

INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN

Département des sciences juridiques

4

FAMILLES ENTRE LES DROITS

Essai de reconstruction socio-historique de la condition juridique
des familles migrantes de pays arabo-musulmans vers l'Europe

Thèse présentée pour l'obtention du doctorat en
droit de l'Institut Universitaire Européen par:

Ferruccio PASTORE

Membres du jury:

Prof. Philip ALSTON (Institut Universitaire Européen)

Prof. Giorgio GAJA (Université de Firenze, codirecteur)

Prof. Hans Ulrich JESSURUN d'OLIVEIRA (Université de Amsterdam, directeur)

Prof. Paul LAGARDE (Université de Paris I)

Prof. Kalthoum MEZIOU (Université de Tunis)

Prof. Abderrazak MOULAY RCHID (Université de Rabat)

Firenze, octobre 1996

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE



3 0001 0025 6515 0



INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN
Département des sciences juridiques

Li
R0390

FAMILLES ENTRE LES DROITS
Essai de reconstruction socio-historique de la condition juridique
des familles migrantes de pays arabo-musulmans vers l'Europe

Thèse présentée pour l'obtention du doctorat en
droit de l'Institut Universitaire Européen par:

Ferruccio PASTORE

Membres du jury:

Prof. Philip ALSTON (Institut Universitaire Européen)

Prof. Giorgio GAJA (Université de Firenze, codirecteur)

Prof. Hans Ulrich JESSURUN d'OLIVEIRA (Université de Amsterdam, directeur)

Prof. Paul LAGARDE (Université de Paris I)

Prof. Kalthoum MEZIOU (Université de Tunis)

Prof. Abderrazak MOULAY RCHID (Université de Rabat)

LAW Vxr9
PAS

Firenze, octobre 1996



Vertical line on the left side of the page.

Vertical line on the right side of the page.

Thick horizontal line at the bottom of the page.

FAMILLES ENTRE LES DROITS

**Essai de reconstruction socio-historique de la condition juridique
des familles migrantes de pays arabo-musulmans vers l'Europe**

INTRODUCTION - p.1

Première partie

FAMILLES, DROITS ET ETATS DANS LE MONDE ARABO-MUSULMAN

Chapitre premier

La personnalité de la loi en milieu arabo-musulman: une constante historique et ses déformations progressives

- 1.1. L'évolution de la "Dhimma": de forme politique de l'expansion arabe à paradigme juridique de coexistence interconfessionnelle - p.5*
- 1.2. Les Capitulations et les usages expansionnistes de la nationalité - p.13*
- 1.3. La construction des systèmes juridiques coloniaux et le maintien d'un 'domaine réservé' pour le statut personnel - p.23*
- 1.4. 'Lex religionis', ordre public et naturalisation: les pivots essentiels d'un système de distinction - p.31*

Chapitre deuxième

Une difficile autonomie: permanences et ruptures dans le droit international privé des Etats post-coloniaux

- 2.1. Monisme juridique et progrès: la formation des Etats nationaux et la tendance vers l'unification des systèmes juridiques - p.40*

2.2. *Un lourd héritage: la permanence du personnalisme dans le droit international privé des Etats arabes indépendants* - p.49

2.3. *La défense du national: le processus d'attribution d'un rôle croissant à la 'lex fori'* - p.56

2.4. *Les limites de la tolérance: personnalisation de l'ordre public, "privilège de religion" et "privilège de nationalité"* - p.63

Deuxième partie

FAMILLES, ETATS ET DROITS EN EUROPE

Chapitre troisième

La nationalisation des familles: l'instauration d'un nouveau paradigme dans les relations de droit privé entre les Etats européens, au XIX^{ème} siècle

3.1. *L'élaboration d'un droit national de la famille et les origines du critère de nationalité en France* - p.75

3.2. *Le 'nationalisme internationaliste' de Pasquale Stanislao Mancini et la diffusion européenne du critère de nationalité* - p.84

