

# DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET STATUTS PERSONNELS DES NON MUSULMANS EN TERRE D'ISLAM: LIBERTE A L'INFINI, ZERO ORDRE PUBLIC

## PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND PERSONAL STATUSES OF NON-MUSLIMS IN THE LAND OF ISLAM: INFINITE FREEDOM, ZERO PUBLIC ORDER

**Adnane Abdelali**

Université Mohamed V de Rabat  
aliupo9@hotmail.com

Recibido: octubre de 2018  
Aceptado: diciembre de 2018

---

**Mots clefs:** statut personnel, famille, Droit international privé, personnalisme, Droit musulman, libéralisme, multiculturalisme, ordre public.

**Keywords:** Personal status, family, private international law, personalism, Muslim law, liberalism, multiculturalism, public order.

---

**Résumé:** Entre territorialisme brut et assimilationniste et personnalisme inachevé et évasif, le traitement du statut personnel en Droit international privé est appelé à emprunter une troisième voie mariant tolérance, libéralisme et clarté. Y puisant ainsi ses fondements théoriques principaux, le Droit musulman s'était toujours acharné à entretenir un multiculturalisme sincère. Les affaires familiales demeurant un terrain des plus propices à la mise en œuvre d'une telle entreprise, une démarche personnaliste, laxiste et libérale à l'infini, reconnaissant sans réserve les particularités culturelles des minorités et repoussant le recours aux techniques d'exclusion et de négation de l'autre, avait vu le jour depuis les premiers moments de l'histoire de ce Droit. Depuis lors, un accueil ultralibéral des institutions familiales étrangères s'inscrivait dans le prolongement d'une tradition millénaire soutenue, et ayant fortement résisté au fil des siècles aux tentations territorialistes d'un Droit international ne cessant de développer un égocentrisme outrancier. Ses fondements légaux sont d'une clarté, d'une précision et d'une simplicité frappante, qu'il serait impossible de les outrepasser sans violer l'esprit même du dogme juridique central charpentant une telle tradition.

---

**Abstract:** Between raw and assimilationist territorialism on the one hand, and unfinished and evasive personalism on the other, the handling of personal status in private international law should pursue a third way combining tolerance, liberalism and clarity. Drawing from these main theoretical

foundations, Muslim law has always striven to maintain a sincere multiculturalism. Family affairs being one of the most conducive areas to the implementation of such an endeavor, an infinitely personalist, lenient and liberal approach, fully recognizing the cultural specificities of minorities and rejecting the recourse to techniques of exclusion and negation of the other, was born since the very beginnings of this law. Since then, an ultraliberal welcoming of foreign family institutions has been an extension of a sustained millennial tradition that have withstood over centuries the territorialist temptations of an international law which has never ceased to develop an extreme egocentrism. Its legal foundations are strikingly clear, precise, and simple that it would be impossible to override them without violating the very spirit of the central legal dogma supporting such a tradition.

---

## 1. Introduction

La réflexion sur le Droit international privé et l'application des statuts étrangers nous renvoie directement aux problématiques sérieuses que soulève la coexistence d'ordres juridiques souverains. Une telle coexistence, génératrice de rivalités, incite chacun des ordres en présence à se prévaloir, à tort ou à raison, de sa primauté par rapport aux autres, et à se réclamer seul compétent en matière de réglementation des situations particulières auxquelles il fait face.

Cependant un minimum d'entente et d'arrangement est souhaitable pour des

besoins de paix et de sécurité juridique. Il s'agit avant tout de préserver le minimum vital de coordination et de coopération entre des ordres souverains, de telle sorte que les tensions induites par la concurrence soient annulées, ou du moins réduites au strict minimum. A cet effet, les différentes écoles de Droit international privé procèdent différemment selon la philosophie dont chacune se trouve imprégnée. Les tensions entre les ordres juridiques en présence sont parfois maintenues au plus haut niveau, sans aucune entreprise de conciliation et de pacification, comme c'est le cas pour la théorie purement territorialiste. Elles peuvent être ramenées à un niveau gérable et maîtrisable, comme prétendent le faire certaines théories «pseudo-personnalistes». Elles peuvent aussi être annulées comme c'est le cas pour l'entreprise de la théorie purement personaliste.

La concurrence entre ordres juridiques, sur le plan du Droit international privé, n'est cependant que l'une des facettes de la rivalité entre les différentes conceptions imaginables du monde. Sur le plan du Droit interne, la même rivalité est envisageable entre l'ordre juridique majoritaire et un ou plusieurs ordres juridiques minoritaires. Les différentes conceptions, véhiculées par les ordres juridiques en présence, étant prédisposées à entreprendre des luttes généralement tranchées au profit de l'ordre majoritaire, l'atteinte d'un idéal de pacification et de coordination demeure irréalisable en dehors d'une réelle prise de conscience de la nécessité d'une reconnaissance mutuelle et d'un respect multilatéral.

Bien que le besoin se soit toujours senti d'instaurer un multiculturalisme soucieux du respect des différentes sensibilités sociétales, qu'elles soient issues des cultu-

res minoritaires participant à l'édification des Etats, ou des cultures marginales importées par le phénomène migratoire, la pratique juridique reste profondément encline à la mise en place de mécanismes privilégiant l'assimilation par la culture majoritaire des autres cultures, plutôt que leur intégration en tant que composantes autonomes et indépendantes.

Cette manière de faire, se manifestant sur le plan du Droit interne par des politiques assimilationnistes tendant à faire disparaître tout particularisme culturel en procédant à l'acculturation des minorités, et sur le plan du Droit international privé, tantôt par un territorialisme brut et violent, tantôt par un personnelisme inachevé et évasif, est à reconsidérer profondément. Pour des besoins de paix et des considérations de vivre-ensemble, l'instauration d'un multiculturalisme sincère passerait nécessairement par la reconnaissance inconditionnée des cultures minoritaires sur les plans interne et international.

Conscient des difficultés engendrées par la généralisation de la reconnaissance à tous les aspects possibles d'une culture minoritaire, force est de constater que le domaine des affaires familiales ou «statut personnel» demeure un terrain des plus propices à la mise en œuvre d'une telle entreprise. C'est ainsi que sur le plan interne, une minorité culturelle devrait bénéficier de l'application de son statut particulier en la matière sans réserve aucune. Sur le plan du Droit international privé, rien ne justifierait non plus que les minorités émigrantes soient privées de l'application de leurs législations nationales portant sur les affaires familiales. Pour ce faire, le recours au territorialisme absolu au même titre que le personnelisme indécis est à bannir.

Ainsi, à défaut d'une démarche personaliste, laxiste et libérale à l'infini, reconnaissant sans réserve les particularités culturelles des minorités et repoussant le recours aux techniques d'exclusion et de négation de l'autre, il serait illusoire de bâtir un modèle multi-culturaliste à même de garantir un minimum vital de paix et de coexistence. Unique en son genre, le modèle offert par le Droit musulman à ce niveau paraît d'une simplicité et d'une singularité inégalée. Il prône le respect des lois étrangères en matière de statut personnel, sans élaborer ni réserves ni restrictions, de telle manière que les institutions familiales des non musulmans sont librement accueillies, et produisent leurs effets en terre d'Islam comme ils le faisaient dans leurs milieux juridiques d'origine. Aucun recours aux techniques territorialistes n'est apparemment envisagé sur ce plan, à tel point que l'arme de l'ordre public et les techniques avoisinantes, sont à ma connaissance méconnues par ce modèle singulier.

Cet accueil libéral à l'infini des institutions familiales étrangères s'inscrit assurément dans le prolongement d'une tradition millénaire sacralisée, et ayant fortement résisté au fil des siècles aux tentations territorialistes d'un Droit international ne cessant depuis fort longtemps de développer un égocentrisme maladif. Ses fondements légaux sont d'une clarté, d'une précision et d'une simplicité frappante, qu'il serait impossible de les outrepasser sans violer l'esprit du dogme juridique central de la pensée islamique. Le principe de la personnalité des lois y est éventuellement conçu de manière très poussée, et sa mise en œuvre y est consacrée en tant que garantie libérale d'un multiculturalisme réel, effectif et très respectueux des sensibilités diverses. Plausiblement,

les manifestations de négation de l'identité culturelle n'y étant point détectées, les groupements culturels minoritaires y trouvent un espace de liberté et de reconnaissance, et les droits individuels des personnes y sont sauvegardés moyennant la liberté d'appartenir au groupe culturel de leur choix, ainsi que la pleine aptitude d'en sortir.

Le droit de sortie représente incontestablement le garde-fou indispensable à toute dérive sectaire du multiculturalisme, établit un équilibre certain entre identité collective et identité individuelle, et rassure la pensée libérale soucieuse de la sauvegarde des droits et libertés individuelles contre une éventuelle « dictature de groupe ». Il garantit aussi l'effectivité du droit à la différence, de la liberté de conscience, et du droit de mener une vie familiale normale, en soustrayant l'essentiel du pouvoir aux groupes culturels d'appartenance pour le remettre à des personnes libres, autonomes et capables d'intégrer l'obédience culturelle de leur choix et de s'en détacher en toute aisance.

## 2. La liberté : une tradition millénaire

Bien que le processus d'union entre un homme et une femme au moyen d'un contrat de mariage, puisse paraître empreint de simplicité et de facilité<sup>1</sup>, le Droit

---

1. "L'union de deux êtres paraît l'acte le plus simple. Rien de plus complexe pourtant : le mariage des immigrés traduit les ruptures anthropologiques qui peuvent s'opérer entre des logiques collectives et des logiques individualisées. Il dévoile les processus d'acculturation en jeu et met en évidence les effets microsociologiques sur la structure familiale." Edwige Rude-Antoine, *le mariage des marocains et des vietnamiens en*

musulman, compte tenu des charges idéologiques, religieuses et symboliques que cette association revêt, a été amené à y accorder une importance particulière<sup>2</sup>. C'est ainsi que toutes les questions y afférentes ont été soumises aux lois et cultes des intéressés, incarnés tant par les enseignements de leurs religions, que par les exigences de leurs croyances et convictions intimes<sup>3</sup>.

A travers l'histoire, le Droit étranger de la famille ainsi que les affaires qui y relevaient, avaient toujours constitué une sorte de réserve juridique interdite aux concepts propres à la religion musulmane et hermétique à la pénétration de ses idéaux. Cette dernière, maintenue expressément à l'écart de toute immixtion dans les affaires intimes des non musulmans, alimentait les concepts d'un Droit destiné à s'appliquer exclusivement aux personnes dont la foi y est puisée directement.

Ainsi, les relations familiales, désignées sous le vocable de « statut personnel », n'avaient jamais manqué de souligner leur fort attachement à la donne identitaire<sup>4</sup>, et de mettre en avant leur sensibilité extrême<sup>5</sup> en tant que structures juri-

---

*France : contrainte, persuasion ou liberté* in Hommes et migrations, Hors dossier, n° 1227, Septembre-octobre, 2000, page 77.

2. Ascha Ghassan, *Mariage, polygamie et réputation en islam : justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains*, L'Harmattan, 1998, page 14.

3. Sbat HOUSSAM, *Les garanties de protection des non-musulmans dans le Droit islamique*, Dar Al Kotob Al Ilmiyah, 2016, page 82.

4. Gutmann Daniel, *Le sentiment d'identité. Etude de Droit des personnes et de la famille*, éditions : L.G.D.J, collection bibliothèque de Droit privé, tome 327, Paris, 2000.

5. Acharif Mohammed el Habib, *Au sujet du modernisme et de l'identité dans le code de statut*

diques difficilement remodelables par les lois civiles<sup>6</sup>, surtout dans les sociétés religieuses imprégnées de spiritualité, et dominées par des valeurs et des perceptions conditionnées par la foi et la croyance<sup>7</sup>.

