exercer une forme de contrôle sur son comportement. C'est donc la meilleure garantie de sa pudeur, de la modestie de son regard, le meilleur gardien de son psychisme et le meilleur moyen pour qu'elle se sente à l'aise”⁵⁹.

Certes, il existe des textes dont l'origine est absolue -les versets coraniques- mais leur signification est relative. On se trouve donc dans l'hypothèse où le *wali al-amr* pourra recourir au raisonnement individuel pour légiférer, en tenant compte des coutumes et usages courants (*'adat wa a'raf*) dans sa société, à condition bien sûr qu'ils ne contredisent pas un principe absolu de la loi islamique.

Ce faisant, il ne faudra pas exagérer et mettre la femme dans une situation délicate (*harj*) en considérant son corps tout entier comme constitué de parties sexuelles (*'awra*). La femme va être amenée à étudier, à sortir et à se mêler aux autres et il n'est pas imaginable qu'alors que la vie s'agite autour d'elle, on lui impose d'être “un fantôme (*shabha*) drapé de noir ou de toute autre couleur”. Ses habits doivent protéger sa vertu, sans toutefois entraver ses gestes. Il faut trouver un équilibre entre les deux.

⁵⁹ HCC, 18 mai 1996, n° 8/17e, *op.cit.*, pp. 675-676.

En interdisant le port du *niqab* dans les écoles publiques, conclut la Haute Cour, le législateur n'a donc pas contrevenu aux principes de la *shari'a* islamique⁶⁰.

5. HCC, 6 janvier 1996⁶¹: versement de la nafaqa en nature

⁶⁰ La Cour estimera que les articles 41 (liberté personnelle) et 47 (liberté religieuse) n'ont pas été violés non plus par cet arrêté. Il est intéressant de comparer la position du juge constitutionnel égyptien avec celle de la Haute Cour constitutionnelle turque qui a, elle aussi, confirmé une interdiction législative de porter le foulard (dans les universités), en invoquant toutefois des arguments différents de ceux avancés par le juge constitutionnel égyptien: le principe de laïcité doit prévaloir en toutes circonstances sur la liberté de conscience et de religion. Analyse et texte français de l'arrêt dans Constance Grewe et Christian Rumpf, "La Cour constitutionnelle turque et sa décision relative au foulard islamique", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 3, n° 4, (1991), pp. 113-124 et 143-151.

⁶¹ HCC, 6 janvier 1996, n° 5/8e, *Rec.*, vol. 7, pp. 347-387.

Dans cette affaire, la Haute Cour fut saisie à nouveau de l'article 18 bis de la loi n° 25 de 1929 telle qu'amendée en 1985, relatif à la pension alimentaire (*nafaqa*) des enfants et au droit de la femme divorcée à demeurer dans le domicile conjugal jusqu'à l'expiration de son droit de garde. La Cour rappela que la pension alimentaire ne fait l'objet d'aucun texte absolu dans son origine et sa signification et que, par conséquent, il appartient au *wali al-amr* d'en régler les conditions. La Cour estima qu'elle est une obligation pour le père, découlant d'un fondement fixe incontestable (*asl thabit la jadal fihi*). Le fait de pourvoir au logement des enfants en fait partie et la *shari'a* n'interdit pas que cette obligation soit effectuée en nature. En posant le principe que la femme puisse soit rester dans le logement conjugal, soit se voir attribuer par le juge le montant du loyer d'un autre logement, le législateur n'avait pas violé l'article 2 de la Constitution⁶².

En dehors des cas où la Cour a été amenée à se prononcer directement sur la portée de l'article 2 et de son amendement, il lui est arrivé également de se référer à la loi islamique, à titre subsidiaire.

II. La Haute Cour invoque des principes de la *shari'a* islamique

Il arrive parfois que le requérant soulève dans son recours l'inconstitutionnalité d'une loi pour violation de diverses dispositions de la Constitution, dont l'article 2. Un texte lui ayant ainsi été déféré pour violation du droit de propriété tel que garanti à la fois par la Constitution (article 34) et par la *shari'a* islamique, le juge constitutionnel a été amené à se prononcer sur sa conception du droit de propriété dans la loi islamique. Après avoir jugé que le texte objet du recours n'avait pas violé le droit de propriété tel que garanti par la

⁶²Le juge estima par contre que la disposition avait violé l'article 40 de la Constitution relatif au principe d'égalité. En effet elle opérait une différence entre les logements loués / non loués (si le logement n'était pas loué, le père avait le droit d'y demeurer, à condition qu'il offre un autre logement approprié à son ex-épouse et à leurs enfants. Si le logement était loué, c'est le juge qui choisissait entre le maintien dans le logement conjugal ou le versement d'un loyer), qui ne reposait pas sur des fondements objectifs et était donc discriminatoire.

Constitution et n'avait pas été au-delà de sa fonction sociale, il affirma que:

“les principes de la *shari'a* islamique, auxquels la Constitution a prévu que les textes législatifs devaient se rattacher afin de garantir qu'ils leur soient conformes, ne sont pas violés par la réglementation légale objet du présent recours, mais viennent au contraire la renforcer. En effet, le détenteur de l'autorité (*wali al-amr*) est tenu d'intervenir pour réglementer la propriété si les gens font un mauvais usage de leurs biens, afin qu'il les remette dans la bonne voie (*wajha rashida*), conformément à l'intérêt de la société, à ses besoins, et en écartant d'elle tout préjudice”⁶³.

