La structure du waqf

Dans la tradition juridique de l'islam, l'institution du waqf, occupant une place importante, prête à certaines ambiguïtés structurales ; ce qui suscite des débats et des controverses. La première polémique regarde la nature du waqf sur laquelle les juristes divergent dans la mesure où d'aucuns le prennent définitivement pour un contrat, d'autres pour un acte juridique unilatéral, au moins dans certains types de waqfs ou habous. La question devient plus ardue lorsqu'il s'agit des waqfs à bénéficiaires illimités, à bénéficiaires non humains, ou simplement sans bénéficiaires mais à buts précisés. Dans ces cas, étant pratiquement ou juridiquement impossible d'obtenir le consentement des bénéficiaires, l'accord de volontés fait manifestement défaut. Autrement dit, l'une des conditions nécessaires à la formation du contrat, à savoir le consentement mutuel entre contractants humains, y manque et cela aboutit naturellement à la caducité du contrat. Les défenseurs de la nature contractuelle de habous, majoritaires parmi les jurisconsultes musulmans, justifient que dans ces types de waqf, c'est le hakim shar' ou ghâzi, juge de la communauté musulmane, qui déclare son acquiescement de la part de l'ensemble des bénéficiaires présomptifs. D'autres suggèrent que le premier bénéficiaire accepte pour tous. Or, tout cela semble bien fictif, car le consentement du juge n'est pratiquement jamais recherché, d'autant plus que, sur le plan théorique, le contrat, souvent suivi de transfert de propriété, pourrait être incompatible avec le régime patrimonial du waqf. C'est pourquoi, la doctrine la plus accréditée par les théologiens n'admet pas la condition du consentement, impossible dans les faits, pour ce type de habous.

Ce genre de problèmes a amené certains théoriciens contemporains comme l'Imam Khomeiny [1] ou bien l'ayatollah Khouï [2], à lui accorder, de manière absolue, la nature d'igha', acte juridique unilatéral. Pour eux, au stade d'immobilisation du fonds, la seule volonté du constituant suffit, bien que le consentement du bénéficiaire particulier soit obligatoirement requis, non pas pour la formation de l'acte mais parce que personne ne peut être forcé à accepter quoi que ce soit malgré son acquiescement.

D’autres ont préféré une distinction entre le waqf privé (à bénéficiaires limités), et le waqf public (à bénéficiaires illimités), considérés respectivement comme contrat et acte juridique. Ce sont les deux modalités que peut prendre essentiellement l’institution de waqf. L’un est affecté aux œuvres à buts pieux et caritatifs, aux actions humanitaires, charitables et d’intérêt général, telles la construction, le maintien ou la gestion d’hôpitaux, mosquées, routes, ponts, orphelinats, écoles, caravansérails, réserves d’eau, lieux de pèlerinage, etc. L’autre, individuel ou familial, appartient en jouissance aux bénéficiaires, unique ou éventuellement multiples, mais limités et personnellement nommés par le constituant, comme le waqf fait par ce dernier en faveur des plus démunis de sa propre descendance, au profit d’un membre indigent de sa famille, au bénéfice du projet scientifique d’un ami, des orphelins d’une défunte connaissance ou de quiconque selon son vouloir. Il est évident qu’à l’inverse du contrat de donation en vertu duquel le donateur transmet la propriété du bien au donataire, dans le waqf, même à caractère privé, le bénéficiaire a uniquement le droit de jouissance du bien, conformément à la volonté du constituant, sans en avoir le moindre droit de la propriété.

Par ailleurs, dans le contrat de la donation, pour que le transfert de la propriété soit valable, la loi musulmane exige le dessaisissement effectif du don par le donateur. Tant que le donateur ne se dessaisit pas, de fait, du bien à donner, rien n’est transmis, et il garde toujours le droit de se rétracter. Est-ce qu’il existe la même exigence pour le habous, très proche du contrat de la donation ?