3.3. *Le critère de nationalité et l'émigration européenne: le cas des italiens en Amérique* p.96

Chapitre quatrième

La crise du paradigme: l'internationalisation des familles et la recherche de nouvelles solutions aux conflits internationaux de lois

4.1. *Les défaillances 'politiques' du principe de nationalité dans l'Europe des nationalismes* - p.111

4.2. *Les inconvénients techniques du critère de nationalité face à l'évolution du droit de la nationalité au XIX^{ème} siècle* - p.120

4.3. *La reconstruction: lignes fondamentales de l'évolution du droit international privé de la famille dans le deuxième après-guerre* - p.134

4.4. Migrations intra-européennes et construction du privilège de nationalité en Europe - p.150

Troisième partie

MIGRATIONS DE MASSE ET RENCONTRE DES SYSTEMES

Chapitre cinquième

Le droit international privé des pays européens et le statut personnel musulman: problèmes et premières réponses.

5.1. Les années soixante-dix: fermeture des frontières et stabilisation de l'immigration - p.158

5.2. La polygamie: une institution en voie d'extinction et sa réception sélective en Europe - p.169

5.3. Le 'droit au divorce' des femmes immigrées: les usages émancipatoires de la 'lex fori' - p.205

5.4. La répudiation: les techniques de modulation de l'ordre public à l'épreuve - p.219

Chapitre sixième

Les familles disputées: le statut personnel comme enjeu politique

6.1. Les années quatre-vingt: l'épiphanie de l'islam en Europe - p.248

6.2. Les Etats d'origine et le statut personnel comme instrument de politique de l'émigration - p.265

6.3. Territorialisme et 'publicisation' du droit international privé: les "lois Pasqua" - p.280

6.4. Le statut personnel des minorités islamiques nationales: le cas de la Grande Bretagne - p.288

Considérations conclusives
Pour un droit international privé de l'intégration

- I. Les migrations de masse imposent de repenser les finalités du rattachement à la nationalité en droit international privé - p.300*
- II. Les juristes occidentaux ont une responsabilité spécifique dans l'interprétation des droits musulmans - p.303*
- III. Dans une société d'immigration, un droit international privé incapable de réalisme risque de produire des effets pervers -p.305*
- IV. Un droit international privé de l'intégration ne doit pas imposer l'application de la loi étrangère en absence d'une demande des parties - p.307*
- V. Un droit international privé de l'intégration doit se fonder sur l'adoption de critères de rattachement variables qui respectent la nature graduelle du processus d'intégration - p.311*

Abréviations utilisées - p.317

Références bibliographiques - p.318

Introduction

"As the twentieth century moves to a close, there has been a gathering awareness nearly everywhere of the lines between cultures, the divisions and the differences that not only allow us to discriminate one culture from another, but also enables us to see the extent to which cultures are humanly made structures of both authority and participation, benevolent in what they include, incorporate and validate, less benevolent in what they exclude and demote. [...]. At the same time, paradoxically, we have never been as aware as we are now of how oddly hybrid historical and cultural experiences are, of how they partake of many often contradictory experiences and domains, cross national boundaries, defy the police action of simple dogma and loud patriotism" (Said, 1993, p.15)

Les paroles d'Edward Said, intellectuel d'origine palestinienne établi aux Etats-Unis, nous aident à focaliser un des paradoxes fondamentaux qui caractérisent cette fin de siècle et nous rendent si difficile de s'y orienter. Les frontières entre les peuples, tant politiques que culturelles, ont subi une transformation bouleversante, qui en a exalté et réduit l'importance en même temps. Dans un monde qui, pour la première fois dans son histoire, a été véritablement unifié par une double révolution technologique (télévisuelle et informatique), le besoin humain d'agrégation autour de principes d'unification et de distinction devient d'autant plus aigu qu'il devient difficile à réaliser. Chaque jour on travaille pour reconstruire les frontières et les identités que, chaque jour, le processus de globalisation brouille et détruit.