De même, dans une autre affaire portant également sur le droit de propriété, et où le requérant avait là aussi invoqué la violation des articles 2 et 34 de la Constitution, la Haute Cour rejeta ce grief en affirmant que conformément à la *shari'a*, “tous les biens appartiennent à Dieu, c'est lui qui les a créés et c'est à lui qu'ils reviennent. Il a confié aux hommes (*'ibad*) le soin de peupler la terre et ils sont responsables des biens qu'ils possèdent en tant que représentants désignés (*mustakhlafun*)”. La Cour insista sur le fait que la propriété n'est pas un droit purement privé, mais doit être réglementée par le *wali al-amr*, conformément aux objectifs de la *shari'a* en la matière. Or, parmi ces derniers, figure le respect de l'intérêt du groupe (*maslaha al-jama'a*) que le *wali al-amr* doit donc protéger de tout préjudice. En opérant un équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt privé, le législateur n'avait pas violé la loi islamique⁶⁴.

⁶³ HCC, 4 mai 1991, n° 23/9e, *Rec.*, vol. 4, pp. 335-345 (ici, p. 344). Le texte en cause était l'article 152 alinéa 1 de la loi agricole n° 53 de 1966, telle qu'amendée par la loi n° 116 de 1983, qui interdisait la construction de tout bâtiment sur des terres agricoles sans autorisation du gouverneur.

⁶⁴ HCC, 14 mars 1992, n° 36/9e, *Rec.*, vol. 5, part. 1, pp. 274-291 (ici, p. 286). Le demandeur attaquait la constitutionnalité de l'article 22 alinéa 2 de la loi n° 136 de 1981 qui exige qu'un locataire qui construit son propre immeuble, comprenant plus de trois unités, quitte l'appartement qu'il louait, à moins qu'il offre à son propriétaire ou à un proche de son propriétaire, de louer un appartement dans l'immeuble qu'il a construit, avec un loyer qui ne soit pas supérieur à celui que lui-même paye.

Dans une affaire concernant cette fois-ci non plus le droit de propriété mais le principe d'égalité, le demandeur invoqua le non respect des articles 2, 8 (égalité des chances) et 40 (égalité devant la loi) de la Constitution. La Haute Cour devait rejeter tous les griefs du demandeur, estimant que les articles 8 et 40 n'avaient pas été violés car ils garantissent une égalité relative et non absolue et que le législateur peut user de son pouvoir discrétionnaire pour procéder à des distinctions si elles sont fondées objectivement et conformes à l'intérêt général. Quant à l'article 2 de la Constitution, "les considérations qui ressortent des travaux préparatoires des deux textes législatifs objets de l'exception confirment qu'ils visaient à asseoir le concept d'équité (*'adala*) en ce qui concerne le montant de la retraite, sans porter atteinte aux principes de la *shari'a* islamique"⁶⁵.

Il est vrai qu'il est arrivé à la Haute Cour constitutionnelle de déclarer qu'un texte n'avait pas respecté un principe de la *shari'a* islamique, mais cette affirmation était à chaque fois accompagnée de la déclaration d'inconstitutionnalité du texte pour violation d'un droit fondamental garanti par la Constitution. La violation de l'article 2 venait donc *en surplus*, à titre corroboratif en quelque sorte.

⁶⁵ HCC, 7 mars 1992, n° 37/7e, *Rec.*, vol. 5, part. 1, pp. 229-239 (ici, p. 238). L'affaire portait sur les articles 8 de la loi n° 93 de 1980 et 16 alinéa 2 de la loi n° 47 de 1984 amendant la loi sur la sécurité sociale n° 79 de 1975, qui prévoyaient la réévaluation des pensions de retraite seulement pour les retraites prises avant le 31 décembre 1974.

Elle a ainsi affirmé que le fait de fixer une limite maximale au montant des biens restitués en nature suite à la mise sous séquestre de 1964 est contraire à la fonction sociale de la propriété privée telle que garantie par l'article 32 de la Constitution et par les principes de la *shari'a* islamique, sans développer davantage cet argument et alors même que le demandeur, s'il avait invoqué la violation de nombreux articles de la Constitution, n'avait pas mentionné l'article 2. La Cour réaffirmera peu de temps après que priver le propriétaire de tous ses droits sur l'appartement qu'il possède est contraire aux principes de la *shari'a* islamique et que le *wali al-amr* aurait dû procéder à un équilibre entre les droits du propriétaire et ceux du locataire au lieu d'infliger tous les préjudices au propriétaire seulement⁶⁶. Là non plus toutefois, la Haute Cour ne se réfère à aucun principe précis de la loi islamique. Elle ne reprend même pas la violation de l'article 2 dans son dispositif, déclarant dans les deux cas le texte inconstitutionnel pour violation des articles de la Constitution relatifs au droit de propriété *stricto sensu*⁶⁷.

Réaffirmant les mêmes principes dans un arrêt ultérieur⁶⁸, la Haute Cour conclura que le texte objet du recours n'étant pas parvenu à l'équilibre nécessaire entre l'intérêt du bailleur et celui du

⁶⁶ HCC, 27 mai 1992, n° 25/11e, *Rec.*, vol. 5, part. 1, pp. 408-428. L'affaire concernait l'article 55 alinéa 2 de la loi n° 17 de 1983 sur les avocats, qui autorise les avocats qui cèdent la location de leurs offices à garder la totalité de la commission perçue sur le repreneur, et prive le propriétaire du droit de préemption, par dérogation au régime général fixé par l'article 20 de la loi 136/1981 sur la location/vente.

⁶⁷ HCC, 16 mai 1992, n° 65/4e, *Rec.*, vol. 5, part. 1, pp. 344-362. L'affaire concernait les articles 2 et 6 du décret-loi n° 141 de 1981 et l'article 10a de la loi n° 69 de 1974 qui prévoient la restitution en nature des terrains séquestrés en 1964 à condition que leur valeur ne dépasse pas 30 000 LE.