Les juristes des deux écoles malékite et hanafite sont presque unanimes à penser qu’il est indispensable que le constituant se dépossède de la chose qu’il décide d’immobiliser. D’après les autres rites sunnites, le dessaisissement ne revêt pas la même importance en matière du waqf qu’au sujet de la donation. Il s’agit d’une formalité sans laquelle l’acte se forme, mais qui intervient toutefois pour manifester l’engagement du wâqif et de la rendre publique, dans un souci de garantir le droit des tiers : "La prise de possession est une formalité destinée à compléter le habous et non à le former comme elle noue les contrats de donation, donation aumônière et donation viagère", affirme Mohammad Ibn Rashid.

Dans le rite imamite, nombre de théologiens font dépendre uniquement l’irrévocabilité du waqf, et non pas sa validité, du dessaisissement du wâqif (le constituant). Autrement dit, le habous est valable mais révocable tant que le bien haboussé n’a pas été dessaisi par le constituant. De même, ils ont opté majoritairement pour la nature contractuelle du waqf, contrat toutefois sui

generis. Indulgents envers le waqf public, ils n'ont pas hésité à juger nul et non avenu le habous qui rencontre le refus du bénéficiaire ou qui ne porte aucune indication sur sa destination, ni son bénéficiaire. Le consentement de ce dernier est requis, quand le waqf est constitué au profit d'une ou d'un groupe limité de personnes, nommément désignés par le fondateur. Par ailleurs, le bénéficiaire désigné en premier lieu accepte le habous non seulement pout lui mais encore pour ses successeurs virtuels, même ceux qui n'ont pas encore vu le jour. Leur refus s'étend également à tous les successeurs en puissance.

La formule

La formule ou le sighah est l'expression verbale ou écrite d'une personne par laquelle il déclare sa libre volonté et manifeste son engagement aux obligations portées par un acte juridique. En effet, en droit musulman, à tout acte, de nature ou à effets juridiques, correspond une formule distincte explicitant en termes clairs et précis la volonté de l'auteur de conclure cet acte et de se soumettre aux obligations et contraintes qu'il impose. La formule n'a pas seulement une valeur déclarative, mais elle constitue, si l'on emprunte l'expression d'Irène Rosier-Catach [3], une parole efficace qui donne l'effet de séquestration à la chose habousée. "Je mets en waqf ma bibliothèque personnelle à l'usage des étudiants de l'Université de Téhéran", une formule très simple et d'ailleurs un waqf très courant qui a beaucoup enrichi la bibliothèque de cette université, et les centres similaires dans le monde musulman. Ainsi, l'objet du waqf devient immobilisé et affecté in perpetuum à l'usage auquel le constituant l'a destiné. Les grands recueils du droit musulman proposent des formules stéréotypées et toutes faites. Pourtant, de caractère optionnel, les termes de ces formules ne sont ni figés ni obligatoires. Mais il est indispensable que les mots empruntés attestent clairement l'intention certaine du wâqif et assurent qu'il entend bien constituer un waqf. La formule ne peut contenir une tournure qui mettrait en cause l'opérationnalité catégorique et actuelle de l'acte. Des formules telles que "Je mets en waqf mon entreprise, à commencer lors de ma retraite" suspendent l'effet de l'acte et le remettent à une condition qui n'est pas encore réalisée.

L'expression verbale du constituant suffit en principe pour la formation du waqf mais il arrive souvent qu'il la réitère sous forme d'un document écrit, considéré plutôt comme un instrument de preuve. Il se peut également que le wâqif manifeste positivement son souhait de création du waqf par des faits et gestes. Toutes les grandes écoles musulmanes, à part les chaféites, s'entendent sur la validité d'un tel acte, à condition que lesdits faits et gestes soient

absolument probants, que le bien soit remis, pour toujours, à la disposition du bénéficiaire privé ou public. L'exemple classique du fait probant est le cas d'un propriétaire qui fait construire une mosquée sur son terrain privé et la met ensuite à la disposition de tous les fidèles. La perpétuité, caractéristique du waqf, résulte du fait qu'un édifice, une fois devenu juridiquement mosquée (à l'inverse d'une salle de prière), sera inaliénable, légalement indestructible, et inapte à la transformation en autre chose. Cela au point que même en cas d'écroulement naturel, pour une raison ou une autre, l'épithète de la mosquée et les impératifs liés s'appliquent toujours au lieu.