La prédominance des préoccupations éthiques et idéalistes sur le thème du statut personnel, ainsi que l'adhésion de l'institution du mariage au domaine du sacré<sup>8</sup>, rend compte de sa dimension relevant du domaine du culte, et s'attachant solidement aux convictions et croyances collectives, jugées pleinement dignes de respect. En terre d'Islam, le souci du colonisateur de maintenir un minimum vital de paix civile, lui a sans doute dicté l'adoption d'une politique législative s'interdisant sagement de mener toute sorte de réforme sur ce plan particulier, et s'abstenant de remodeler son statut assimilé à une fraction d'identité.

L'aspect libéral du Droit international privé islamique trouve ses racines principalement dans la théorie du conflit des lois, intrinsèquement personnelle. Au nom du principe de la personnalité des lois, le sys-

---

*personnel (La majalla)*, (article en langue arabe), in *Mouvements du Droit contemporain, mélanges offerts à Sassi Ben Halima*, centre de publication universitaire, Tunis, 2005, pages 583-628.

6. Borrmans Maurice, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris, Mouton, cop. 1977. XII.

7. Deprez Jean, *Droit international privé et conflits de civilisations – Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)*, in *Recueil des cours de l'académie de La Haye*. 1988-IV (Tome 211), p. 9 et s, spé, p. 212, n° 99.

8. Fadlallah Ibrahim, *lien conjugal et rencontre de civilisations*, in : *Le statut personnel des musulmans en Europe – Droit comparé et Droit international privé*, ouvrage collectif, travaux de la faculté de Droit de l'université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1992, page 344.

tème de statut personnel des étrangers a été pleinement respecté en terre d'Islam, conformément à une vision philosophique très particulière.

A cet égard, si les systèmes européens ne pouvaient pas garantir aux étrangers, musulmans et autres, le respect de leurs lois portant sur le statut personnel, telles qu'appliquées dans leurs pays d'origine, cela était cependant possible sans complication aucune dans les pays de l'Islam, et se faisait tout naturellement au nom d'une tradition historique très personnaliste. La loi islamique relative au statut personnel n'avait jamais joué le rôle d'un Droit commun comme c'était le cas pour les codes de Droit civil.

Depuis la première aube de l'islam, la validité de toutes les relations familiales existantes avant son avènement a été pleinement reconnue, sur les bases précédemment établies en dehors de son cercle d'influence, et abstraction faite de la nouvelle philosophie qu'elles véhiculaient, ainsi que de la conception du monde qu'elles soutenaient<sup>9</sup>.

La solution par laquelle les non musulmans étaient exonérés de l'application des lois islamiques, est une solution admise sans discordance par l'Islam, et trouve ses racines dans une tradition millénaire très ancrée dans l'histoire musulmane. Cette tradition admettait que les non-musulmans jouissaient du droit à être régis par leurs propres lois en ce qui concerne leur statut personnel, bien que certains aient faussement essayé d'imputer cette

---

9. Ibn-Abdelaghani Arrafii Salem, *Règlementation du statut personnel des musulmans en occident* (Ouvrage en langue arabe), Ahkam AL-Ahwal Achakhssiya LI-Lmouslimin Fi AL-Gharb, éditions : Dar Al-Wattan Linachr, Riyad, 1<sup>ère</sup> édition, 2001, page 379.

pratique au système des privilèges qui prévalait à l'époque colonialiste<sup>10</sup>.

Force est de constater que cette tradition islamique avait réussi depuis des siècles à asseoir une base efficace permettant d'assurer aux statuts personnels des étrangers le respect intégral de leurs caractéristiques culturelles. Ainsi, l'adoption du principe de la personnalité des lois dans le domaine de la famille avait toujours représenté un des aspects libéraux de l'Islam, une preuve concluante de la profondeur de sa philosophie législative, et un signe de la maturité de ses concepts fondamentaux.

En ce sens, la Révélation prophétique avait eu une vision intégrée et cohérente quant à la question du respect des statuts familiaux des non-musulmans, témoignant par là d'une tolérance intellectuelle appréciable, et posant de ce fait les bases d'une nouvelle conception en matière de liberté.

L'effort rationnel déployé par le Droit musulman, tout en prenant comme point de départ une philosophie libérale osée, se justifie clairement du point de vue de sa dimension humaine, du moment qu'il incarne incontestablement des valeurs civilisées, faisant des questions du statut personnel le noyau d'une identité propre à chaque membre de la société humaine, et s'obligeant par-là à ne pas enfreindre la ligne rouge irréductible qu'elles représentent.

Les historiens n'avaient pas manqué de décrire cette réalité de tolérance et de reconnaissance de l'identité des non-musulmans, fortement empreinte aussi bien par un engagement ferme des autorités étatiques à fuir le domaine des croyances religieuses, que par une réelle volonté des

---

10. **Deprez Jean**, *un aspect inattendu de l'échange inégal en Droit international privé ? Les relations de statut...* op. cité. Pages 50,51.

organes de l'Etat de reconnaître l'applicabilité inconditionnée de l'ensemble des lois, coutumes et rituels découlant de la foi intime des intéressés<sup>11</sup>. Pour ce faire, l'autorité politique avait toujours accepté de renoncer à ses privilèges judiciaires, et d'autoriser la création de tribunaux spéciaux pour chaque catégorie de non-musulmans, afin d'examiner leurs affaires, notamment de statut personnel, chaque fois que le recours aux enseignements religieux des intéressés se trouve incontournable, et que leurs convictions intimes à cet égard dictent un mode spécial de traitement et de résolution du litige<sup>12</sup>.

Cependant, le droit des non-musulmans de recourir à leurs propres tribunaux ne les empêchait nullement de saisir le juge musulman, qui était autorisé à examiner leurs affaires à la lumière des exigences de son propre Droit, chaque fois qu'ils choisissaient de les lui soumettre librement, et d'exprimer ainsi une réelle volonté de geler l'application de leur loi, et de désigner la loi du juge pleinement compétente.<sup>13</sup>

La consécration de la législation musulmane des spécificités familiales d'autrui et le respect qu'elle est tenue d'observer envers ses institutions, est une preuve claire d'une conscience juridique sage. La paix civile entre les différentes composantes de la société et la coexistence des différentes affinités humaines, dépendaient pour une large part du respect des identités propres, et de la sauvegarde des croyances intimes.

---

11. **zaydan AbdAlkarim**, *Ahkam Addimiyin wa Almustamanin Fi Dar Al-Islam*, éditions: Maktabat Al Kods, Bagdad, 1982, pages 361, 362.

12. **Alqaradawi Yousouf**, *Les minorités religieuses et la solution islamique* (Ouvrage en langue arabe), Série : Rasail Tarchid Assahwa 7, éditions : Maktabat Wahiba, 1<sup>ère</sup> édition, 1996, page 16.

13. *Ibid.*, page 16.

Nombreux étaient alors les écrivains et les penseurs qui avaient abordé cette réalité juridique tolérante, et qui n'avaient pas manqué d'examiner ses diverses facettes et ses multiples aspects. C'est d'ailleurs le cas - en ce qui concerne les auteurs arabophones - d'Ibn Qayyim Al-Jawziyya<sup>14</sup>, d'Abou Al-Aala Al-Mawdoudi<sup>15</sup>, d'Ali Hassan alkharboutli<sup>16</sup>, d'AbdAlkarimzaydan<sup>17</sup>, de YousufAlqaradawi<sup>18</sup>, de HoussaynHamid Hissan<sup>19</sup>, de TamirbajinOughlou<sup>20</sup>, de Mohamad BakhitAl-Matii<sup>21</sup>, de Mohamad Ibn Abd-AlkarimIbnMohamad Al-MaghiliA-Tilimsani<sup>22</sup>, d'Ali Ibn Nayifa-sho-

houd<sup>23</sup>, et d'Abde-RazzaqAwis<sup>24</sup>. En ce qui concerne les auteurs francophones, il y a lieu de citer, entre autres, les écrits de Jean Deprez<sup>25</sup>, d'Ahmed Rachid,<sup>26</sup> de Choukri Cardahi<sup>27</sup> et de Salah El Dine Tarazi.<sup>28</sup>

La plupart de ces auteurs avaient centré leurs efforts sur la dimension législative de ce phénomène juridique distingué, rappelant l'engagement ferme du Droit musulman à mettre fin aux conflits opposant les différents systèmes juridiques, selon une prétendue «lutte existentielle», se souciant peu de la donne civilisationnelle de l'autre ainsi que de son identité culturelle.

Les conflits soulevés par les statuts personnels, qu'ils soient musulmans, juifs, chrétiens, laïcs ou autres, occultant des considérations culturelles et idéologiques, n'avaient évidemment pu trouver de solution satisfaisante, même chez les théories occidentales les plus tolérantes et les plus

14. Ibn Qayyim Al-Jawziyya, *Ahkam Ahl Addima*, éditions : Ramadi Li-Annachr/Al-Moutaman-Li-Tawzii, 1<sup>ère</sup> édition, 1997, 3 tomes.

15. Abou Al- Aala Al-Mawdoudi, *hoqouq Ahl Addima*, éditions : Dar Al-Fikr Al-Arabi.

16. Alkharboutli Ali Hassan, *Al-Islam wa-Ahl addima*, éditions: Attaarif Bi-Al-Islam, Conseil supérieur des affaires islamiques, Caire, 49<sup>ème</sup> livre, 1969.

17. zaydan AbdAlkarim, *Ahkam Addimiyin wa Almustamanin Fi Dar Al-islam...* Op.cit.

18. Alqaradawi Yousouf, *les non musulmans dans la société islamique*, (Ouvrage en langue arabe) Ghayr Almuslimin fi Almujtamae Al-Islamy, livre disponible sur : qaradawi.net.

19. Hamid Hissan Houssayn, *hoqouq A-DDimiyin fi A-shariya Al-Islamia*, éditions : série Abhat moujammaa Foukahae Achariaa en Amérique.

20. Tamirbajin Oughlou, *hoqouq Ahl Alddima Fi Alfiqh Al-Islami*, éditions : Mouassasat Tahkikat Wa Nachr Maarif Ahl-Al-Bayt.

21. Bakhit Al-Matii Mohamad, *Irshad Al-Umma Ila Ahkam Alhukm bayna Ahl Addimma*, éditions : al-Matbaa Al-Adabiya, Egypt, 1317 de l'année de l'hégire.

22. Ibn Abd-Alkarim Mohamad Ibn Mohamad Al-Maghili A-Tilimsani, *Risala Fi Ahkam Ahl addima* (manuscrit), in : Risalatani Fi Ahl Addima, éditions : Mohamed Ali Baydoun, Li Nachr Kotoub Assouna Wa Al-Jamaaa / Dar Al Koutoub Al-Ilmiya, 2001, Beyrouth, 1<sup>ère</sup> édition.

23. Achahoud Ali Ibn Nayef, *Al-khoulasa Fi Ahkam Ahl Addima wa Al moustamanin*, 1<sup>ère</sup> édition, 2012.

24. Awiss Abderrazak, *Fatawa Ahl Addima Fi Al-Faqih Annawazili A-Soussi*, Thèse de doctorat, soutenue à la faculté du Droit musulman, Agadir, Maroc, 2010.

25. Deprez Jean, *un aspect inattendu de l'échange inégal en Droit international privé ? Les relations de statut...* op. Cité.

26. Rachid Ahmed, *Islam et Droit des gens*, in Recueil des cours, Collected Courses 1957, Volume 91.

27. Cardahi Choukri, *La conception et la pratique du Droit international privé en Islam (étude juridique et historique)*, in Recueil des cours de l'académie de Droit international de La Haye, 1937-II (Tome 60).

28. Tarazi Salah El Dine, *La solution des problèmes de statut personnel dans le Droit des pays arabes et africains*, in Recueil des cours de l'académie de Droit international de La Haye, 1978-I (Tome 159).

élaborées. Ainsi, l'adoption de la philosophie du Droit musulman, tellement libérale et tolérante sur ce plan, serait à même de mettre définitivement fin aux conflits, plutôt que de se contenter de les gérer de manière hésitante et préjudiciable à la coexistence pacifique des différentes sensibilités culturelles.