⁶⁸ HCC, 18 mars 1995, n° 6/9e, *Rec.*, vol. 6, pp. 542-566. La disposition objet du recours était l'article 29 de la loi n° 49 de 1977 relative à la location et à la vente de biens et à la réglementation des relations entre bailleur et locataire, telle qu'amendée par la loi n° 136 de 1981, qui prévoyait qu'un contrat de location ne prendrait pas fin au jour du décès du bailleur ou de son abandon du logement, si sa femme, ses enfants ou un parent au troisième degré qui y avait résidé avec lui pendant au moins une année, décidait de continuer à y vivre. Voir aussi HCC, 3 juillet 1995, n° 11/16e, *Rec.*, vol. 7, pp. 19-44.

propriétaire, il avait par conséquent violé le droit de propriété (articles 32 et 34 de la Constitution), mais aussi l'article 2⁶⁹.

La Haute Cour recourt parfois à l'ordre normatif religieux dans le cadre de sa création du droit. Cherchant à faire dériver du texte constitutionnel un droit fondamental qui n'y était pas expressément consacré, elle va recourir à diverses méthodes d'interprétation, dont le recours au droit international et à la *shari'a*, pour prouver qu'il faut considérer le droit en question comme dérivant obligatoirement des autres dispositions constitutionnelles.

⁶⁹ Pour un autre exemple d'appel à la *shari'a* islamique à l'appui de la protection de la propriété privée, voir Chibli Mallat, "Constitutional law in the Middle East: The Emergence of Judicial Power", in E. Cotran and C. Mallat (eds), *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, Vol. 1, Kluwer Law International, (1995), pp. 86-100, qui relate le conflit ayant opposé pendant les années quatre-vingt le parlement iranien et le Conseil des gardiens, le premier voulant redistribuer les terres agricoles et le second s'y opposant au nom de la Constitution et de la *shari'a* islamique.

Une exception d'inconstitutionnalité lui fut soumise⁷⁰ contre l'article 73 de la loi du Conseil d'Etat, promulguée par le décret-loi n° 47 de 1972, qui prévoit qu'un candidat à un poste de conseiller au Conseil d'Etat ne doit pas être marié à une étrangère. Bien que la Constitution égyptienne ne garantisse pas expressément le droit de choisir librement son conjoint, la Haute Cour réussit à affirmer l'existence de ce droit en combinant plusieurs dispositions constitutionnelles et en faisant appel à des textes internationaux et à des principes de la *shari'a* islamique. Le juge constitutionnel invoqua ainsi à l'appui de sa démonstration, d'une part, le fait que la *shari'a* protège la vie privée et, d'autre part, qu'elle encourage au mariage:

“La *shari'a* islamique, dans ses principes fondamentaux (*fi mabadi'ha al-kulliyya*) garantit le droit à la vie privée en interdisant d'épier les gens et d'être à l'affût de leurs points faibles. Dieu, dans Sa grandeur, dit “n'espionnez pas”⁷¹ (*la tajassasu*). De même, elle encourage à contracter mariage pour des raisons sociales, psychologiques et religieuses, car le mariage est un contrat qui va servir à résoudre le problème de l'intimité -pour la vie en principe- entre un homme et une femme et garantir leur coopération. Les textes coraniques y encouragent et le déclarent licite. Dieu, dans Sa grandeur, dit: “Hommes!, soyez pieux envers votre Seigneur qui vous a créés [*à partir*] d'une personne unique dont, pour elle, Il a créé une épouse et dont Il a fait proliférer en grand nombre des hommes et des femmes!”⁷². Louanges à Dieu qui dit encore: “Parmi Ses signes est d'avoir créé pour vous des épouses issues de vous, afin que vous vous reposiez auprès d'elles, et d'avoir mis entre vous affection et mansuétude”⁷³. Dans Sa grandeur, Dieu dit: “Certes, nous avons envoyé des Apôtres avant toi, et Nous leur avons donné des épouses et une descendance”^{74,75}.

⁷⁰ HCC, 18 mars 1995, n° 23/16e, *Rec.*, vol. 6, pp. 567-596.

⁷¹ Sourate XLIX, verset 12.

⁷² Sourate IV, verset 1. Traduction Régis Blachère, *Le Coran*, Paris, Maisonneuve & Larose, (1980).

⁷³ Sourate XXX, verset 21.

⁷⁴ Sourate XIV, verset 38.

⁷⁵ HCC, 18 mars 1995, n° 23/16e, *op.cit.*, p. 590.

De même, la Cour fut saisie⁷⁶ de l'article 15 de la loi n° 40 de 1977 sur les partis politiques, telle qu'amendée par le décret-loi n° 36 de 1979, qui prévoit la responsabilité personnelle du chef de parti en matière de publication. Afin de démontrer que la Constitution garantit le caractère personnel de la responsabilité pénale, la Haute Cour va se référer à différents répertoires normatifs, dont le répertoire normatif islamique:

“[...] En conséquence, le caractère personnel de la sanction, tel que la Constitution l'a garanti dans son article 66, suppose le caractère personnel de la responsabilité pénale. Car l'individu n'est responsable d'un délit et n'en subit la sanction que s'il est considéré comme son auteur ou coauteur. Si ce qui précède exprime la justice pénale dans sa véritable acception et reflète certains de ses traits les plus avancés, cela n'est pas étranger non plus à la croyance (*'aqida*) musulmane qui cristallise sa valeur suprême. Le Très Haut dit dans ses sages versets: “Il ne vous sera pas demandé compte de ce que Nous avons commis et il ne vous sera pas demandé compte de ce que vous faites”⁷⁷. L'homme n'a que ce qu'il mérite et la sanction la plus juste est la conséquence de ses actes et le fruit de sa volonté libre dont elle est issue”⁷⁸.