De plus, par effet de la mobilité accrue des personnes, la centralité et l'ambivalence des frontières ne concerne pas seulement les frontières idéales entre les groupes humains, mais aussi les frontières physiques qui en séparent les territoires de naissance. Ces frontières, de façon également paradoxale, deviennent *en même temps plus faciles et plus difficiles à franchir*. Rapprochés par les nouveaux moyens de transport et par la diffusion des connaissances, les différents pays sont éloignés par les

contrôles de plus en plus rigoureux sur les migrations internationales que les pays riches imposent aux pays pauvres.

Dans ce contexte, le risque de prolifération de définitions fanatiques et autoritaires des frontières entre les individus et entre les Etats s'accroît. Et les fondements d'une coexistence pacifique et tolérante se fragilisent de conséquence.

Face à ces risques, il nous semble une tâche essentielle des chercheurs, dans toutes les branches des sciences humaines et sociales, celle d'analyser ces frontières en transformation, sans les sacrifier ni en nier l'existence, pour en montrer la nature fragile, changeante et perméable, et pour contribuer à construire des identités collectives qui partagent et acceptent ces mêmes caractères, en fondant sur cela leur force.

Ce travail est une tentative d'exploration d'une frontière. La frontière qu'on essaiera de suivre et d'analyser est celle qui sépare deux univers juridiques, le monde arabo-musulman et l'Europe, relativement homogènes dans leurs façons respectives de régler la vie familiale et les rapports entre les sexes. Les bornes qui marquent cette frontière, et qui forment l'objet spécifique de notre étude, sont représentées par les règles de conflit qui, dans l'une et dans l'autre des aires culturelles considérées, ont déterminé historiquement la sphère de validité et d'application d'un certain modèle normatif d'organisation familiale.

Notre analyse visera alors, dans les deux premières parties, à reconstruire 'en parallèle' la genèse et la structure des *deux différents modèles de personnalisme*, qui caractérisent l'islam et l'Europe dans ce domaine: un personnalisme traditionnel à base confessionnelle d'un côté, un personnalisme 'moderne', fondé sur la nationalité, de l'autre.

On montrera que ces deux modèles de justification et de délimitation de la souveraineté publique sur la sphère privée - bien que tous les deux fortement dogmatisés (confessionnalisme et nationalisme) - se sont révélés tout sauf que rigides. Les transformations sociales et politiques du dernier siècle - parmi lesquelles surtout les migrations de masse, le colonialisme et les nationalismes agressifs - ont forcé les deux systèmes à s'adapter, en abandonnant leur cohérence théorique originaire.

Dans les deux cas, le personalisme originaire s'est compliqué et relativisé. La *complication* a consisté dans l'émergence de critères de rattachement complémentaires, toujours de nature personnelle, mais différents des ceux qui définissaient originairement l'identité du système. La *relativisation*, en revanche, est dérivée de l'infiltration, en forme plus ou moins explicite, de logiques territorialistes dans le domaine du droit familial.

Les deux systèmes décrits ne se sont pas développés dans l'isolement réciproque. Leur *interaction* a été capillaire, bien qu'essentiellement unilatérale, dans la période coloniale. Mais, depuis au moins vingt ans, les migrations de masse à partir du monde arabo-musulman vers l'Europe ont changé radicalement les formes de l'interaction. La troisième partie de ce travail sera un essai de reconstruction des lignes essentielles de cette interaction.

En privilégiant les secteurs qui, d'un point de vue sociologique, apparaissent les sources principales de difficultés et de conflits (notamment le mariage polygamique et le divorce unilatéral par répudiation), on décrira l'adaptation réciproque et, en quelques cas, la confrontation des deux systèmes, au moment de leur rencontre sur un plan d'égale souveraineté.

L'analyse de la troisième partie mettra en évidence les risques que la rencontre de systèmes induite par les migrations puisse déclencher, des deux parties, un nouveau processus de radicalisation du droit international privé de la famille. En particulier, les manifestations opposées de *territorialisme autoritaire*, de la part de certains Etats européens, et de *personalisme militant*, du côté musulman, sont analysées.