Le Droit marocain moderne, fortement imprégné d'un esprit personnaliste qu'il a tout naturellement hérité de son ancêtre le Droit musulman, avait sagement mis en œuvre, en matière de statut personnel, une conception particulièrement libérale, aussi bien sur le plan du Droit interne qu'international. S'agissant du Droit international privé, les étrangers non musulmans résidants sur le sol marocain s'étaient toujours vus appliquer leurs propres lois familiales, sachant bien qu'une telle application n'avait jamais suscité la mobilisation d'une quelconque notion d'ordre public. A l'échelle du Droit interne, les marocains musulmans ainsi que leurs concitoyens juifs avaient aussi bénéficié, depuis environ quatorze siècles, de l'application d'un statut personnel propre à chaque religion, sans pour autant que ceci puisse être à un moment donné source de frictions ou de malentendus. Tout s'était toujours passé, dans le cadre d'une dualité officiellement établie en matière de Droit familial, comme si les parties se toléraient mutuellement, s'acceptaient les uns les autres, ou tout simplement s'ignoraient totalement.

### 3. Fondements légaux

Il ne fait aucun doute que l'Islam avait garanti pleinement aux non-musulmans la liberté de conserver leurs croyances, et interdit catégoriquement qu'ils soient

contraints à embrasser ses préceptes ou à abandonner leurs religions.<sup>29</sup>Le prophète Mohammad exhortait sans cesse les musulmans à respecter les coutumes, croyances, biens et descendance des non-musulmans établis en terre d'Islam.

Le devoir d'observer les croyances et rituels des non-musulmans s'imposait en tant qu'évidence indiscutable, et l'obligation de ne pas nuire à leurs pratiques religieuses et leurs convictions spirituelles paraissait communément admise sans contestation aucune.<sup>30</sup> Il en découlait inéluctablement l'impératif de respecter leurs doctrines, rituels, croyances, ainsi que toutes les institutions qui y étaient intimement liées,<sup>31</sup> au point que le Droit musulman en faisait pour ses adeptes une condition *sine qua non* de l'observance des préceptes fondamentaux de la révélation.

Ceci prouve cette volonté de respecter intégralement les convictions intimes d'autrui, une reconnaissance inconditionnée de la validité des actes de mariages conclus ou dissous avant l'avènement de l'Islam, ainsi que leurs effets et implications diverses, bien que s'écartant notablement des prescriptions de la loi islamique.

Dans ce sens, le Coran, livre saint de l'Islam, n'a pas hésité à qualifier les femmes des non-musulmans, tels que le pharaon d'Egypte,<sup>32</sup>Abou Lahab<sup>33</sup> - l'un des

---

29. Al-Haydar-Abadi Mohamad Hamidollah, *Groupement des documents politiques à l'aire prophétique et de sa droite succession* (ouvrage en langue arabe), éditions : Maktabat Madbouli, Haydar-Abad, 2000, pages 91 à 96.

30. Ibid.

31. Ibid.

32. Le Saint coran, Sourate At-Tahrim (L'interdiction), verset 11.

33. Le Saint coran, Sourate : AL-MASAD (LES FIBRES), verset 4.

pires contestataires du prophète...etc.- d'épouses légitimes, en reconnaissance des rites et des religions préislamiques, et en témoignage du respect des réalités établies conformément aux croyances et convictions qui ne sont pas les siennes.

Et c'est ainsi que le prophète Mohammad avait toujours considéré comme valables toutes les unions établies avant l'avènement de l'Islam, sans pour autant ordonner aux couples convertis de renouveler leur contrat de mariage dans le but de se conformer aux règles posées par le Droit musulman aux fidèles. Idem pour les unions dissoutes antérieurement à la révélation, puisque ces unions étaient tout simplement considérées comme étant rompues en application de la loi antéislamique qui les gouvernait.<sup>34</sup>

Les effets des contrats de mariage conclus antérieurement à la période islamique, ainsi que ceux découlant de la dissolution de tels contrats, étaient pleinement respectés, et une continuation juridique a été réellement supposée, afin d'éviter toute rupture de statut, préjudiciable aux situations familiales des intéressés.

Toutefois, il y a lieu de signaler l'existence d'une dérogation à ce principe général, s'agissant de deux hypothèses rarement réalisées. La première, suppose la dissolution du contrat de mariage unissant les époux non-musulmans, lorsque l'épouse convertie à l'Islam ne pouvait ainsi vivre légalement avec son époux demeurant fidèle à sa religion. Idem lorsque l'époux converti à l'Islam se trouvait dans l'obligation de se séparer de sa femme n'embrassant aucune religion du Livre, ou lorsqu'une prohibition de mariage rendait impossible la conclusion du contrat eu

34. **Ibn Abi Chayba**, *Al-Moussanaf*, Hadit du prophète n° 18533.

égard à la loi musulmane (ex : mariage entre frère et sœur). La seconde hypothèse concernait quant à elle, le cas d'un mariage polygamique liant l'époux à plus de quatre femmes, puisqu'il ne lui est permis en cas de conversion à l'Islam de conserver que quatre d'entre elles. Les liens conjugaux qui le liaient avec les autres devaient automatiquement être rompus sans délai.

Hormis ces deux exceptions isolées et rarement réalisables, force est de constater que le fait d'embrasser l'Islam n'affectait nullement le statut familial acquis sous le règne de l'ancienne conviction religieuse, à tel point que le prophète n'avait pas hésité à plusieurs reprises à reconnaître les effets des actes précédemment conclus ou dissous, abstraction faite de la conversion ultérieure des partis à l'Islam.

Les antécédents à ce propos abondent et ne laissent point l'ombre d'un doute concernant la stabilité et la régularité d'une telle interprétation de la loi musulmane. C'est ainsi que la Prophète avait approuvé la validité de l'acte de mariage liant, avant l'avènement de l'Islam, Safwan ibn Oumaya et la jeune fille de Alwalid Ibn AL-Moughira. Cette dernière, s'étant convertie tôt à l'islam, s'en était trouvée séparée de son mari n'ayant embrassé la foi musulmane que plus tard. La conversion ultérieure du mari avait donc pour effet de permettre au couple la reprise à nouveau de la relation conjugale, sans qu'il fût pour autant nécessaire d'exiger des parties la célébration d'un nouvel acte de mariage, conforme cette fois-ci aux prescriptions de la loi musulmane<sup>35</sup>.

Loin donc de déclarer nul et non avenu l'ancien contrat conclu sous l'égide des

35. **Ibn Malik Anass**, *Al-Mouwattaa*, Hadit du prophète n° 1115.

anciennes règles, sa validité présumée engendrait une pleine reconnaissance de ses effets, et entretenait sa continuité sous le règne des règles établies nouvellement. Tout se passait comme si le contrat conservait sa validité, et transcendait l'ancien régime pour épouser les contours du nouveau, sans pour autant occasionner une quelconque rupture juridique.

A l'occasion de cas d'espèces similaires, le prophète n'avait pas hésité à présumer la validité du contrat de mariage engageant sa fille Zaynab, épouse d'Abi AL-As Ibn Arrabii, offrant par là une illustration claire d'un respect des actes de mariage conclus lors de la période antéislamique.

La reconversion à l'Islam de l'épouse seule, ainsi que l'empêchement de mariage qui en découla, générant immédiatement la rupture des liens de mariage, n'avait pas pour autant eu pour conséquence de rendre impossible la reprise de la vie conjugale, aussitôt l'interdiction levée suite à la reconversion du mari à l'Islam dans une époque ultérieure. Tout s'était déroulé comme si le contrat initial, établi conformément à la loi préislamique, et qui avait cessé de produire ses effets pendant une période donnée, avait repris son plein effet conformément aux règles du Droit musulman, sans égard aucun aux conditions de sa genèse première<sup>36</sup>.

D'autres cas d'espèce similaires sont à signaler aussi à cet effet. Il s'agit notamment des couples «Oum Hakim /Ikrima»<sup>37</sup>, «Joumana / AbouSoufyan» «Chifae/ Makhrama», «Zainab / Abou Soufyan», «Hind/

Hakim», et «Atika et Amina/Safwan».<sup>38</sup> La permission aux intéressés de reprendre leur vie conjugale normale immédiatement après conversion des maris à l'Islam, témoigne sans doute, de manière ferme et non équivoque, du respect dû par le Droit musulman au principe de continuité des relations conjugales et de leurs effets.

S'inscrivait dans la même logique, la demande adressée par le prophète aux époux de ses filles Rouqaya et Oum Kouloum, respectivement Outba Ibn Abdel Ouzza Abou-Lahab, et Outayba Ibn Abi-Lahab, les priant de les répudier. Ces deux derniers n'ayant pas embrassé l'Islam, comme ce fut le cas pour leurs épouses, un empêchement de mariage se réalisa, rendant impossible la vie commune, et dictant la dissolution des liens de mariage, au cas où les époux refuseraient de se convertir à l'Islam.

Au lieu de considérer caducs les liens de mariage en raison du fait de la conversion des épouses seules à l'Islam, l'appel lancé par le prophète aux époux, n'ayant point la volonté d'embrasser l'Islam, les incitant à répudier ses filles, renfermait un message très particulier. Il témoignait incontestablement de la considération réservée aux actes établis antérieurement à l'Islam, prouvait encore une fois le respect des institutions ayant pris naissance durant cette période, ainsi que la pleine reconnaissance de leurs effets,<sup>39</sup> et affirmait que les liens unissant les époux ne pouvaient être défaits légalement, sans se

---

36. Assanaani Abderrazak, *Al-Mousannaf*, éditions : Al-Maktab Al-Islami, Beyrouth, 2<sup>ème</sup> édition, 1403 de l'année de l'Hégire, Tradition du prophète n° 12294.

37. Ibn Malik Anass, *Al-Mouwattaa* ... Op. Cité., Hadit du prophète n° 1118.

---

38. Assanaani Abderrazak, *Al-Mousannaf*... Op. Cité., Tradition du prophète n° 12287.

39. *Ibid.*, Traditions du prophète n° 12282 et 12286.

soucier des situations établies par le Droit sous l'égide duquel ils avaient été noués<sup>40</sup>.

Il n'a jamais été établi que le Prophète eût ordonné une quelconque révision, correction ou annulation des actes conclus avant l'avènement de l'Islam, tant que les parties avaient opté pour la conservation de leur religion d'origine. Il était alors exclu de soulever à cet effet la question du respect ou non des prescriptions islamiques relatives aux témoins, tuteur, dot, période de continence...etc.<sup>41</sup> La validité des actes liant des époux dont l'un d'entre eux ou dont les deux à la fois s'étaient convertis à l'Islam, était pareillement présumée, à l'exception des cas de figures détaillés dans les deux hypothèses décrites plus haut.<sup>42</sup>

L'Islam apporte certes de ce fait une preuve concluante de son empressement à tenir compte des modèles culturels le précédant, en préservant les relations générées par les institutions existantes et en prenant intégralement leurs effets en compte, dans une logique d'ouverture et de tolérance ne rompant point avec l'environnement juridique et sociologique des droits familiaux en cause.

Par ailleurs, Il n'a jamais été prouvé que les califes succédant au prophète aient contraint les non-musulmans à respecter les

règles du Droit local en matière d'affaires familiales. Bien au contraire, leur politique à l'égard des institutions familiales : mariage, divorce, filiation, héritage...etc. constitue le prolongement naturel et la mise en œuvre fidèle des enseignements prophétiques en la matière<sup>43</sup>.