La Cour a aussi recouru notamment à la *shari'a* islamique pour renforcer la garantie du principe de la présomption d'innocence, déclarant le texte objet d'un recours comme inconstitutionnel pour violation de l'article 2 (mais aussi pour la violation d'autres dispositions constitutionnelles comme la liberté personnelle, le respect des droits de la défense ou le principe de séparation des pouvoirs)⁷⁹.

⁷⁶ HCC, 3 juillet 1995, n° 25/16e, *Rec.*, vol. 7, pp. 45-94.

⁷⁷ Sourate XXXIV, verset 25.

⁷⁸ *ibid.*, p. 86.

⁷⁹ HCC, 20 mai 1995, n° 31/16e, *Rec.*, vol. 6, pp. 716-739 (ici pp. 734-735).

L'article 2 alinéa 1 de la loi n° 48 de 1941 présumait, avant son amendement en 1994, que toute personne faisant du commerce de nourriture et médicaments périmés était présumée avoir connaissance de la fraude et chercher à le dissimuler, à moins qu'elle puisse prouver sa bonne foi.

Signalons, enfin, que la Haute Cour a eu l'occasion de se prononcer sur le concept d'usure (*riba*)⁸⁰. Elle fut ainsi saisie d'un recours en inconstitutionnalité contre l'article 38 alinéa 2 de la loi n° 133 de 1981 relative aux taxes à la consommation, que le requérant accusait de légaliser l'usure (*riba*), en violation des principes de la *shari'a* islamique. Le juge constitutionnel commença par rappeler la définition de l'usure telle que la loi islamique la prohibe: il s'agit d'un accord entre deux parties en vertu duquel le créancier accorde un délai au débiteur en échange d'une augmentation du montant de la dette, constitutif d'exploitation (*istighlal*) et d'opportunisme (*intihaz*), et que la faiblesse (*du'f*) et la soumission (*rudukh*) du débiteur poussent à accepter. Or, en l'espèce, l'amende prévue par le texte objet du recours devait être considérée comme une pénalisation visant à inciter le contribuable à s'acquitter du paiement de ses impôts dans les délais fixés par la loi. Ce n'était donc pas la contrepartie de l'octroi d'un délai supplémentaire que l'Etat accorderait au contribuable, mais une mesure dissuasive visant à l'inciter à payer ses taxes à l'échéance légale. Il n'y avait donc pas *riba* et ceci d'autant plus que la sanction prévue par ce texte n'était pas le fruit de la volonté (*walid al-irada*), mais imposée par un texte légal.

III. Bilan: la Haute Cour constitutionnelle limite la portée de l'article 2

Par sa jurisprudence, la Haute Cour constitutionnelle a certes reconnu la valeur symbolique des principes de la *shari'a* islamique mais a toutefois réduit la portée de l'article 2 de la Constitution, que ce soit en refusant de placer la *shari'a* au-dessus de la Constitution ou en ne déclarant figés que ses seuls principes absolus.

1. Les principes de la *shari'a* islamique n'ont pas valeur supra-constitutionnelle

⁸⁰ HCC, 18 mai 1996, n° 93/6e, *Rec.*, vol. 7, pp. 709-715.

La jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle sur la non-rétroactivité de l'article 2 a été loin de faire l'unanimité. Certains lui reprochent d'avoir accordé une trop grande valeur juridique à la loi islamique:

“Si ingénieuse soit-elle, cette solution adoptée par la Cour suprême repose sur une interprétation défectueuse de l'article 2 de la Constitution. Nous pensons que cet article 2 est adressé uniquement au législateur et ne peut être sanctionné que politiquement. L'article 2 de la constitution ne contient aucune norme objective sur laquelle une action en nullité pour inconstitutionnalité pourrait se baser. Il n'y a donc pas lieu de faire une distinction entre la législation antérieure et la législation postérieure à la modification de cet article.[...] Il est clair que tous les arguments invoqués par la Cour suprême pour refuser aux tribunaux le droit de déterminer les règles applicables de la chari'a, peuvent être utilisés contre le pouvoir que la Cour se donna dans le même domaine. La position contradictoire de la Cour ne peut être expliquée que par cet état d'idéologisation intense de toute la sphère juridique en Egypte. La Cour, semble-t-il, se sentit incapable d'aller à l'encontre du courant idéologique dominant. Elle a choisi de prendre une position médiane, qui permet au pouvoir de gagner du temps, tout en garantissant un minimum de stabilité juridique. Cependant, la position de la Cour risque d'aboutir à un certain immobilisme juridique. Déjà l'on hésite à demander les remaniements des anciens Codes devenus caducs, car une fois remaniés, ils tomberont sous le pouvoir de contrôle de la Cour constitutionnelle quant à leur conformité à la chari'a”⁸¹.

D'autres, au contraire, estiment que la *shari'a* islamique doit toujours prévaloir sur toute autre législation, fut-elle constitutionnelle. Quant au juge, ordinaire ou constitutionnel, il ne doit pas obéir à un ordre contraire à la loi islamique et est donc tenu d'écarter toute loi qui ne lui serait pas conforme et de la remplacer par le principe islamique adéquat. D'une part, le *wali al-amr*, successeur (*khalif*) du prophète, est tenu de respecter la loi islamique, d'autre

⁸¹ Hossam Issa, “L'Etat de droit en Egypte, Mythe idéologique et réalités politiques”, in Mahiou (ed.), *L'Etat de droit dans le monde arabe*, CNRS Editions, (1997), p. 350.

part, en tant que représentant de la communauté musulmane, il est tenu de respecter sa volonté qui est de voir appliquer la *shari'a*. Enfin, le risque de déstabilisation de l'ordre juridique est exagéré et ne repose sur aucune preuve, un seul jugement ne pouvant remettre en cause l'ensemble de l'ordonnement juridique⁸².

⁸² Voir par exemple 'Abd al-Aziz Muhammad Saliman, *Riqaba dusturiyyat al-qawanin* (Le contrôle de constitutionnalité des lois), Dar al-fikr al-'arabi, Le Caire, (1995), pp. 401-413.