Outre l'acte de la mise en waqf, la formule peut également contenir autant de clauses que le wâqif désire. Elles seront rigoureusement observées et soigneusement suivies tant qu'elles sont licites et conformes à la nature du waqf et au bon sens. Ces dispositions peuvent porter sur les comment de la gestion et des dépenses, sur les conditions du bénéficiaire et de l'administrateur, sur l'emploi et la répartition des revenus. Les clauses impliquant une dérogation à la loi ou des conditions absurdes et illogiques seront réputées nulles et non avenues sans pour autant que la validité de l'acte soit remise en cause. En revanche, celles qui vont à l'encontre de la nature du waqf, telle une clause lui fixant une durée déterminée ou réservant au fondateur le droit de vente, entraîne la nullité de l'acte. Dans l'un des hadiths les plus connus qui fondent cette institution en islam, le Prophète, en réponse à son compagnon (le futur deuxième calife) qui l'interrogeait à propos d'un lourd butin, lui aurait suggéré d'immobiliser le fond et d'en donner les intérêts sous forme de charité sans que personne ne puisse le vendre, l'acheter, le léguer, ou en faire don.

Le constituant

Le constituant ou le wâqif est le propriétaire qui décide librement de mettre son bien en waqf. Il doit être majeur, saint d'esprit et d'intention, propriétaire du bien qu'il entend immobiliser en waqf, et non frappé d'incapacité spéciale. Ainsi n'est point valable le waqf fait par un tiers, un aliéné mental, un mineur, même doué de discernement, ou par un locuteur sans intention sérieuse d'engagement.

L'incapacité spéciale correspond à l'état de faillite du constituant, et à son état de maladie mortelle. En effet, l'individu grevé de dette ne peut pas constituer de waqf au préjudice de ses créanciers. L'ensemble de ses biens sont le gage commun de ses créanciers et il ne peut

aucunement les transmettre à leur détriment. De même, au cas où la constitution a lieu par un constituant qui souffre d'une maladie mortelle, la loi musulmane suspend l'efficacité du waqf. Si le constituant recouvre la santé, l'acte retrouve, par son effet rétroactif, sa pleine efficience, mais s'il décède la validité de la constitution dépend, selon le droit successoral, de l'autorisation des héritiers.

Outre ces conditions générales, certains ont imposé l'exigence du motif pieux du constituant (ghorbat). Pour eux, le constituant qui projette la réalisation du waqf par un motif lucratif, par hypocrisie, ou dans un but de spéculations financières, commerciales, politiques, ne peut donner naissance à de telles institutions. Autrement dit, toute intention qui mettrait en cause la droiture, la sincérité et l'authenticité du mobile pieux, charitable et caritatif du constituant entraîne la nullité de l'acte. Cela est dû au fait qu'à l'origine, le habous fait partie des actes cultuels et religieux qui seront de toute évidence caducs si le motif est infecté. Cet argument est plaidé plutôt dans les milieux hanafites. "Le motif pieux est la condition absolue du waqf" affirme Mohammad Al-Haskafi dans l'une des principales références de ladite école. [4]

En revanche, les rites malékite et chaféite n'ont pas admis le caractère exclusivement cultuel de l'acte. Le motif ne va donc pas compromettre la validité du waqf. La même opinion est acceptée par un grand nombre de théologiens chiites (imamites), qui précisent que l'acte se forme sans la pureté du motif, de laquelle dépend pourtant la récompense divine.