L'histoire nous enseigne que la tendance du second calife, Omar Ibn Al-Khattab, à opérer un revirement de jurisprudence au sujet des mariages incestueux des Mages adorateurs du feu, a été vivement contestée par les Oulémas (Doctes du Droit musulman) de la nation qui n'avaient nullement cautionné ce nouveau penchant juridique. A cet effet, il suffisait de se référer à l'avis émis par le docte Hassan Al-Basri sur la question pour s'en convaincre. Ce dernier n'hésita pas un instant à rejeter l'idée selon laquelle lesdits mariages incestueux seraient susceptibles d'interdiction, et affirma par-là, la constance d'une interprétation de la loi musulmane, conférant la pleine liberté aux non-musulmans de gérer leurs affaires familiales conformément à leurs convictions religieuses les plus intimes<sup>44</sup>.

Cet avis avait solennellement rappelé au pouvoir exécutif en place l'approbation de l'Islam d'un mode de mariage particulièrement choquant, d'une organisation des affaires familiales difficilement concevable, et d'une institution s'écartant à l'extrême de la logique communément admise sous l'empire de la quasi-totalité des régimes juridiques.

---

40 \*Attabarani, *Al-Mouaaqam Al-Kabir*, Tradition du prophète n° 18532.

\*Addawlabi Mohamad, *Azzouriya Attahira Annabawiya*, 1<sup>ère</sup> édition, 1407 de l'année de l'Hégire, Tradition du prophète n° 64.

41. Al-Khallal Abou Bakr Ahmad, *Al Jamii*, éditions : Maktabat Al-Maarif Li-Annachr Wa Attawzii, 1<sup>ère</sup> édition, 1996, tradition du prophète n° 41.

42. \*Ibid., tradition du prophète n° 42.

\* Imam Malik Ibn Anas, *Al-Moudawana*, tome 1, tradition du prophète n° 495.

---

43. Al-Haydar-Abadi Mohamad Hamidollah, *Groupement des documents politiques ...* Op. Cite., pages 101 à 104.

44. Al-Badiri Ahmad, *Anssabo Al-Achraf*, éditions : Dar Al-Fikr, Beyrouth, 1<sup>ère</sup> édition, 1996, tome 8, page 159.

Ce type d'institutions familiales, bien que s'opposant radicalement à la loi musulmane, à l'instar de la consommation du vin, du porc, etc., ne saurait être interdit pour le simple motif de sa condamnation par les enseignements de l'islam, du moment que la foi des intéressés l'admet pleinement et sans réserve aucune<sup>45</sup>. Pour les mêmes raisons, le vol, le meurtre, le brigandage, l'agression, le viol, etc., ne pouvaient être tolérées parce que condamnés explicitement par les différents dogmes, religions et philosophies.

L'enseignement principal qui se présente tout naturellement à l'esprit consiste au fait que l'islam n'obligeait nullement les non-musulmans à agir contre leur conscience, et n'exigeait point d'eux qu'ils violent les normes établies par leurs religions, ou qu'ils se trouvent en désaccord avec les préceptes dictés par leurs croyances les plus intimes.

Cette approche a été soigneusement observée par les diverses doctrines jurisprudentielles islamiques, qui avaient soustrait le domaine des affaires familiales des tierces au cercle d'influence de la loi islamique, et qui n'avaient jamais préconisé qu'un tel domaine devrait être régi en harmonie avec les exigences du Droit musulman. Malgré les divergences parfois énormes entre les deux sphères juridiques, rendant généralement inconciliables leurs concepts respectifs, le libéralisme affiché par ces doctrines avait sans doute rendu impossible le recours à l'application de la loi musulmane au statut personnel des non-musulmans, à moins que ces derniers n'aient opté délibérément pour la saisine du juge musulman, et à moins qu'ils n'estiment en toute liber-

---

45. Alqaradawi Yousouf, *les non musulmans dans la société islamique...* Op.cit., page 32.

té que la loi de ce juge était apte à leur être appliquée.

Une revue des diverses positions doctrinales islamiques sunnites (Malikite, Shafii'ite, Hanbalite ou Dhahirite) et chiites, révèle davantage le trait ultralibéral caractérisant une approche unique en son genre. Révolutionnant, il y a plusieurs siècles, le style de conduite à tenir à l'égard des institutions familiales de l'autre, la dite approche avait toujours affiché un maximum de tolérance vis-à-vis des institutions en question, généralement très singulières, parfois carrément opposées à celles de l'islam, et rarement conciliables avec celui-ci.

L'attitude tolérante du rite malékite à l'égard des non-musulmans, a été démontrée à bien des égards. Ce rite incitait sans équivoque ses disciples à reconnaître les institutions de statut personnel des non-musulmans, et à ne pas contraindre en l'occurrence ces derniers à se conformer aux règles de la loi musulmane. Selon l'Imam Malek, les actes établis avant la conversion à l'islam, ne cessaient jamais de produire leurs effets, et s'imposaient pour autant, alors que les intéressés avaient choisi délibérément de se convertir à l'islam, ce qui témoigne sans doute d'un fort respect envers la culture intime et la vie privée de l'autre<sup>46</sup>.

Une admission inconditionnelle dont la portée n'avait pas de limites, sauf conversion à l'islam ou choix volontaire de saisine de la justice musulmane, devait alors encadrer l'application des lois étrangères, bien que certaines institutions puissent se révéler largement incompatibles avec

---

46. Malik Ibn-Anas, *Al-Moudawana*, éditions : Dar Al-Koutoub Al-Ilmiya, 1<sup>ère</sup> édition, 1994, Tome 2, Livre du mariage 3, page 223 et suivantes.

les enseignements du Droit musulman, et parfois même choquant sévèrement la conscience collective et heurtant de front la conviction de la nation toute entière. Ce fut certes le cas des mariages incestueux, que l'école Malékite ne contestait en aucun cas, en reconnaissant même la validité et y attachait tous les droits et les effets imaginables pour n'importe quel acte classique de mariage<sup>47</sup>.

La doctrine Shaféite adoptait la même attitude que son homologue malékite, de sorte que la validité des institutions familiales des non-musulmans n'ait jamais été mise en doute, et que la compétence de leurs Droit et tribunaux jamais remise en question. À moins que les intéressés eux-mêmes ne préfèrent plaider devant un tribunal musulman et renoncer au privilège judiciaire qui leur est réservé, rien ne les obligerait selon cette doctrine à le faire, abandonnant ainsi leurs systèmes conçus selon les enseignements de leurs convictions religieuses d'origine.<sup>48</sup>

La doctrine Hanbalite ne fit pas l'exception non plus, et les affaires familiales des non-musulmans ne pouvaient qu'être l'objet d'un traitement très respectueux des convictions et croyances des intéressés, de sorte que les effets des institutions aient été pleinement reconnus, et les litiges qui en résultaient jugés conformément à la loi sous le règne de laquelle les rapports juridiques avaient été établis<sup>49</sup>. Respecter la législation étrangère revenait donc à en assurer une application stricte,

---

47. *Ibid.*, pages 205 et 223.

48. Chafii Mohamed Ibn Idriss, *Al-Oum*, éditions Dar-Almaarif, 1990, livre du mariage, Mariage des non musulmans, page 1517.

49. Ibn-Kayim Aljawziya, *Ahkam Ahl Addima*, éditions : Ramadi Linnachr, 1<sup>ère</sup> édition, 1997, Tome 2, page 779 et suivantes.

à en examiner impartialement le contenu, et à en scruter les enseignements au sein des convictions et des croyances de la communauté d'origine<sup>50</sup>.

Du point de vue jurisprudentiel, cette école partage avec les autres doctrines le fait que la soumission du converti au Droit musulman ne pouvait être en aucun cas totale et généralisée. Son impact se limitait nécessairement à la période postérieure à la reconversion à l'Islam, sans pour autant s'opposer à ce que les institutions concernées continuent à produire normalement leurs effets.<sup>51</sup>

Animée par l'objectif du respect des dogmes et croyances des non-musulmans, l'opinion des juristes relevant de l'école hanafite ne s'écartait point de cette attitude libérale, reconnaissant ainsi sans aucune restriction l'effectivité<sup>52</sup> des actes de statut personnel établis par les non-musulmans, dans le respect de leurs convictions<sup>53</sup> et la considération de leurs choix religieux<sup>54</sup>. Dans le prolongement des mêmes idées, tant que les intéressés se réclament d'une obédience religieuse donnée, l'autorité musulmane est même tenue de les contraindre à se conformer à l'esprit de leurs croyances, chaque fois qu'un écart avait été observé par rapport à

---

50. *Ibid.*, page 695 et suivantes.

51. *Ibid.*, page 777 et suivantes.

52. Al-Kassani Al-Hanafi Abou-Bakr, *Badayii Assanayii Fi Tartibi Acharayii*, éditions Dar Al Koutoub Al-Ilmiya, 2<sup>ème</sup> édition, 1986, Tome 2, page 310.

53. Assarkhassi Mohamed Ibn-Ahmed, *Al-Mabsout*, éditions : Dar Almaarif, Beyrou, 1993, Tome 5, page 38.

54. Ibn-Abdine Mohamed Amine, *Rado Al Mokhtar Ala Addorri Al Mokhtar*, éditions : Dar Al Fikr, Beyrou, 1992, Tome 3, page 222.

ce standard librement choisi par les intéressés eux-mêmes<sup>55</sup>.

Partant du constat qu'une conviction religieuse n'est autre pour le croyant que le libre exercice d'un culte, et que l'observance de l'ordre religieux incarnait certes un geste d'humilité envers Dieu, les doctes de l'école Hanafite considéraient à cet égard que les non-musulmans ne pouvaient être soumis contre leur gré aux prescriptions de la loi musulmane, ni être privés de l'application de leur propres enseignements religieux<sup>56</sup>. La dimension volontaire, spirituelle et rituelle de l'application de la loi religieuse ne pouvait être ignorée, sans dénaturer l'essence même des institutions familiales en cause.

D'autre part, la position de la doctrine Dahirite sur les questions familiales des non-musulmans ne s'écarte pas amplement de celle admise par les autres écoles sunnites. A l'exception du divorce dont la validité a été apparemment niée, l'effectivité des autres actes inhérents aux relations familiales avait été affirmée sans la moindre réserve<sup>57</sup>. Devant cette position d'exception, minoritaire, isolée et incompréhensible, il n'en demeure pas moins vrai que l'ensemble de la jurisprudence produite par cette école reste majoritairement tolérante, ouverte et favorable à la reconnaissance de la quasi-totalité des institutions familiales.

L'école chiite avait aussi adopté une ligne jurisprudentielle largement apparentée à celle mise en place par ses homologues

55. Al-Kassani Al-Hanafi Abou-Bakr, *Badayii Assanayii Fi Tartibi Acharyii...* Op. Cité., page 312.

56. Ibid., pages 310 et 311.

57. Ibn-Hazm Addahiri Al-Andaloussi, *Almohalla-Bil-Atar*, éditions : Dar Al-Fikr, Beyrouth, 1921, Tome 9, page 461 et suivantes.

sunnites, en termes de reconnaissance des institutions familiales non musulmanes, produisant par là une preuve supplémentaire de la tolérance du Droit musulman et de son ouverture.

Les avis des doctes chiites avaient toujours penché vers la reconnaissance des pleins effets<sup>58</sup> des contrats de mariage conclus par des non-musulmans<sup>59</sup>, bien qu'il ait été impossible d'imaginer leur validité du point de vue de la tradition musulmane<sup>60</sup>. La reconnaissance de la validité de tels contrats de mariage impliquait fatalement qu'ils continuaient à produire leurs effets, même après la conversion des parties à l'islam, sans pour autant que cette conversion affecte l'union conjugale qui conserve sa pleine légitimité<sup>61</sup>. Ce scénario supposait aussi l'exclusion de toute possibilité de correction des vices entachant lesdits contrats<sup>62</sup>, et nul besoin n'avait jamais été senti pour la conclusion de nouveaux contrats après la conversion à l'Islam<sup>63</sup>, à moins que l'une des hypo-

58. Achaykh Attoussi, *Annihaya*, éditions : Manchourat Qods-Mohammadi, Qom, pages 683 et 684.

59. Kadim Al-Adari Sayid Said, *Tolérance de l'Islam et droits des minorités dans l'école de AL-Albayt* (Ouvrage en langue arabe), éditions : Manchourat Markaz Dar Arissala, Série : Al-Maarif Al-Islamiya 43.