Certes, la référence de l'article 2 de la Constitution aux principes de la *shari'a* islamique avait incorporé la loi islamique à la Constitution, donc au droit positif. On aurait pu penser au départ, comme Bernard Botiveau, qu'il pourrait exister "une hiérarchie déclarée entre l'esprit de l'article 2 posant la *chari'a* comme source première et les autres articles régis par le droit positif et donc susceptibles d'être pour partie d'entre eux, contestés comme non conformes à l'article 2"⁸³. Mais la Haute Cour constitutionnelle a refusé de donner valeur supra-constitutionnelle aux principes de la *shari'a* islamique et n'a jamais examiné la légitimité des dispositions de la Constitution de 1971 à l'aune des principes de la *shari'a* islamique⁸⁴.

Il est vrai que par son arrêt de 1985, elle a distingué deux types de dispositions constitutionnelles: il y a l'article 2 d'un côté et puis tous les autres articles d'un autre côté, notamment tous ceux qui consacrent des droits fondamentaux. Mais cette distinction est loin d'être à l'avantage de l'article 2. Si la Cour refuse de contrôler la constitutionnalité par rapport à l'article 2 de toute loi antérieure à la date d'entrée en vigueur de sa formulation actuelle (1980), parallèlement elle n'a jamais refusé de contrôler la conformité aux autres dispositions constitutionnelles de lois antérieures à leur entrée en vigueur (1971 pour la plupart)⁸⁵.

De plus, si elle adresse une injonction au législateur, afin de lui rappeler qu'il est de sa responsabilité politique d'amender les lois antérieures à 1980 pour les rendre conformes aux principes de la *shari'a* islamique, elle ne lui fixe toutefois pas de délai pour s'acquitter de cette responsabilité et ne fait pas de cette obligation une responsabilité juridique. Il est vrai que le principe de la séparation des pouvoirs le lui aurait interdit, quand bien même elle l'aurait souhaité. Or, le Constituant égyptien n'ayant pas non plus fixé au législateur de date limite pour procéder à cette "purification" des textes antérieurs, ce dernier n'est donc pas juridiquement tenu de s'y atteler.

⁸³ Bernard Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes. Mutation des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Paris, Karthala, (1993), p. 286.

⁸⁴ Pour une analyse de l'unité des dispositions de la Constitution et le refus consécutif d'une hiérarchie en son sein, voir Baber Johansen, "Supra-Legislative Norms and Constitutional Courts: the Case of France and Egypt", in Eugene Cotran et Adel Omar Sherif (eds), *The Role of the Judiciary in the Protection of Human Rights*, Kluwer Law International, La Haye, Pays-Bas, (1997), CIMEL Book Series, n° 5, pp. 347-376.

⁸⁵ Il existe par exemple un important contentieux constitutionnel relatif à la conformité à l'article 34 de la Constitution de 1971 (protection de la propriété privée) de lois adoptées à l'époque nassérienne.

Pour la Haute Cour, la “législation” à laquelle se réfère l’article 2 de la Constitution est donc la législation ordinaire adoptée par le législateur et non la loi constitutionnelle adoptée par le Constituant. Si la *shari'a* est supérieure aux lois ordinaires, elle ne se voit toutefois pas reconnaître valeur supra-constitutionnelle. Dans une pyramide kelsénienne des normes, la loi islamique se situerait certes au-dessus de la loi ordinaire, mais au même rang que les autres normes constitutionnelles, voire même légèrement en-dessous, puisque seul l’article 2 de la Constitution ne se voit pas reconnaître valeur rétroactive.

La position adoptée par la Haute Cour constitutionnelle est d'autant plus remarquable qu'elle diffère de celle adoptée par son prédécesseur, la Cour suprême. Avant de laisser la place à la Haute Cour constitutionnelle en 1979, la Cour suprême avait eu l'occasion elle-aussi de se prononcer sur la portée de l'article 2. Saisie d'un recours en inconstitutionnalité contre l'article 20 de la loi n° 25 de 1929 sur le statut personnel et contre l'article 280 du règlement des tribunaux *shar'i* contenu dans le décret-loi n° 78 de 1931, pour violation de l'article 2 de la Constitution (dans sa formulation originelle de 1971 puisque l'affaire est antérieure à l'amendement de 1980), elle accepta d'en contrôler la conformité par rapport aux principes de la *shari'a* islamique⁸⁶. Elle estima que le législateur devait s'en inspirer, mais qu'en l'espèce il n'y avait pas eu violation car le *wali al-amr* avait le droit de choisir l'interprétation proposée par une école (*madhhab*) plutôt qu'une autre, ou par une tendance au sein d'une école plutôt qu'une autre. La Cour ne refusa donc pas de se prononcer sur le fond de la saisine, bien que le texte objet du recours date de 1931, donc soit bien antérieur à la Constitution de 1971. Et, de plus, l'article 2 tel qu'il se présentait à la Cour suprême en 1974 était celui qui figurait dans le texte de 1971, avant son amendement; donc un texte beaucoup moins contraignant que celui de 1980. Malgré cela, la Cour suprême ne s'était pas jugée incompétente.

De même, dans un arrêt antérieur⁸⁷, la Cour suprême avait été amenée à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 347 du même règlement des tribunaux *shar'i* de 1931, qui autorisait l'emprisonnement pour 30 jours maximum de l'ex-mari en cas de non versement de la *nafaqa*. Le

⁸⁶ Cour suprême, 3 juillet 1976, n° 10/5e, *Rec. de la Cour suprême*, vol. 1, pp. 432 et s.