Enfin, la dernière question qui se pose concerne la religion du constituant. Faut-il être obligatoirement de culte musulman pour avoir l'aptitude de l'acte ? Bien qu'à l'origine, la fondation du waqf soit une constitution islamique, néanmoins, les plus grands théologiens s'accordent pour reconnaître aux adeptes des cultes reconnus par l'islam le droit de créer des waqfs, sous réserve que l'engagement pris par le constituant n'aille pas à l'encontre des articles de foi de la propre religion du constituant. Ainsi, un engagement qui implique la prohibition des dogmes de la religion du wâqif, même s'il est au profit d'un édifice, d'un service ou d'une institution inhérents à l'islam, sera réfuté.

L'objet du waqf

L'objet du waqf ou le mawquf est le bien que le constituant veut immobiliser en waqf. Il doit être susceptible d'être mis en habous : impérissable, physique, légitime, déterminé, dont le

constituant a la disposition légale. Etant voué à un usage permanent, seuls les biens qui ont le propre de pérennité et de durabilité, peuvent faire l'objet d'un waqf. Est donc nul le habous des choses périssables ou qui s'épuisent par les premiers usages comme les aliments et les fruits, contrairement aux arbres fruitiers. De même, le waqf d'une créance, d'un stupéfiant, d'un objet indéfini ne peut être formé.

Tout bien immeuble remplissant ces conditions peut être constitué en waqf. Pourtant, le problème se pose dans le rite hanafite quand il s'agit de biens meubles. Abou Hanifa, le guide fondateur de cette école, n'admet pas le waqf mobilier. Certains commentateurs justifient cette fatwa par l'obligation de persistance du habous. Destiné à fructifier à jamais, le waqf des biens dont l'usage épuise, dégrade ou délabre l'objet du habous se révèle problématique. Abou Hanifa en aurait probablement conclu la nullité du waqf mobilier car seul celui des biens immobiliers ne serait pas exposé à des risques de pertes et de détériorations. Pourtant, quel que soit son argument, cet avis n'est pas suivi par les autres rites musulmans ni d'ailleurs par ses propres disciples Abou Youssof et Sheibani. Ces derniers considèrent qu'il ne faut pas prendre les termes de la durabilité et la perpétuité au pied de la lettre. Il suffit que l'objet du waqf soit habituellement impérissable, caractère qui n'est point exclusif aux biens immobiliers.

Le bénéficiaire

Le bénéficiaire du habous (mawquf alayh) est celle ou celui qui a le droit d'en profiter en vertu de la désignation du constituant. Le bénéficiaire est en principe nommé par le constituant au moment de la formation de l'acte. Pour autant, le waqf n'est pas nul dès que le bénéficiaire fait défaut dans la formule constituante. Si le wâqif omet de déterminer les ayants droit, le juge s'en charge. Le plus souvent, il est considéré comme waqf public et employé dans l'intérêt général. Toujours est-il que la fondation est estimée inexistante si, à force d'ambiguïté, l'acte ne prête à aucune interprétation. Le juge intervient également quand, par la disparition ou la perte de l'acte, les bénéficiaires ou la destination sont obscurs, inconnus ou éventuellement dépassés. En pays d'islam, nombreuses sont les fondations anciennes et archaïques dont l'usage et la destination correspondaient au mode de vie d'autrefois, comme les bains publics. De fait, ils tombent parfois aujourd'hui en désuétude. Le juge doit en principe leur définir l'usage le plus proche possible de la volonté du constituant.

Par ailleurs, concernant les conditions requises pour le bénéficiaire, il est à propos d'ajouter

que, d'une manière générale, toute personne civile légalement apte d'être sujet de droit peut être désigné comme bénéficiaire du waqf. Toute personne physique, morale, juridique ; homme ou femme, mineur ou majeur, musulman ou non-musulman, établissement officiel comme école, hôpital, université, mosquée ou officieux, groupe de gens ayant une qualification déterminée et un attribut défini comme étudiants, pèlerins, nécessiteux, soldats, religieux, peuvent se servir de la fondation en leur qualité de bénéficiaire du waqf .