60. Al-Kilini Errazi Abou-Jaafar, *Al-Kafi*, éditions : Dar Al-Koutoub Al-Islamiya, 2000, Tome 5, page 435.

61. Assabzawari Assayad Ab-Al-Aala, *Mohaddabo Al-Ahkam Fi Bayani Al-Halal Wa Al-Haram*, éditions : Daftar Ayat Allah Al-Odma Assayad Assabzawari, 4<sup>ème</sup> édition, 1417 de l'Hégire, Tome 25, page 63.

62. Assistani Ali AL-Housayni, *Al Fikh Li-Almoughtaribin*, éditions : Dar Al Mouarrikh Al-Arabi, Beyrouth, 4<sup>ème</sup> édition, 2004, page 272.

63. Al-Hairi Kazim Al-Houssayni, *Al-Fatawa Al-Mountakhaba*, Tome 1/2, éditions : Dar Attafsir,

thèses précédemment décrites ne se soit réalisée<sup>64</sup>.

La jurisprudence de l'école chiite mettait vivement en garde les musulmans contre toute œuvre non respectueuse des institutions familiales étrangères<sup>65</sup>, et les incitait à accepter de telles institutions en tant que techniques juridiques adoptées librement et volontairement à des fins d'organisation de la vie familiale.

L'étrangeté de certaines hypothèses et la bizarrerie de leurs présupposés, n'avait pas empêché les doctes chiites de les aborder avec souplesse et neutralité. Dans un cas d'espèce particulièrement choquant, où il était question du partage de la succession d'une femme épousant deux hommes à la fois, une analyse détaillée des différents cas de figure possibles a été élaborée, et le débat avait porté essentiellement sur les possibilités techniques de la liquidation de la succession, sans pour autant se soucier du volet éthique de la question, ni de ses particularités morales et idéologiques<sup>66</sup>.

#### 4. Personnalité des lois : une garantie libérale

Par garantie libérale, il est fait allusion à tout mécanisme offrant aux individus la

---

Qom, 1424 de l'Hégire, page 470.

64. Al-Kiliyaykani Mohamed Rida, *Hidayato Al-Ibad*, éditions : Dar Al-Koran Al-Karim, Qom, 1417 de l'Hégire, Tome 2, pages 347 et 348.

65. Al-Amily Al-Hour, *Wasayil Achiaa (AlO-AL-Bayt)*, éditions : Mouassasat Al-Al-Bayt Alayhoum Assalam Li-Ihyae Attourat, Qom, 2<sup>ème</sup> édition, 1414 de l'Hégire, Tome 16, pages 36 et 37.

66. Al Khoumayni, *Tahriro Al-Wassila*, éditions : Dar Al-Koutoub Al-Ilmiya, Matbaat Al-Adab, Annajaf, 2<sup>ème</sup> édition, 1390 de l'Hégire, Tome 2, pages 402 et 403.

possibilité d'opérer des choix libres, d'éviter que ces choix ne soient imposés par la contrainte, de permettre leur expression à l'échelle des lois, et par conséquent éviter de heurter les convictions des intéressés.

C'est dans l'esprit de cette définition que les affaires familiales devraient être organisées. Elles ne pourraient certes être réglementées de manière acceptable sans tenir compte des croyances intimes de l'individu, qu'il souhaiterait à tout prix voir respectées et valorisées, et sans lui permettre d'opérer un choix libre du Droit applicable, juste en se réclamant d'un système culturel incarnant les idéaux qui lui sont chères.

Dans le prolongement de ces idées, il faudrait surtout se garder d'imposer aux personnes des ordres de valeurs en conflit avec leurs propres référentiels culturels, sous peine de voir ces ordres rejetés et ces individus révoltés. Autrement dit, le système de normes imposé risquerait de nourrir un sentiment de frustration continue, d'installer un état de mécontentement nuisible à l'enracinement de toute forme de paix sociale, et de faire régner une dictature juridico-idéologique mettant en péril la stabilité du système en place.

Il en découle que, sur le plan de l'organisation juridique interne, chaque catégorie de croyances devrait bénéficier d'un statut juridique propre, et que sur le plan des relations internationales privées, chaque personne devrait bénéficier de l'application stricte et intégrale de sa loi familiale nationale, censée refléter ses convictions non négociables sur ce plan. Le principe de la personnalité des lois qui reprend la philosophie de ces idées simples et fondatrices n'est, en fin de compte, que la traduction juridique du respect d'une sensibilité culturelle qu'on

peut difficilement ignorer, et qui renvoie à son tour à une réalité humainement très enracinée.

La doctrine musulmane, très respectueuse de ce principe, s'était depuis longtemps solidement positionnée sur ce terrain particulier, optant pour un choix personnalisé de l'application des lois, tant au niveau interne qu'international, garantissant ainsi un niveau maximum de liberté, et annulant par-là les risques des frustrations et des tensions psychologiques.

Le fait de ne pas tenir compte des spécificités culturelles de la personne serait sans doute générateur de désespoir et d'anéantissement. L'atteinte à un droit culturel<sup>67</sup> équivaut sans doute au mépris de l'identité, à la mutilation de la personnalité et à l'aliénation de la personne. Nier un droit culturel n'est autre qu'une violation de la dignité humaine de l'individu, rendu ainsi incapable de faire appel à son patrimoine essentiel, et d'utiliser les ressources que celui-ci offre. Le déni de la dimension culturelle, en tant qu'acte violent de déculturation, porte directement atteinte à l'exercice sensé de l'ensemble des libertés individuelles, et sert en fin de compte, à soutenir purement un processus de standardisation forcée des mœurs et des croyances.

---

67. «Les droits culturels, cadre propice à la diversité culturelle. Les droits culturels sont partie intégrante des droits de l'homme, qui sont universels, indissociables et interdépendants. L'épanouissement d'une diversité créatrice exige la pleine réalisation des droits culturels, tels qu'ils sont définis à l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux articles 13 et 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.» Article 5 de la *Déclaration universelle de l'UNESCO de septembre 2001, relative à la diversité culturelle*.

Le droit d'une personne d'accéder librement aux références culturelles de son choix, est une condition sine qua non pour l'amorce de son processus libre et jamais achevé d'identification, pour l'exercice conscient des autres droits, ainsi que pour mener une vie en société pleine de sens et de valeur<sup>68</sup>. La négation de ce droit serait génératrice d'une «pauvreté culturelle»<sup>69</sup>, très préjudiciable à l'exercice de l'ensemble des droits fondamentaux et des libertés individuelles<sup>70</sup>.

Très mal appréciée par un libéralisme illibéral, y voyant une niche de toute sorte de dangers et de maux, la reconnaissance des identités culturelles se présente plus qu'une tolérance envers les minorités, puisqu'elle constitue le corollaire de toute construction démocratique garantissant l'égalité des droits individuels et le respect de la différence identitaire.<sup>71</sup> Qualifiée à tort d'antilibérale, cette reconnaissance constitue fatalement la voie médiane entre un libéralisme égoïste au point de renier la liberté d'être ce qu'on est, et un communautarisme crispé au point

---

68. Taylor Charles, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Aubier, 1994, page 50.

69. Observatoire de la diversité et des droits culturels (IIEDH), *Violations des droits culturels et non-respect de la diversité*, Documents de synthèse : DS 4, 10.10.2007.

70. «L'action culturelle est effectivement primordiale. Elle permet de poser la question de l'exclusion humaine d'une manière plus radicale que ne le fait l'accès au droit au logement, au travail, aux ressources ou à la santé. On pourrait penser que l'accès à ces autres droits devient inéluctable, lorsque le droit à la culture est reconnu.» Wresinski Joseph, *Culture et grande pauvreté*, Éditions Quart-Monde, Paris, 2004, page 40.

71. Walzer Michael, *La critique communautarienne du libéralisme*, dans A. Berten, P. Da Silva et H. Pourtois (dir.), *Libéraux et communautariens*, pages 311-313.

de renier la liberté d'être ce qu'on veut. Fragilisateur de l'engagement citoyen au profit des liens engageant l'individu à son groupe culturel, pour les uns, fondateur de valeurs antinomiques à celles de la liberté et de l'égalité, pour d'autres, le multiculturalisme équilibré et raisonné est, paraît-il, loin d'être ce que ses détracteurs croyaient qu'il soit.

Sage articulation entre individus et communauté, entre identité politique et identité culturelle, cette voie médiane représenterait une garantie efficace contre toute tentative de globalisation des valeurs, de banalisation des spécificités et de déni des particularités. Il s'agit d'une forme de diversité culturelle qui présuppose l'existence de groupes ayant des identités propres et soucieux d'en assurer, loin de tout délitement, la conservation. Les individus dans ce cas sont libres de s'identifier culturellement au groupe de leurs choix, et de faire leurs idéaux culturels de ce groupe, sans pour autant rompre avec leur appartenance politique au groupe étatique qui les unit.

Le risque de communautarisme est ici largement repoussé par la liberté garantie pour chacun de pouvoir quitter le groupe, une fois qu'il ne s'identifie plus à ses idéaux, et chaque fois qu'il lui paraît judicieux de s'y soustraire. Ce droit de sortie<sup>72</sup>, demeure effectif aussitôt que la personne ne se reconnaît plus dans la culture du groupe, c'est-à-dire, lorsqu'elle juge que ladite culture n'inspire plus sa conception du monde et son mode de vie.

---

72. Weinstock Daniel, *Beyond Exit Rights : Reframing The Debate (Au-delà des droits de sortie : recadrer le débat)*, in Avigail Eisenberg et Jeff Spinner-Halev, *Minorities Within Minorities. Equality, Rights, Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, page 227 et suivantes.

Selon Will Kymlicka, le droit des minorités suppose «l'autonomie individuelle» des personnes de sorte que toute action restrictive des libertés civiles et politiques, entreprise par des groupes dits «minorités illibérales»<sup>73</sup>, serait en flagrante opposition avec «les principes libéraux de liberté et d'égalité».<sup>74</sup> Selon cet auteur, une minorité culturelle devrait bénéficier d'un droit collectif spécifique qualifié de «droit différentiel de groupe», au même titre que les individus mécontents et désireux de quitter le groupe. Ces derniers, une fois convaincus de la nécessité de leur retrait du groupe, devraient alors être en mesure de le faire en toute liberté et sécurité.

Cependant, force est de constater qu'un raisonnement un peu ambigu était ensuite venu perturber la démarche intellectuelle libérale que l'auteur avait entretenue, lorsqu'il n'hésita pas à opérer une distinction entre les «minorités nationales» et les «groupes ethniques issus de l'immigration». D'après lui, ces derniers, s'étant décidés, par le simple fait de l'immigration, de se déraciner eux-mêmes, avaient renoncé à l'exercice de leurs droits différentiels de groupe<sup>75</sup>.

On ne peut de ce fait que rester perplexes devant l'argumentation fournie par l'auteur à l'appui d'une telle distinction ambiguë. Alors que les minorités nationales, qu'elles soient linguistiques, culturelles, religieuses ou ethniques, se verraient attribuer des droits spécifiques privilégiés, les groupes ethniques issus de l'immigration ne seraient pas en mesure de réclamer les mêmes droits, et n'auraient d'autre al-

---

73. Kymlicka Will, *la citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale des droits des minorités*, éditions : La découverte, Paris, 2001, page 233.

74. *Ibid*, page 234.

75. *Ibid*. page 141.

ternative que de s'adapter aux institutions et aux pratiques déjà consolidées par la société d'accueil<sup>76</sup>.