⁸⁷ Cour suprême, 29 juin 1974, n° 1/5e, *Rec. de la Cour suprême*, vol. 1, pp. 163 et s.

requérant ayant soulevé l'inconstitutionnalité de ce texte pour violation de l'article 41 de la Constitution (protection de la liberté personnelle), la Cour suprême rejeta ce grief en affirmant que le principe de l'emprisonnement du débiteur qui refuse de s'acquitter de ses dettes bien qu'il en ait les moyens faisait l'objet d'un consensus des imams éclairés, sur la base de preuves tirées de la *sunna* et de l'*ijma*⁸⁸.

A la différence de la Haute Cour constitutionnelle, la Cour suprême acceptait donc de procéder au contrôle de conformité à la loi islamique de tout texte, quelle que soit sa date d'adoption. Et ceci avant même l'amendement de 1980 qui devait renforcer la valeur juridique de la loi islamique comme source de la législation. Il est vrai toutefois que la Cour suprême était toujours parvenue à une décision de non-violation de l'article 2.

Cette distinction peut, par ailleurs, avoir des conséquences curieuses quant à la compétence de la Haute Cour constitutionnelle. Cette dernière ne peut connaître de la conformité à l'article 2 d'un texte antérieur à 1980. Mais il suffirait qu'il soit repris textuellement par le législateur actuel, ou même qu'il soit l'objet d'un amendement législatif, pour qu'elle puisse en examiner la conformité aux principes de la *shari'a* islamique. De crainte de voir le juge constitutionnel procéder à un tel contrôle, le législateur risque de s'abstenir de réformer de nombreux textes antérieurs à 1980, au détriment de la souplesse de la législation et de l'adaptabilité aux conditions actuelles de la société, que la Haute Cour revendique pourtant comme un objectif à garder toujours à l'esprit. Que faire par ailleurs si une disposition constitutionnelle est elle-même contraire aux principes de la *shari'a* islamique? Comment une loi va-t-elle pouvoir respecter à la fois l'article 2 et les autres dispositions? Il est vrai que la Haute Cour constitutionnelle a constamment réaffirmé que la Constitution est un ensemble cohérent de principes homogènes et non contradictoires, et qu'elle interprète l'article 2 à la lumière des autres dispositions constitutionnelles. Mais malgré toute son habileté, elle risque de ne pas pouvoir toujours échapper à une prise de position en faveur de l'une ou l'autre des dispositions.

⁸⁸ La Haute Cour constitutionnelle devait se référer ultérieurement à cet arrêt de la Cour suprême et à son autorité absolue de chose jugée, pour refuser d'examiner à nouveau la constitutionnalité de l'article 347 du règlement d'organisation des tribunaux *shar'i* (HCC, 22 mars 1997, n° 45/17e, *J.O.*, n° 14, 3 avril 1997, p. 906).

2. L'*ijtihad* de la Haute Cour constitutionnelle⁸⁹

A partir de 1993, la Cour a été amenée à se prononcer à partir des règles du *fiqh* classique et non plus seulement du droit positif égyptien. Tout en reconnaissant certes un rôle normatif à la *shari'a* islamique dans le système juridique égyptien, le juge constitutionnel en a limité toutefois la portée.

⁸⁹ Pour une analyse de l'interprétation opérée par la Haute Cour constitutionnelle par référence aux concepts classiques du *fiqh*, voir Franck E. Vogel, "Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality under article 2: Some issues of Theory, Practice, and Comparison", paper presented at the Cairo Conference on *Democracy and the Rule of Law*, Le Caire, 7-9 décembre 1997.

La Haute Cour octroie une très grande liberté au *wali al-amr* pour adapter les règles relatives de la *shari'a* à l'évolution de la société. Elle lui reconnaît en effet le droit de procéder à son propre *ijtihad*, en se référant à l'une ou l'autre école juridique, hanafite ou autre, sans avoir nécessairement à suivre l'opinion antérieure d'un jurisconsulte quel qu'il soit. Les seules conditions impératives étant qu'il édicte des règles conformes aux conditions sociales actuelles, en se fondant sur les principes généraux de la loi islamique et sans en violer un principe absolu. Le détenteur de l'autorité peut se faire assister, en fonction de la question soulevée, par des personnes qui sont des autorités (*ahl al-nazar*) en matière d'affaires publiques⁹⁰. La Haute Cour a affirmé que le *wali al-amr* peut également consulter "ceux qui ont une profonde connaissance de leur religion et dont la conduite ne reflète rien d'autre qu'une profonde connaissance de ces principes"⁹¹. En pratique, toutefois, la Haute Cour ne s'est jamais référée à l'opinion du *Mufti* ou de *Sheikh al-Azar*".

Il lui reviendra en dernier lieu à elle, Haute Cour constitutionnelle, de vérifier, d'une part, qu'il s'agissait bien d'une règle relative et, d'autre part, que les mesures adoptées par le *wali al-amr* n'ont violé aucun principe absolu de la loi islamique. Principes absolus dont elle sera amenée à déterminer elle-même le contenu également. Or, jusqu'à présent, elle a toujours estimé qu'on se trouvait face à des principes relatifs qui autorisaient l'*ijtihad* du *wali al-amr*.

Il est vrai qu'à l'occasion de nombreux arrêts, la Haute Cour a reconnu l'existence de principes absolus, mais c'était toujours à travers des *obiter dicta* qui n'avaient pas d'influence sur la solution de la question de constitutionnalité. Elle a ainsi affirmé que sont des principes absolus dans leur signification et leur origine : le fait que l'obligation d'entretien des enfants mineurs pèse sur le père seul⁹², le droit du mari musulman à avoir quatre épouses⁹³, l'obligation pour la femme de se vêtir de façon pudique et le droit du détenteur de l'autorité à intervenir pour leur imposer des règles en ce

⁹⁰ HCC, 26 mars 1994, n° 29/11e, *Rec.*, vol. 6, p. 231 et s.