L'objectif final de l'étude est de contribuer à la recherche d'alternatives praticables à ces dérives de nature 'intégriste'. Le travail se conclut donc avec la proposition d'une série d'orientations méthodologiques finalisées à concilier deux exigences qui sont habituellement perçues comme conflictuelles: garantir un niveau de protection juridique minimale et effective à tous les sujets à l'intérieur des familles migrantes et sauvegarder en même temps, pour les sujets migrants des espaces d'adaptation progressive aux standards normatifs fondamentaux du lieu d'établissement.

L'ambition principale de cette étude est d'aborder une question juridique et politique qui est vivement débattue aujourd'hui en Europe, en essayant de dépasser les limites d'une vision unilatérale et concentrée sur la dimension présente d'un problème qui s'est déjà manifesté d'autres fois, en formes évidemment différentes, dans l'histoire des relations euro-musulmanes.

Par ailleurs ma tentative résultera inévitablement viciée par des limites d'autre nature, qui touchent essentiellement aux sources utilisées, puisque ma connaissance de la langue arabe est malheureusement élémentaire et mon activité de recherche a été conduite principalement en Europe. Je m'excuse en avance pour les approximations qui peuvent en être dérivées, et qui seraient particulièrement graves, du moment qu'elles entacheraient l'image d'une culture qui ne m'appartient pas. Ma seule excuse sera que les imperfections et les négligences éventuelles auront été commises dans un effort sincère de compréhension.

De nombreuses personnes ont contribué à la longue gestation de cette thèse avec leurs conseils, leurs critiques et leurs récits. Je tiens particulièrement à remercier ici, en gardant naturellement toutes les responsabilités pour le contenu des pages qui suivent: Roberta Aluffi Beck-Peccoz, Robert Bistolfi, Francesco Ciafaloni, Jacqueline Costa-Lascoux, Felice Dassetto, Adrian Favell, Luigi Ferrajoli, Leonardo Lenti, Armando Salvatore, Emilio Santoro Prakash Shah, Karim Smahi, Jessika Ter Wal, Gunther Teubner. Mon travail a été rendu possible et souvent agréable par la gentillesse et la disponibilité du personnel du *Centro Studi Emigrazione* (CSER - Roma), de l'*Institut de recherche sur le monde arabe et musulman* (IREMAM - Aix-en-Provence), de la bibliothèque du *Pontificio istituto di studi arabi e islamici* (PISAI - Roma), de la bibliothèque de l'*Unidroit* (Roma). Je dois beaucoup à la professionnalité et à la courtoisie admirables des employés/ées de l'*Institut universitaire européen*, capables de fournir à chaque moment le soutien et la tranquillité dont tout chercheur rêve. Je veux aussi rappeler la dette d'expérience que j'ai toujours avec le personnel de l'*Ufficio Stranieri e Nomadi* de la municipalité de Torino, où est surgie ma curiosité pour les arguments de cette thèse.

Je remercie de tout mon coeur Giorgia, pour ses dons quotidiens de lumière et de sagesse; à elle je veux consacrer bien plus que cette étude.

Chapitre premier

**La personnalité de la loi en milieu arabo-musulman:
une constante historique et ses déformations
progressives**

*1.1. L'évolution de la Dhimma: de forme politique de l'expansion arabe à
paradigme de coexistence interconfessionnelle.*

1.1.1. La révélation islamique est le résultat d'une accumulation graduelle, qui dure du 610 environ de l'ère chrétienne, année dans laquelle Mahomet se retire de la vie sociale de la Mecque pour entamer une méditation solitaire, jusqu'à l'année de sa mort, en 632. Le cadre de l'évènement est celui d'un Moyen Orient politiquement fragmenté et culturellement hétérogène: le Verbe nouveau se diffuse à la frontière entre deux empires, le byzantin et le sassanide, et au carrefour où se rencontrent plusieurs religions (de nombreux rites chrétiens, le judaïsme, le zoroastrisme, les cultes polythéistes des bédouins, pour ne citer que les plus importantes dans le cadre de notre étude); en outre, la prophétie retentit en langue arabe, dans une aire où aussi le grec, le persan, l'araméen et de nombreux idiomes mineurs sont utilisés couramment.