L'ensemble de cette démarche intellectuelle édiflée à partir d'un présupposé injustifié, ou du moins incompréhensible, est mise à mal même par les critiques les plus élémentaires. En affirmant que l'immigration est un acte purement volontaire, dessaisissant ainsi les immigrés du droit de se prévaloir de leurs patrimoines culturels, l'auteur fait preuve du recours à une démarche déductive très peu convaincante. S'en tenir à ces propos, reviendrait à renier les droits culturels aux exilés politiques, aux victimes des persécutions ethniques et religieuses, aux réfugiés des guerres civiles et conflits armés, aux travailleurs se trouvant dans la nécessité, aux personnes démunies en quête de situations meilleures...etc., ainsi qu'à toute personne forcée d'une manière ou d'une autre à émigrer hors de son territoire natal.

Malgré la grandeur de la pensée de cet éminent auteur, l'approche qu'il avait mobilisée relèverait vraisemblablement, sur ce point très particulier, de considérations beaucoup plus pragmatiques qu'humaines. On n'y retrouve certes pas l'humanisme mis en avant par les doctrines libérales, au même titre qu'on n'y embrasse pas non plus le respect abstrait de l'homme, en tant que titulaire des droits et libertés, que l'Etat moderne est censé garantir à tous ses citoyens, abstraction faite de leurs religions, ethnies, origines...etc.

Cependant, force est de constater que l'exclusion des groupes ethniques issus de l'immigration du bénéfice des droits culturels, ne priverait pas pour autant la théorie kymlickienne de sa pertinence et de son rayonnement. Excepté cette position in-

76. Ibid. page 144.

compréhensible, le libéralisme occidental est certes invité à s'inspirer du noyau dur de cette théorie, afin de réajuster d'avantage ses visions et d'être plus en harmonie avec l'essence même du principe de liberté. Dans cette perspective, le statut personnel devrait représenter l'un des principaux terrains de prédilection pour la mise en œuvre du multiculturalisme citoyen, tolérant et respectueux des sensibilités délicates, soulevées par les affaires familiales à l'échelle des différentes cultures<sup>77</sup>.

Le libéralisme classique est à son tour invité à s'inspirer, sur ce plan particulier, du Droit musulman en matière de relations internationales privées. On l'avait d'ailleurs vu, ce Droit ne se souciait point de la teneur culturelle des statuts personnels étrangers, auxquels il réservait une stricte application, vu leur caractère singulier les rendant indissociables de l'identité culturelle des intéressés, c'est-à-dire de leurs manières de s'identifier et de se représenter. Peu importe que les intéressés se soient établis sur le territoire de l'Etat musulman de manière passagère, temporaire ou définitive, la solution était toujours la même. Dans ce dernier cas, le Droit interne, loin de toute pratique paternaliste et coercitive, et en parfaite synergie avec les fondements du Droit international privé, avait toujours réservé à ces citoyens (sujets), un traitement privilégié et respectueux de leurs identités culturelles.

Une question mérite cependant d'être posée : le statut personnel et l'identité se recourent-ils vraiment ? En d'autres termes, en quoi les affaires familiales seraient-elles des affaires purement culturelles ? Une réponse affirmative s'impose évi-

77. Spinner-Halev Jeff, *Surviving Diversity: Religion and Democratic Citizenship*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2000.

demment, du moment qu'il est établi que les intéressés ne se reconnaissent que dans un système de normes particulier, et simplement lorsqu'il est prouvé qu'ils ne pouvaient renoncer au dit système sans subir de graves dommages psychologiques et d'importants préjudices moraux.

A titre d'exemple, qu'il s'agisse de mariage, de divorce, de filiation, de succession... etc., le musulman affiche généralement sa volonté de se voir gouverné par la loi musulmane, désapprouve toute mesure de nature à restreindre l'application de cette loi, et ne manque pas d'exprimer sa déception lorsque des écarts par rapport à ce souhait sont enregistrés dans la pratique. N'est-ce pas une preuve suffisante du caractère profondément culturel du statut familial ? Difficile de répondre par la négative sans prétendre qu'il ne reviendrait pas aux individus eux-mêmes de se prononcer sur le caractère culturel d'une institution sociale les concernant.

Par ailleurs, le fait qu'un tel statut renferme en son sein des dispositions mal vues par la doctrine libérale, et de ce fait désapprouvées par l'esprit des droits et libertés civiles et politiques, ne saurait justifier son rejet pure et simple. En effet, tant que les intéressés, y voyant le reflet fidèle de leur identité, adhèrent librement et volontairement à la lettre et l'esprit d'un statut donné, celui-ci mériterait sans doute une stricte application et devrait être épargné de toute action restrictive. Le droit de sortie étant la garantie certaine d'un libre retrait, toute tentative d'interdiction des statuts personnels jugés incompatibles avec l'esprit libéral classique, serait injustifiée et compromettrait sérieusement le droit fondamental des individus à s'identifier au groupe culturel de leur choix, et à s'y réfugier intellectuellement loin de toute tutelle de quelque nature qu'elle soit.

La mise en place d'un statut personnel civil, s'inspirant de l'idéologie libérale classique, serait de nature à donner un second souffle aux présumés libéraux de cette solution, puisque les individus non désireux d'intégrer aucun des ordres culturels disponibles sur la place juridique, à l'instar de ceux qui décideraient de s'en retirer, auraient quand même l'occasion de s'identifier à un ordre intégralement civil et soi-disant neutre culturellement. La possibilité d'opérer un choix tout azimut étant pleinement sauvegardée, chaque individu serait de ce fait libre de s'identifier à la tendance culturelle de son choix, sans pour autant se sentir humilié par l'entreprise d'une standardisation des variantes culturelles réellement diversifiées à l'infinie.

## 5. l'ordre public : instrument de négation de l'identité culturelle

Tout comme la négation des statuts particuliers minoritaires sur le plan du Droit interne, via l'application d'un statut majoritaire ou la mise en place d'un statut civil obligatoire, le recours sur le plan du Droit international privé à la technique de l'ordre public, en vue d'écarter l'application d'une loi étrangère, n'est autre que la mobilisation d'une pratique antilibérale, témoignant essentiellement de l'épuisement des réserves de tolérance, ainsi que de l'engagement sur la voie du conflit et de la contrainte.

La théorie du Droit musulman relative au statut personnel étant, paraît-il, tolérante, libérale, personnaliste<sup>78</sup> et ignorant la technique de l'ordre public<sup>79</sup>, il convient avant

78. Deprez jean, *Droit international privé et conflits de civilisations... Op Cite*, page 44 et suivantes.

79. *Ibid.*, page 79 et suivantes.

tout de la situer par rapport aux grands courants intellectuels qui encadrent le Droit international privé sur cette question. Cette théorie ne s'inspire ni de la philosophie purement territorialiste avec laquelle elle ne fait que contraster,<sup>80</sup> ni de la philosophie qualifiée communément de personnaliste, puisque chacune de ces deux théories se trouve, d'une manière ou d'une autre, otage d'un esprit paternaliste contraignant, et niant tout droit à la revendication de l'identité culturelle.

C'est ainsi que la première avait instrumentalisé les règles du Droit international privé, n'y voyant qu'un mécanisme permettant de soumettre les étrangers à la législation nationale de l'État de résidence, et en la leur appliquant chaque fois qu'ils ont élu domicile ou se sont établis sur le territoire national<sup>81</sup>. La seconde, quant à elle, n'avait jamais cessé de mettre en œuvre les moyens et les techniques à même de rendre inapplicables les lois personnelles des étrangers au bénéfice de la législation de l'État de leur résidence<sup>82</sup>, tout en persistant à invoquer sur le plan du principe le droit de ces derniers d'appliquer leurs propres lois même s'ils résident sur le territoire d'un État étranger<sup>83</sup>.

S'il est établi que la théorie dite territorialiste avait depuis longtemps tranché ses choix à cet égard, en soumettant systéma-

tiquement au Droit local tous les étrangers résidant sur le territoire national, rompant ainsi toute passerelle de dialogue culturel avec ces derniers, il n'en était pas de même pour la théorie dite personnaliste. Cette dernière oscillait depuis des siècles entre l'adoption d'une approche personnelle absolue et le recours à des modèles hybrides qui, se réclamant tous du principe de la personnalité des lois, diffèrent par leurs tendances respectives à adopter des techniques à vocation réellement territorialiste<sup>84</sup>.

Ainsi, depuis l'antiquité jusqu'à la création de l'ancien Droit, en passant par toutes les étapes historiques qui ont accompagné l'extension de l'Empire romain et son effondrement, à savoir l'installation du régime féodal européen<sup>85</sup> et l'émergence de la théorie des statuts en Italie, les conceptions du Droit international privé avaient fluctué entre un territorialisme ultra-extrémiste et un personnalisme ultra-tolérant.<sup>86</sup> Les diverses constructions intellectuelles, qui avaient présidé à l'encadrement de la doctrine personnaliste, avaient ensuite convenu d'adopter le principe de la personnalité des lois, tout en permettant de l'outrepasser à divers degrés par la mise en œuvre de techniques fortement territorialistes.

Il s'ensuit que le Droit international privé en matière de statut personnel est actuellement écartelé entre deux théories : la première purement territorialiste, ne se souciant point des lois étrangères, dans une perspective d'intégration et d'assi-

80. *Ibid.*, page 75 et suivantes.

81. Foblets Marie-Claire, *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration : quelles solutions juridiques appropriées ?* Éditions : Maklu, 1 jan. 1998, page 265.

82. Deprez Jean, *Droit international privé et conflits de civilisations... Op Cite*, page 203.

83. Norbert Rouland, *L'Etat français et le pluralisme : histoire politique des institutions publiques (de 476 à 1792)*, éditions : Odile Jacob, 1995, page 45.

84. *Ibid.*, page 153 et suivantes.

85. Stoff Louis, *Étude sur le principe de la personnalité des lois depuis les invasions barbares jusqu'au 12e siècle*, éditions : L. Larose, 1894.

86. Appoud Moussa, *Précis en Droit international privé* (ouvrage en langue arabe), éditions Manchourat Almarkaz Attakafi Alaarabi, 1994, Casa Blanca, pages 169 à 180.

milation des immigrés au sein de leur environnement juridique d'accueil, et abstraction faite des complications civilisationnelles engendrées par l'abolition délibérée de leurs identités culturelles. La seconde à caractère hybride, prétendant être personnaliste en soumettant les étrangers à leur Droit national, mais tout en entretenant un arsenal de techniques territorialistes vidant cette déclaration de principe de toute signification.

En ce sens, nous sommes en présence de deux systèmes juridiques, dont l'un avait clairement défini ses buts et objectifs ultimes, en appliquant de manière absolument territoriale les lois relatives au statut personnel, comme c'est le cas en Angleterre et dans de nombreux pays anglo-saxons. L'autre évasif et ambigu, qui se réclame de la théorie de la personnalité des lois, tout en œuvrant, sous le couvert de techniques appropriées, pour écarter l'application de la loi nationale des étrangers, comme c'est le cas en France et dans la plupart des États de l'Europe continentale<sup>87</sup>. L'ordre public, les lois d'application immédiate, l'adaptation, le renvoi, etc., tels sont les outils pratiques et efficaces mobilisés par ce système, pour mettre fin à toute approche multiculturelle lors de la mise en œuvre du Droit international privé, et partant satisfaire un égocentrisme identitaire privant la grande majorité des institutions étrangères de toute possibilité d'application.

Alors que le Code civil français stipulait que le statut personnel des étrangers était soumis à leur loi nationale<sup>88</sup>, il n'est pas

87. **Deprez Jean**, *Droit international privé et conflits de civilisations... Op Cite*, page 333.

88. "Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger." Article 3, alinéa3 du *code civil français*.

surprenant que la jurisprudence française ait œuvré pour écarter l'application d'institutions telles que la répudiation et la polygamie au motif qu'elles se heurtaient à l'ordre public. A l'opposé, la théorie du Droit musulman ne réservait aucune place à la technique de l'ordre public, en tant que concept à contenu flou<sup>89</sup>. Alors qu'elle était inconnue des outils et concepts juridiques mobilisés par le Droit musulman en matière de statut personnel, cette technique, œuvrant dans le sens de l'exclusion et de la neutralisation de toute institution porteuse d'une culture jugée de nature à contrarier les fondamentaux des sociétés d'accueil occidentales, s'était toujours proclamée **gardienne de la cohésion des composantes intellectuelles et idéologiques**<sup>90</sup> du système de valeurs mis en place.