⁹¹ HCC, 5 juillet 1997, n° 82/17e, *J.O.*, n° 29, 19 juillet 1997, p. 1673.

⁹² HCC, 15 mai 1993, n° 7/8e, *Rec.*, vol. 5, part. 2, p. 290 et s.

⁹³ HCC, 14 août 1994, n° 35/9e, *Rec.*, vol. 6, p. 331 et s.

domaine⁹⁴, l'obligation d'obéissance de la femme à son mari⁹⁵ ou l'interdiction du prêt à intérêt⁹⁶.

Il en résulte donc qu'en cas de contradiction entre un principe absolu et un droit fondamental garanti par la Constitution, le principe absolu l'emportera. C'est ainsi qu'il prévaudra, par exemple, sur le principe d'égalité garanti par l'article 40 de la Constitution, puisque le mari musulman a un droit dont ne jouit pas le mari chrétien : le droit à la polygamie, et que ce droit appartient exclusivement au mari, à l'exclusion de la femme. C'est ainsi également que la femme a un devoir de soumission envers le mari, mais que la réciproque n'est pas vraie. Mais la Haute Cour n'a, jusqu'à présent, affirmé la primauté de ces principes absolus que dans des *obiter dicta* et non dans le dispositif même de ses arrêts. Les seuls principes de la *shari'a* que la Haute Cour a invoqués jusqu'à présent sont des principes relatifs lesquels, à la différence des principes absolus, sont de rang inférieur à la Constitution puisqu'ils doivent être interprétés à la lumière des autres dispositions constitutionnelles, sans les contredire".

Ce sont donc des institutions séculières qui qualifient les principes de la *shari'a* islamique puis, éventuellement, procèdent à l'*ijtihad*: le *wali al-amr*, autrement dit l'Assemblée du peuple, le président de la République ou les ministres, sous le contrôle ultérieur éventuel de la Haute Cour constitutionnelle, composée de juristes formés dans les universités publiques laïques et pas nécessairement tous spécialistes du *fiqh*. Comme le fait remarquer Nathan Brown, en l'absence de renvoi par la Constitution à une procédure spécifique d'interprétation des principes de la *shari'a*, ce sont les institutions en place qui s'en sont chargées, s'attribuant par là-même une grande liberté d'action et limitant d'autant la portée effective de la reconnaissance de ces principes:

⁹⁴ HCC, 18 mai 1996, n° 8/17e, *Rec.*, vol. 7, p. 657 et s.

⁹⁵ HCC, 3 mai 1997, n° 18/14e, *J.O.*, n° 20, 15 mai 1997, p. 1129 et s.

⁹⁶ HCC, 18 mai 1996, n° 93/6e, *Rec.*, vol. 7, p. 709 et s.

"Reference to the Islamic shari'a in the Egyptian constitution contains no real guidance on the crucial matter of how the shari'a is to inform the country's legal structure. It has fallen to the Supreme Constitutional Court to interpret the meaning of the revised Article 2, and the Court has done so in a manner which allows rulers extremely wide discretion. The Egyptian constitution seems to elevate the role of the Islamic shari'a without explaining whose judgment on such matters was binding. The silence on procedural and structural issues has left the matter to existing constitutional structures and therefore restricted them very little"⁹⁷.

⁹⁷ Nathan Brown, "Islamic Constitutionalism in Theory and Practice", paper presented to the Conference on *Democracy and the Rule of Law*, Le Caire, 7-9 décembre 1997, p. 17.

On peut aussi se demander quelle est la nature des rapports qu'entretiennent ordre juridique positif (*qanun*) et ordre juridique religieux (*shari'a*) en Egypte. Les travaux de Baudouin Dupret ont bien montré comment les règles islamiques vont être *substantialisées* dans l'ordre juridique séculier⁹⁸ et les relations d'interpénétration que ces deux ordres juridiques entretiennent: "droit positif et *shari'a* évoluent vers une situation d'interrelation accrue. Leur coexistence ne semble plus tant pouvoir s'analyser en termes de parallélisme qu'en termes de compénétration"⁹⁹. Pour Kilian Bälz, de même, il s'agit non pas de "subordonner la législation positive et "séculière" aux "principes de la *shari'a*", mais bien davantage "nationaliser" le droit islamique en le soumettant au contrôle de l'Etat-nation"¹⁰⁰.

L'étude détaillée de l'ensemble de la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle relative à l'article 2 ne fait que renforcer cette analyse. Certes, le juge constitutionnel a bien reconnu la valeur symbolique de la *shari'a* islamique dans l'ordre juridique égyptien, mais il n'a guère été plus loin que cette simple reconnaissance. Le droit positif s'est au contraire réapproprié ce corpus normatif religieux pour mieux le façonner et l'incorporer dans son propre système normatif. La référence de la Cour au système juridique islamique en général et son emprunt simultané et indifférencié aux quatre écoles du *fiqh* sunnite, mais aussi à d'autres écoles sunnites plus ou moins 'oubliées', n'est pas sans rappeler la technique du *talfiq*, procédé faisant appel aux opinions de juristes sunnites de plusieurs écoles qui permet de choisir la mieux adaptée à une situation donnée, utilisée par certains législateurs lors de codifications du droit musulman. La Haute Cour recourt ainsi à des *subterfuges* similaires à ceux que Bernard Botiveau avait pu identifier de la part du législateur dans des pays arabes:

⁹⁸ "Entre le droit et la loi. Le juge et le jeu de la normalisation islamique du droit positif", *Droits et Cultures*, 30, (1995), pp. 47-64.

⁹⁹ "La *shari'a* comme référent législatif: du droit positif à l'anthropologie du droit", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 34, (1995), p. 107.