Bien que sa portée soit théoriquement universelle, car on n'y retrouve pas le concept d'une communauté historiquement déterminée qui soit l'élue de Dieu¹, la prédication de Mahomet ne peut pas ignorer les contraintes d'un milieu culturel si dense et articulé: dans son enseignement certaines confessions préexistantes - le judaïsme et le christianisme d'abord - trouvent un espace légitime, du point de vue théologique aussi bien que politique. Les révélations de Moïse et de Jésus sont qualifiées d'authentiques², tout en n'étant que des anticipations de la révélation parfaite et définitive. Les fidèles des cultes

¹Cependant, la sacralisation de la *forme* de la révélation - où le rôle de Mahomet est exclusivement celui de 'Bouche de Dieu' - et donc de la langue arabe dans laquelle elle est exprimée, constitue un aspect ethnocentrique de l'Islam en tant que produit culturel.

²Cf., par exemple, la Sourate V, versets 44-48.

monothéistes de la tradition - nommés "gens du Livre" (*ahl al-kitab*) - obtiendront à certaines conditions la garantie de pouvoir survivre comme communautés distinctes et partiellement autonomes³.

La recherche d'une règle adéquate pour les rapports avec les cultures religieuses du passé fut accomplie par le Prophète en plusieurs phases: les résultats de cet effort 'constitutionnel' ne sont pas toujours homogènes, bien qu'ils confluent tous dans le Coran, version systématisée de la Vérité transmise par Mahomet. Parmi les nombreux points d'appui interprétatifs possibles, les exégètes successifs en privilégieront un en particulier, qui deviendra la référence normative fondamentale dans les rapports avec les peuples soumis qui n'acceptent pas la conversion; il s'agit du verset 29 de la sourate IX - une des dernières en ordre chronologique, qui commande ainsi:

"Combattez ceux qui ne croient point en Allah ni au Dernier Jour, [qui] ne déclarent pas illicite ce qu'Allah et son Apôtre ont déclaré illicite, [qui] ne pratiquent point la religion de la Vérité, parmi ceux ayant reçu l'Écriture! [Combattez-les] jusqu'à ce qu'ils payent la *jizya*, directement [...] et alors qu'ils sont humiliés"⁴.

Cette exhortation - qui laisse à l'infidèle le choix entre la conversion, le paiement d'un tribut personnel et la continuation de la guerre - représente une atténuation de la doctrine de la "guerre sainte" (*jihad*) à outrance, telle qu'elle avait été pratiquée contre certains groupes, comme les juifs de Médine, qui furent tués, rendus esclaves ou bien forcés à l'exile. La transformation de l'attitude politique, ainsi que de la conception théologique qui l'inspire, est fondée sur des raisons pratiques:

"Elle venait à son heure car le Prophète entrevoyait déjà certaines conquêtes et il ne pouvait être question de passer des nations entières au fil de l'épée ou même de les réduire en esclavage. Un *modus vivendi* restait à trouver" (Fattal, 1958, p.16).

1.1.2. L'expansion arabe pénètre comme une lame aigüe dans le vaste corps des deux empires environnants grâce aux vertus de l'organisation militaire de ce petit peuple.

³Plus tard, d'autres populations résidentes dans les territoires conquérís - tels les zoroastriens de l'Iran e les hindouistes de la Transoxiane - furent assimilés par analogie aux "gens du Livre". Cf. Bosworth, 1982, pp.42 ss..

⁴Cette citation coranique, ainsi que les suivantes, est fournie dans la traduction de Régis Blachère, 2 voll., Maisonneuve, Paris, 1949-1950.