Il ne fait donc aucun doute que le recours à cette technique<sup>91</sup> par les systèmes de Droit international privé dits personnalistes, en vue de réaffirmer le caractère absolu et universel de leurs principes et valeurs nationales, au détriment d'autres choix sociétaux et culturels, témoigne de la tendance autoritaire affectant une culture monolithique tentant d'affirmer son universalité, et cherchant à s'ériger en donatrice de leçons au reste des conceptions du monde<sup>92</sup>.

89. **Appoud Moussa**, *Précis en Droit international... Op Cité.*, page 211.

90. **Nord Nicolas**, *Ordre public et lois de police en Droit international privé*, thèse de doctorat en Droit, université Robert Schuman, Strasbourg III, faculté de Droit, des sciences politiques et de gestion, 2003, page 369.

91. **Sous la direction de Bernard-Maugiron Nathalie et Dupret Baudouin**, *Ordre public et Droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, éditions : Bruylant, 2012.

92. **Weber Max**, *Le savant et le politique*, éditions: Union Générale d'éditions, 1963, Collection : Le Monde en 10-18, Paris, 1963.

Le déploiement ainsi de stratégies législatives et judiciaires au mépris de l'autre, ainsi que de son droit à définir librement sa conception du monde, nourrit, paraît-il, l'illusion de détenir le choix civilisationnel idéal. Apparemment, il n'en est rien du côté de la théorie du Droit musulman dans la mesure où celle-ci fait preuve d'un respect envers les croyances des étrangers, d'une acceptation de leurs convictions, et d'une tolérance de leurs croyances.

Dans le prolongement de ces idées, il est également facile de saisir les soubassements de la politique législative française, visant l'adoption des lois dites «d'application immédiate», de sorte que les actes de mariage conclus par les musulmans ne viennent plus produire sur le territoire français leurs effets personnels et financiers, y compris le regroupement familial des familles polygames. Cependant, il n'y a pas de place pour de telles lois, également appelées «lois de police»<sup>93</sup>, dans la construction théorique inspirée du Droit musulman.

En outrepassant les règles de conflit compétentes, le recours à ces lois applicables d'office, et conçues pour régir toute relation comprenant un facteur d'extranéité, relève d'une tradition juridique qui n'est pas d'usage dans la pratique musulmane. Si l'intervention de la technique de l'ordre public est postérieure à la mise en œuvre de la règle de conflit dans le but d'exclure l'application d'une loi étrangère jugée inadéquate, la mobilisation d'une loi de police est envisageable directement en tant qu'application immédiate d'une disposition spéciale jugée opportune par le législateur, sans se soucier aucunement du contenu de la règle de conflit<sup>94</sup>.

---

93. **Deprez jean**, *Droit international privé et conflits de civilisations... Op Cite*, page 275, note n°358.

94. **Nord Nicolas**, *Ordre public et lois de police en Droit international privé... Op Cite*, page 1.

Encore une fois, il est facile d'affirmer que sous l'empire du Droit musulman, les lois étrangères de statut personnel avaient toujours la possibilité de produire leur plein effet, étant donné que ce Droit s'était complètement abstenu de les écarter en soulevant à leur rencontre toutes sortes de griefs : choquer le sentiment national, effriter les valeurs fondamentales, menacer la cohésion de la société...etc.<sup>95</sup>.

Le même raisonnement peut être soutenu quant à l'instrumentalisation des systèmes juridiques modernes de la technique dite «qualification» en vue d'exclure l'application de certaines institutions relevant du Droit musulman. Ainsi, la manipulation juridique requiert parfois la qualification d'une institution comme étant appartenant au domaine des règles de «forme», afin de la soustraire à l'application de la loi étrangère. Autrement dit, la qualification de l'institution en tant que relevant du domaine du «fond», aurait automatiquement conduit à l'application de la loi étrangère, à moins qu'un appel à la technique de l'ordre public ne vienne neutraliser les effets de ladite loi. A l'inverse, la qualification en tant que règle de «forme», permettrait de soumettre directement l'institution en question à la loi locale, sans faire appel à n'importe quelle technique supplémentaire.

Nombreux alors sont les points de Droit qui pourraient faire l'objet de manipulation technique. On n'en citera ici, à titre d'exemple, que deux institutions phare : «les témoins» et «la dot», dont la qualification en tant qu'éléments de forme, imposerait l'application de la loi locale reconnue compétente en matière d'organisation de la forme des actes juridiques.

---

95. **Ibid.**, page 2.

D'autre part, déterminée à adopter une approche purement personnelle vis-à-vis du statut personnel des non-musulmans, en soumettant automatiquement ces derniers à leurs lois nationales, la théorie du Droit musulman s'était toujours efforcée de qualifier leurs institutions familiales tout en s'inspirant des concepts fondamentaux du Droit au sein duquel ces institutions avaient pu naître. Afin de répertorier une institution étrangère dans une catégorie particulière du Droit musulman, force est de constater que la technique de la qualification n'avait jamais été entendue dans le sens de la mobilisation des concepts et des principes juridiques locaux.

Notons que la classification de n'importe quelle institution dans une catégorie juridique donnée (forme/fond, relations personnelles/relations financières, etc.) est indiscutablement une étape à la fois indispensable et antérieure à l'application de la règle de conflit en vue de désigner la loi compétente. A cet effet, la mobilisation des concepts juridiques locaux risquerait alors de biaiser l'opération de qualification toute entière, puisqu'elle méconnaîtrait ainsi l'essence même de l'institution selon les préceptes fondamentaux du Droit étranger d'origine, et induirait assurément une classification superficielle et insensée dans l'une des catégories du Droit local.

Afin de faire aboutir l'opération de qualification, seul un recours aux concepts du Droit étranger est admis en Droit musulman<sup>96</sup>. La philosophie propre à chaque institution étrangère s'en trouve ainsi pleinement respectée, lors de la détermination de la catégorie du Droit local dans laquelle l'institution en question sera classée. A l'opposé, les différentes variantes

de la théorie personnaliste s'étaient toujours contentées, à l'occasion de la qualification d'une institution étrangère de statut personnel, de s'inspirer uniquement des conceptions juridiques locales. L'opération de classification se limitait dans le fait d'inclure arbitrairement l'institution étrangère concernée, telle que perçue par le Droit local, dans l'une des catégories nationales préétablies<sup>97</sup>. La désignation de la règle de conflit ainsi que la loi applicable se trouve alors fortement affectée par le mode de qualification choisi, étant donné que le recours à l'une ou à l'autre des deux approches possibles induit fatalement une classification dans une catégorie différente, et réoriente ainsi l'ensemble du processus vers un horizon distinct.

Faut-il encore préciser que la théorie du Droit musulman, considérant les dispositions relatives au statut personnel comme étant constitutives d'un seul bloc homogène et indissociable, s'était toujours abstenue de nuire à son unité et sa cohérence. La réticence à s'engager sur la voie de la fragmentation et de l'éclatement de ce système, ainsi que le refus de la segmentation de ses diverses institutions, est un choix, le moins que l'on puisse dire, raisonnable. Ne pas procéder de la sorte reviendrait à répertorier chacune des institutions dans une catégorie différente, et à soumettre chacune de ces catégories à une loi différente<sup>98</sup>, aboutissant ainsi à des incohérences ne servant point les intérêts vitaux des étrangers. Seule l'unification du Droit applicable limiterait par contre la production des situations boiteuses, non reconnues par les systèmes juridiques dont ils dépendent, et préjudiciables à la continuité des statuts juridiques transfrontaliers.

96. Deprez Jean, *Droit international privé et conflits de civilisations...Op Cite*, page 53.

97. *Ibid.*, page 295.

98. *Ibid.*, pages 61 à 67.

Loin de toute tentative de classification artificielle, l'option du Droit musulman pour une catégorie unique dite de «statut personnel», uniformisant le renvoi au Droit étranger compétent, témoigne visiblement d'un choix personnaliste profondément ancré, d'un respect du multiculturalisme, et d'un esprit de tolérance et de liberté.

En relation avec l'institution du mariage, l'adoption par la théorie dite personnaliste de deux catégories de conditions gouvernant la validité de l'acte, la première dite de «fond» régie par le Droit étranger, et la seconde dite de «forme» soumise obligatoirement au Droit local, n'est autre qu'une instrumentalisation de la technique de la qualification, en vue de restreindre le champ d'application du Droit national des immigrés. Occulter ainsi les finalités d'une politique publique d'immigration<sup>99</sup>, via l'emploi de techniques censées respecter un minimum de neutralité, de scientificité et de probité intellectuelle, ne peut laisser indifférent le commun des mortels. Sommes-nous là en présence d'une négation de tout esprit multiculturaliste ? Apparemment oui, et ceci porte vraisemblablement à croire que la donne culturelle, en tant que vérité juridique s'appuyant sur des réalités empiriques, est marginalisée au profit d'une vérité politique imposée et aux soubassements très fragiles.

Le recours par le Droit musulman à l'adoption d'un concept large de statut personnel, avait permis depuis longtemps de mettre en place une catégorie unifiée de Droit international, permettant de recueillir l'ensemble des institutions connexes, et de les encadrer toutes par une règle de conflit unique. Sur le plan pratique, cette démarche avait permis

99. Ibid., pages 280 et suivantes.

d'éviter la dispersion des dispositions juridiques communément appelée «dépeçage du Droit». Ce dernier, se traduisant principalement par une pléthore injustifiée des règles de conflit, renvoyant chacune à une loi différente, engendre l'application de dispositions juridiques parfois antinomiques et totalement inconciliables.

L'adoption par le Droit musulman depuis plus de quatorze siècles d'un tel concept, n'avait pas cessé de susciter un intérêt particulier chez les auteurs contemporains. A l'occasion du commentaire du Droit international privé grec, Vallindas n'a pas hésité à recommander l'adoption du principe de l'unité du Droit dans la famille, en générant le slogan célèbre: «Une famille, une loi».<sup>100</sup>

Pour ce faire, le législateur national est appelé, lors de la confection de son système de Droit international privé et des règles de conflit qui lui sont associées, à défaire provisoirement les liens intellectuels de sa tradition juridique, à suspendre momentanément ses références philosophiques, et à rompre mentalement avec la logique fondatrice des catégories internes de son propre Droit. Ainsi, l'inclusion de toutes les institutions juridiques analogues, similaires et convergentes dans une catégorie unique dite de «statut personnel», permettrait d'évidence d'opérer un rapprochement dans le traitement des concepts et de tenir compte de la logique systématique qui les unit<sup>101</sup>.

100. Vallindas Petros-Georges, *Le principe du Droit unique en Droit international privé grec*, in *Revue hellénique de Droit international*, 1948, page 41.

101. Niboyet Marie-Laure et De Geouffre De La Pradelle, *Droit international privé*, éditions LGDJ ? Collection : Librairie générale de Droit, Paris, page 177.

L'examen d'une institution étrangère uniquement sous la loupe du Droit national, est susceptible de biaiser fortement l'analyse et d'y engendrer des distorsions juridiques et sociologiques profondes. Lors de la qualification d'une institution étrangère, le recours simplificateur aux concepts du Droit national risque de dicter une approche réductrice, contraignant l'institution en question à épouser un moule qui n'est pas le sien. Ce dernier n'est autre que la catégorie juridique nationale façonnée par une matrice culturelle locale, et ne rendant absolument pas compte du contexte juridico-culturel d'origine embrassant la naissance de l'institution objet de la qualification.

L'adoption d'une catégorie unique de statut personnel, incluant toutes les dimensions de la vie familiale : mariage, divorce, charges du ménage, garde des enfants, filiation, tutorat, successions, testaments, etc., éviterait sans doute les inconvénients d'un dépeçage du Droit, dicté par la multiplicité des catégories juridiques, elle-même inductrice de la superposition et du chevauchement des diverses lois désignées compétentes.