¹⁰⁰ Kilian Bälz, "La construction séculière du droit islamique...", *op.cit.*, p. 285. Voir aussi "Shari'a and Qanun in Egyptian Law: a Systems Theory Approach to Legal Pluralism", *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 2, (1996), pp. 37-53.

“Ne voulant pas prendre le risque de déclarer inapplicables aujourd'hui certains statuts légaux de la *char'a* ou, comme le dit Hichem Djaït de “légiférer à l'écart et en dehors du donné religieux”, les législateurs des Etats arabes contemporains se sont surtout contentés de ne pas en tenir compte. Mais ils n'ont pas renoncé, conformément à une tradition de contournement de la loi par des subterfuges, à utiliser toutes les brèches possibles pour aboutir à des solutions dans lesquelles le *fiqh* classique était édulcoré ou ne s'appliquait pas: par exemple, en retirant au *qadi* certaines de ses compétences sans nier pour autant la loi elle-même. Le plus important est sans doute que le législateur a resitué le droit islamique dans un autre contexte, produit des transformations de la culture juridique”¹⁰¹.

Si la Haute Cour constitutionnelle égyptienne a reconnu la valeur juridique des principes de la *shari'a* islamique et la nécessité pour le législateur de respecter ceux “dont l'origine et la signification sont absolues”, c'est donc paradoxalement pour mieux en limiter les effets. Elle se déclare liée par les normes issues de la *shari'a* islamique, mais se réserve le droit d'en déterminer le contenu. Non seulement le répertoire normatif islamique est incorporé au répertoire positif, mais en plus il est interprété de façon à le légitimer sans le contredire.

BIBLIOGRAPHIE

Al-mahkama al-dusturiyya al-'ulya (La Haute Cour constitutionnelle), *Recueil des décisions*, volumes 1 à 7.

Bälz, Kilian “Shari'a and Qanun in Egyptian Law: a Systems Theory Approach to Legal Pluralism”, *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 2, (1996), pp. 37-53.

¹⁰¹ Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes...*, *op.cit.*, p. 325.

Bälz, Kilian, “La construction séculière du droit islamique: la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et la “bataille du voile” dans les écoles publiques”, *Droit et Société*, 39, (1998), pp. 277-291.

Blachère, Régis, *Le Coran* (traduction), Paris, Maisonneuve & Larose, (1980).

Botiveau, Bernard, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes. Mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Karthala-IREMAM, (1993).

Brown, Nathan, *The Rule of Law in the Arab World: Courts in Egypt and the Gulf*, Cambridge University Press, (1997).

Brown, Nathan, “Islamic Constitutionalism in Theory and Practice”, paper presented at the Cairo Conference on *Democracy and the Rule of Law*, Le Caire, 7-9 décembre 1997.

Dupret, Baudouin, “La shari'a comme référent législatif: du droit positif à l'anthropologie du droit”, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 34, (1995), pp. 99-153.

Dupret, Baudouin, “Entre le droit et la loi. Le juge et le jeu de la normalisation islamique du droit positif”, *Droits et Cultures*, 30, (1995), pp. 47-64.

Dupret, Baudouin, “A propos de la constitutionnalité de la shari'a: présentation et traduction de l'arrêt du 26 mars 1994 de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne”, *Islamic Law and Society*, 4, 1, (1997), pp. 91-113.

Dupret, Baudouin, “La recherche judiciaire d'une moralité conforme: la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et le voile”, in *Urbanité arabe. Hommage à Bernard Lepetit*, Arles, Sindbad, Actes Sud, (1998), pp. 353-381.

Gabr, Hatem Aly Labib, "The Interpretation of Article Two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court", in Kevin Boyle et Adel Omar Sherif (eds.), *Human Rights and Democracy - The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, Kluwer Law International, La Haye, Pays-Bas, (1996), CIMEL Book Series, n° 3, pp. 217-227.

Grewe, Constance et Rumpf, Christian, "La Cour constitutionnelle turque et sa décision relative au foulard islamique", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 3, n° 4, (1991), pp. 113-124 et 143-151.

Issa, Hossam, "L'Etat de droit en Egypte, Mythe idéologique et réalités politiques", in Mahiou (ed.), *L'Etat de droit dans le monde arabe*, CNRS Editions, (1997), pp. 345-353.

Jacquemond, Richard, "La Haute cour constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. IV, (1988), 271-295 et 549-579 (repris et actualisé dans "Dix ans de justice constitutionnelle en Egypte (1979-1990)", *Politiques législatives: Egypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, Le Caire, Dossiers du CEDEJ, (1993), pp. 79-96).

Johansen, Baber, "Supra-Legislative Norms and Constitutional Courts: the Case of France and Egypt", in Eugene Cotran et Adel Omar Sherif (eds), *The Role of the Judiciary in the Protection of Human Rights*, Kluwer Law International, La Haye, Pays-Bas, (1997), CIMEL Book Series, n° 5, pp. 347-376.

Khalil, Muhsin, *al-qanun al-dusturi wa al-dasatir al-misriyya* (droit constitutionnel et constitutions égyptiennes), al-maktaba al-qanuniyya, Dar al-jama'a al-jadida li-l-nashr, Alexandrie, (1996).

Mallat, Chibli, "Constitutional law in the Middle East: The Emergence of Judicial Power", in E. Cotran and C. Mallat (eds), *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, Vol. 1, Kluwer Law International, (1995), pp. 86-100.

Saliman, 'Abd al-Aziz Muhammad, *Riqaba dusturiyyat al-qawanin* (Le contrôle de constitutionnalité des lois), Dar al-Fikr al-'arabi, Le Caire, (1995).

Sharif, 'Adil 'Umar (Sherif, Adel Omar), *al-qada' al-dusturi fi Misr* (La justice constitutionnelle en Egypte), Dar al-Sha'b, Le Caire, (1988).

RESUMEN

ABSTRACT