Mais si les conquêtes se consolident, jusqu'à devenir le fondement d'une domination durable, cela est dû à une remarquable sagacité diplomatique et politique plus qu'à une supériorité militaire absolue. Dans chaque ville dont ils s'emparent, les Arabes offrent une reddition avantageuse à la population locale: les négociations conduites avec le patriarche local où avec l'émissaire impérial aboutissent le plus souvent à un accord en forme écrite, où les conquérants s'engagent à s'abstenir du pillage et à laisser en place les autorités religieuses préexistantes, en échange de l'engagement de la part de la communauté conquise à payer la *jizya*⁵. Ces traités de soumission/protection exerceront une influence profonde sur l'évolution successive de l'organisation politique et sociale du monde arabo-musulman: ils constitueront, en effet le précédent historique, le modèle juridique et le paradigme religieux pour chaque action visant à régler la cohabitation avec les populations non musulmanes sur le territoire du Califat, jusqu'à son extinction.

Une influence si profonde et persistante s'explique lorsqu'on considère que - dans l'histoire de la civilisation islamique - les expériences de vie et de gouvernement du Prophète et des premiers califes (dit les *Rashidun*, les bien guidés, les seuls dont la légitimité soit hors discussion dans tout le monde musulman) ont assumé une fonction essentielle comme guide et comme paramètre de légitimité des comportements des gouvernants successifs, qui a été comparée au rôle joué par les chartes constitutionnelles dans l'expérience politique occidentale contemporaine:

"...la construction du fait constitutionnel arabe se trouve intimement associée elle-même à une philosophie de l'histoire. C'est en partant de cette philosophie de l'histoire qu'a été élaboré un paradigme fondateur, celui qui servira de critère à la constitutionnalité. C'est donc à partir de ce critère idéal que sera jugée la légitimité ou l'illégitimité" (Ben Achour, 1992, p.53).

Les trois piliers centraux du "paradigme fondateur" sont identifiés par Ben Achour avec les devoirs complémentaires de gouverner selon justice⁶ et en consultant les sujets (*shura*), et avec le devoir correspondant de ces derniers d'obéissance (*ta'a*) au gouvernant. Mais à ce noyau essentiel de principes s'ajoute la définition, historiquement nécessaire, d'un confin *personnel* (par opposition à territorial) de la communauté politique et, donc, de l'exercice légitime du pouvoir:

⁵Un recueil des plus significatifs parmi ces traités est contenue en Fattal, 1958, pp.18 e ss..

⁶Les termes arabes utilisés sont *'adl*, *qist*, et *haq*.

“Il faut signaler également dans le Coran, à côté de ces trois points fondamentaux, des versets qui décrivent l'ensemble des musulmans comme une communauté dont le lien politique est la religion [...]. Les non musulmans sont soit dans l'état de protégés quand ils se trouvent à l'intérieur de l'Etat islamique, soit dans l'Etat de belligérants quand ils se trouvent à l'extérieur” (Ben Achour, 1992, p.58-59).

1.1.3. Tout paradigme normatif jailli de circonstances historiques concrètes a besoin d'un oeuvre de systématisation pour se traduire en droit positif. Dans le cas des traités décrits ci-dessus, l'oeuvre en question est accomplie par des *ulama*⁷ qui travaillent en majorité à Bagdad entre le deuxième et le troisième siècle de l'hégire (VIII^{ème}-IX^{ème} siècle de l'ère chrétienne). Leur entreprise de 'codification' - qui s'encadre dans une période de restructuration générale du savoir théologique et juridique islamique coïncidant avec la domination de la dynastie abbaside - parvient entre autres à définir - à partir de la mémoire des accords entre Mahomet (et ses successeurs immédiats) et les peuples soumis - une institution juridique de grande importance: la *dhimma*. Le terme indique un statut particulier de soumission acceptée en échange de protection et d'une autonomie relative; ses titulaires sont appelés *dhimmi*⁸.