Il serait absurde qu'une loi vienne régir le mariage d'une personne, une deuxième son divorce, une troisième la garde de ses enfants, une quatrième les conditions d'adoption, et une cinquième sa succession et son testament. Au lieu de cette fragmentation juridique compromettant grandement la stabilité des situations particulières et la sécurité du système juridique, l'adoption d'une règle de conflit souple, inclusive et désignant un Droit unique, prémunirait les différentes dimensions de la vie familiale contre les dangers de l'émiettement juridique.

D'autre part, la théorie musulmane ne réserve aucune place à la technique dite

du «renvoi», en raison de sa contradiction évidente et de son contraste frappant avec la philosophie personnaliste poussée sur laquelle repose cette théorie.<sup>102</sup> Si la technique du «renvoi» est inconnue des systèmes juridiques à territorialité absolue, où la règle de conflit se contente de confier directement la compétence d'organiser une institution étrangère au Droit local, ne soulevant ainsi aucune complication pratique, il en est autrement lorsqu'il s'agit des systèmes juridiques se réclamant de la tradition personnaliste. Lorsque ces derniers, via leurs règles de conflit, désignent compétente une loi étrangère, se pose alors la question de savoir si le renvoi est opéré aux règles matérielles de la législation désignée, ou aux règles du Droit international privé de ladite législation.

Dans la première hypothèse, aucun problème n'est soulevé chaque fois que la technique du renvoi est entendue en tant que désignation du Droit interne. C'est le cas de la théorie du Droit musulman ainsi que des théories à philosophie personnelle absolue. Inversement, la seconde hypothèse se révèle sérieusement hasardeuse, dans la mesure où le renvoi aux règles de conflit étrangères ne pose problème que lorsque lesdites règles ne donnent pas compétence au Droit matériel étranger. Ainsi, lorsque ces règles désignent le Droit national de l'Etat de résidence de l'étranger (Renvoi du premier degré) ou le Droit d'un Etat tiers (Renvoi de second degré), l'étranger s'en trouvera privé de l'application de son Droit national. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il était inconcevable que la théorie du Droit musulman adopte cette dernière conception de la technique du «renvoi».

---

102. **Deprez jean**, *Droit international privé et conflits de civilisations...Op Cite*, page 96 et suivantes.

En guise de récapitulation, la mobilisation délibérée d'un arsenal technique aussi imposant, visant à exclure l'application des systèmes de statut personnel étrangers au profit de leurs homologues locaux, jugés seuls porteurs d'une vérité juridique absolue, soulève plus d'une question sur le devenir du multiculturalisme. Ce dernier n'étant que la traduction d'une nécessaire coexistence entre différentes conceptions du monde, il ne servirait évidemment à rien pour la fraction sociétale dominante de recourir à la force abstraite pour imposer sa prétendue vérité «idéale», aux autres fractions minoritaires, convaincues elles aussi de la supériorité de leurs propres vérités.

Une réalité juridique majoritairement admise et promue au rang dogmatique le plus élevé, serait immanquablement impropre à encadrer le statut familial des minorités nationales et étrangères. Dans la mesure où il est quasiment impossible de pratiquer une dictature culturelle sans occasionner de graves dommages collatéraux (psychologiques et sociaux) auxquels on ne peut aisément remédier, les individus devraient être à même de vivre en phase avec leur foi profonde et leurs convictions intimes, au sein d'un multiculturalisme tolérant, sérieux et effectif.

Le classement dans la catégorie des vérités absolues de certains concepts philosophiques spécifiques, n'est pas en soi incompatible avec la multiplicité des vérités universelles, et n'est source de tensions que du moment où les systèmes juridiques, animés par des tendances hégémoniques et dominatrices, seraient amenés à nier les droits de l'autre, tendraient à universaliser leurs conceptions du monde et imposeraient leurs propres valeurs au détriment des autres convictions et appartenances culturelles.

La sensibilité du Droit de la famille dicte assurément une prise de conscience sérieuse de la nécessité de s'abstenir de recourir aveuglément à certaines techniques du Droit international privé, dans le but d'éradiquer des institutions auxquelles on reproche uniquement une affinité culturelle jugée inconciliable avec les valeurs du système en place. Un tel comportement incarnerait alors le pire des choix possibles, et porterait sans doute gravement atteinte aux valeurs de la liberté et du vivre-ensemble.

Le respect du système de statut personnel des minorités, qu'elles soient nationales ou immigrantes, ne peut qu'être le point de départ incontournable pour l'édification d'un espace multiculturel, au sein duquel il n'y a ni perdant ni gagnant. Une conception nouvelle et civilisée du Droit international privé aurait alors la possibilité de s'épanouir, stimulant la mise en place d'un climat juridique plus tolérant, plus ouvert sur les autres cultures, plus bénéfique pour la paix sociale, et davantage dédié aux objectifs de la continuité internationale des solutions individuelles<sup>103</sup>. Jeter ainsi les bases solides d'une sécurité juridique, soucieuse des objectifs de coordination internationale des solutions adoptées<sup>104</sup>, éviterait de voir les particuliers privés de leurs droits acquis au sein d'un système juridique, uniquement du simple fait d'avoir franchi une frontière internationale.

103. Najm Marie-Claude, *Principes directeurs du Droit international privé et conflit de civilisations, relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, éditions : Dalloz, nouvelle Bibliothèque de Thèses, Thèse, 2005. (A l'origine l'ouvrage est une thèse de doctorat en Droit de l'université Panthéon-Assas Paris II, 2003, page 88.

104. Vengler Wilhelm, *L'évolution moderne du Droit international privé et la prévisibilité du Droit applicable*, in *Revue critique de Droit international privé*, 1990, page 657.

## 6. Conclusion

Il ne fait aucun doute que l'acceptation de la liberté en tant que synonyme de coexistence, de diversité et de pluralisme culturel, consacre les concepts élémentaires d'un besoin humain de paix durable rejetant toutes les formes de confrontation, et pourchassant toutes les causes génératrices de tensions entre les composantes de la société. Ainsi, la volonté de coexistence et le désir d'éviter le recours à la logique guerrière contre l'autre, ne feraient que consolider cette culture de respect de toutes les institutions, écoles, systèmes juridiques, normes législatives, affiliations sectaires et convictions intellectuelles.

Il existe ainsi une corrélation directe entre le niveau de paix civile et les degrés de respect de l'identité de toutes les composantes humaines d'une société, tant au niveau national qu'international. Nul ne peut nier l'existence de tensions psychologiques occultes menaçant toujours de s'exprimer, aussitôt que les politiques menées par le groupe culturel majoritaire auraient atteint un niveau élevé d'indifférence aux autres sensibilités culturelles.

L'inconsidération de la multiplicité des concepts juridiques et des croyances philosophiques dans le cadre d'une même société, en fonction de la diversité des sensibilités religieuses et idéologiques, est de nature à mener inévitablement la vie commune au bord du désastre. Le droit à la différence est l'essence même du concept de liberté, de la notion du vivre-ensemble et du refus du combat. La voie du salut résiderait dans l'abandon de toute forme de profilage culturel, d'exclusion, de domestication, voire même d'assimilation, sous prétexte de perfectionnement et de modernisation des structures sociales jugées archaïques.

Les choix sociétaux éclairés et les politiques législatives sages devant incontestablement s'appuyer sur une logique intégratrice et cohésive, le droit à la différence s'avère le pilier d'une paix civile durable et la pierre angulaire d'une cohabitation pacifiée et stable, permettant de rejeter toutes les formes de luttes culturelles et civilisationnelles génératrices, à court terme, de troubles sociaux et, à long terme, de conflits sectaires.

Sur le plan interne, la sauvegarde du droit à la différence est une condition *sine qua non* pour promouvoir toutes les formes de cohésion sociale, fondées sur l'assimilation civilisée et pacifique des valeurs de la citoyenneté, l'acceptation de la diversité idéologique et le rejet de l'exclusion culturelle. Sur le plan externe, une telle entreprise favoriserait l'établissement d'une paix juridique internationale au service de la communauté mondiale des individus, indépendamment des frontières légales délimitant les différentes entités politiques. Les institutions de statut personnel et les situations juridiques transfrontalières y afférentes devraient être reconnues, en transitant paisiblement entre les différents espaces législatifs et en produisant pleinement leurs effets sans limitation aucune.

Le recours des théories personalistes hybrides aux techniques citées plus haut est l'expression explicite des lignes rouges dont les systèmes juridiques locaux ne peuvent tolérer le franchissement, et le minimum vital qu'ils veillent impérativement à sauvegarder en matière de conflits de lois. Inversement, il va sans dire que le souffle mansuet de la théorie du Droit musulman, va à l'encontre d'une quelconque nécessité de tracer des limites à sa tolérance culturelle.

À la lumière de ce qui précède, il est facile d'affirmer que la théorie juridique établie par le Droit musulman en matière de statut personnel constitue l'opposé des théories territorialistes totalement indifférentes aux lois nationales des étrangers. A leur tour, les théories dites personalistes, se préoccupant peu de l'application intégrale des lois étrangères, aboutissent de manière détournée pratiquement au même résultat, à savoir celui de priver les résidents sur le territoire de l'État d'accueil du droit de gérer leurs institutions familiales par le biais de leurs lois nationales.

La philosophie soutenant ces deux dernières théories se situant aux antipodes de celle sous-tendant la théorie relevant du Droit musulman, il s'ensuit l'obligation de reconnaître à cette dernière un caractère personnel très élaboré, contrastant fortement avec les traits purement territorialistes distinguant la théorie anglo-saxonne, et les traits quasi-territorialistes différenciant la théorie pseudo-personnaliste répandue en Europe continentale. Drapée dans un habillage « personnel », et se retranchant derrière un « libéralisme juridique » artificieux, la théorie pseudo-personnaliste produit sur le terrain, à l'instar de la théorie anglo-saxonne, des effets à forte teneur territoriale.

Antithèse stratégique des théories susmentionnées, la théorie s'inspirant du Droit musulman pousse à l'extrême la mise en œuvre de la philosophie personnelle, et impose le respect des lois propres aux non-musulmans. Elle prend le contre-pied de la philosophie territorialiste prônant une politique d'exclusion explicite et déclarée. Ne se gênant aucunement d'imposer ses propres conceptions du monde à tous, sans tenir compte des sensibilités religieuses, ni des préférences idéologiques, la philosophie territorialiste

représente de ce fait une menace sérieuse pour la paix civile et la cohésion sociale. Elle constitue ainsi l'outil aveugle d'une volonté d'assimilation des minorités, très peu respectueuse des valeurs inhérentes à l'acceptation de l'autre, et méconnaissant le droit de vivre conformément aux choix culturels propres.

La philosophie dite « personaliste » entretenant une démarche territorialiste déguisée, prise en otage par un machiavélisme juridique, désavouant une territorialité catégorique, et reniant l'adoption d'une mécanique conflictuelle à logique purement personaliste, s'acharne à mobiliser toutes les techniques possibles afin de repousser l'application des lois étrangères, tout en persistant inlassablement à se réclamer de l'école personaliste.

L'ordre public, les lois d'application immédiate, la qualification, le renvoi, etc., tels sont ses outils favoris dépouillant le principe de la personnalité des lois de tout sens, et engageant par-là les étrangers dans le labyrinthe de la législation locale, en les obligeant à renoncer à leurs idéaux religieux et intellectuels contre l'obtention d'une autorisation de séjour, d'un contrat de travail ou d'une aide sociale. Contraints de troquer servilement l'identité contre le pain, de remédier aux déficiences d'une situation matérielle précaire, ou d'échapper aux souffrances d'une oppression politique, les minorités immigrées développeraient à coup sûr un sentiment d'injustice culturelle annonçant l'imminence d'un éclatement social.