Néanmoins, quelques réserves sont posées. Il faut que le bénéficiaire existe en personne ou en titre au moment de la création du waqf. II est donc impossible de faire un waqf au profit d'un enfant à naître même s'il est déjà en état de conception. Par contre, est légitime le habous fait en faveur du bénéficiaire inexistant par l'intermédiaire d'un bénéficiaire existant. Par conséquent, il est admis d'immobiliser sa fortune au profit de sa descendance de générations futures en passant par ses enfants présents. Il faut pourtant noter que certains auteurs appartenant à l'école malékite admettent la désignation directe du bénéficiaire inexistant.

L'intérêt de l'objet du waqf est parfois destiné à accomplir un travail. Ce sont les waqfs à œuvres ou à destination qui diffèrent, sur certains points, du waqf à personnes. La constitution d'un waqf au profit de la progression de la science en est un exemple typique. Pourtant, l'œuvre recherchée ne doit pas être réprouvée par la loi, les dogmes ou la morale. Personne ne peut donc consacrer sa fortune à la construction d'un établissement de plaisir, d'un centre de jeux de hasard, d'une société de commerce ou de culture de stupéfiant, d'un lieu de culte satanique.

Le fondateur du waqf ne peut non plus se désigner lui-même comme bénéficiaire de son propre waqf. Pour la majeure partie des théologiens malékites, chaféites et imamites, l'autodéfinition du constituant entraîne la caducité de l'acte, sauf s'il est fait au profit d'un ensemble de personnes en qualité d'un titre ou qualité particulière dont le wâqif est, pareillement aux autres, qualifié et titulaire. C'est par exemple le cas d'une mosquée pour les fidèles où prie également le constituant, d'une auberge pour les pèlerins dont le wâqif profite aussi lors de son pèlerinage, d'une association caritative d'assistance aux plus démunis, venant à l'aide de son propre fondateur que l'adversité du sort a réduit à l'indigence. Les hanafites, au contraire, admettent la validité du habous pour soi-même, tout en affirmant que l'ancien propriétaire, ayant désormais le statut de bénéficiaire, sera dorénavant tenu aux règlements du waqf.

: Bibliographie générale

Al-Akk, Mawsouat al-Figh al-Maleki, Damas, 1993. -

- Ameli, Sharh al-Lomat al-Damesheghiat, Beyrouth, 1983.

- Basile, Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban, Kaslik, 1993.

- Bilici, Le waqf dans le monde musulman contemporain, Istanbul, 1994.

- Blanc, Le droit musulman, Paris, 1995.

- Busson De Janssens, Les waqfs dans l'islam contemporain, Paris, 1952.

- Diagou, Le droit civil applicable aux musulmans de l'inde, Pondichéry, 1984.

- Helli, Sharâ'ï al-Islâm, Beyrouth, 1986.

- Katouzian, Droit civil iranien contrats spéciaux, Téhéran, 1984.

- Lussioni, Les fondations pieuses de habous au Maroc, Rabat, 1982.

- Mercier, Etude sur le waqf Abadhite, Alger, 1927.

- Milliot, Démembrement du habous, Paris, 1918.

- Milliot, Introduction à l'étude du droit musulman, Paris, 1953.

- Moguenier, Figh al-Moazahib Al-Khamsat, Beyrouth, 1982.

- Pesle, La théorie et la pratique des habous dans le rite Malékite, Casablanca, 1941.

- Sabegh, Figh al-Sunnat, Caire, 1988.

- Seignette, Code musulman par khalile rite Malékite, Paris, 1911.

- Vandevelde, Cours d'histoire du droit musulman et des institutions musulmanes, Alger, 1983.

- Zeys, Traité élémentaire du droit musulman école Malékite, Alger, 1885.

Notes

Khomeiny Rouhollah, Tahrir al-Vassilah, vol. II, p. 63. Esmailian, Qom, 1980. [1]

[2] Khouï Abolghâsem, Menhâj al-Sâlehin, vol. II, p. 240. Lotfi, Téhéran, 1971.

[3] Rosier-Catach Irène, La parole efficace, Seuil, Paris, 2004.

.[4] Imam Al-Haskafi, Al-Durr al-Mokhtar

par : Mohammad-Javad Mohammadi