La formalisation doctrinale de la *dhimma* représente un exemple typique des processus de translation de la Parole révélée en code, ou mieux du “Livre” en “livre” qui constituent - selon la fascinante analyse de Mohammed Arkoun - un des traits communs fondamentaux entre l'histoire du christianisme et celle de l'islam. Le grand islamisant souligne le rôle de légitimation politique de ces “operazioni di camuffamento della realtà concreta [effettuate] per offrire all'immaginario archetipi atemporali e trascendentali” (Arkoun, 1993, p.22), c'est-à-dire pour produire de l'“Autorité” fonctionnelle à un “Pouvoir”⁹. Dans cette perspective interprétative, la *dhimma* apparaît comme un instrument de stabilisation de l'organisation interne des sociétés à majorité musulmane, qui tire son autorité d'une référence scripturaire dont la centralité est fruit d'interprétation.

⁷Pluriel de *alim*, qui signifie littéralement “savant”.

⁸Pour une analyse détaillée du contrat de *dhimma* et du contenu du statut qui en dérive, cf. Cahen, 1965.

⁹Cf. Arkoun, 1984, en part. le chapitre V: *Autorités et pouvoirs en Islam*.

1.1.4. Il nous faut à présent décrire en termes plus précis la condition juridique et sociales des *dhimmi*. Nous avons déjà observé que le noyau 'négatif' de ce statut particulier consiste en un impôt personnel, la *jizya*, que tout homme ayant dépassé la puberté est tenu à payer. De nombreux autres devoirs s'ajoutent à cette obligation fondamentale: dans les premières phases de la conquête, tant que les *dhimmi* sont encore majoritaire et les musulmans des envahisseurs étrangers, il s'agit surtout de devoirs d'hospitalité et de corvées pour guider les conquérants à travers les nouveaux territoires; par la suite, la réglementation juridique de la conditions des Infidèles soumis deviendra de plus en plus détaillée, en parvenant à couvrir la plupart des aspects de leur vie associée.

Les normes restrictives qui définissent la condition des *dhimmi* peuvent être classifiées en deux catégories sur la base de leur fonction sociale et symbolique: d'un côté on peut ranger les interdictions visant à sauvegarder la 'pureté' généalogique et physique de la *umma* islamique, parmi lesquelles on retrouve l'empêchement au mariage et, plus en général, la prohibition absolue de tout contact sexuel entre un homme infidèle et une femme musulmane, ainsi que l'interdiction pour le *dhimmi* de vendre des boissons ou des aliments interdits (*haram*) à des musulmans. Une autre classe de normes répond à la finalité essentielle de marquer l'infériorité des *dhimmi* dans l'espace public: on songe, par exemple, à celles qui fixent un niveau de protection inférieur en matière pénale¹⁰, à l'interdiction de posséder des esclaves musulmans et à celle d'assumer des tâches proprement militaires dans l'armée. A cette sorte de minorité publique se rattache également l'incapacité politique théorique des *kafirun* (infidèles); dans la pratique, cependant, de nombreuses dérogations au principe de l'exclusion des charges publiques furent accordées au cours des siècles: dans un premier temps ces exceptions étaient rendues nécessaires par les difficultés linguistiques et administratives rencontrées par les arabes dans la tâche de gérer un empire¹¹; plus tard, l'habitude d'investir des *dhimmi* de fonctions publiques fut maintenue pour des raisons d'opportunité politique: c'est ainsi que, par exemple, la perception des impôts était normalement confiée à des fonctionnaires appartenant à une confession minoritaire.

¹⁰Le 'prix du sang' (*diya*) dû pour éviter l'application stricte de la loi du talion par qui tue un *dhimmi* est inférieur (d'un tiers jusqu'à la moitié) à la somme due pour le meurtre d'un musulman.

¹¹Ce phénomène - qui est d'ailleurs commun à plusieurs empires de l'antiquité - avait déjà été parfaitement décrit par Ibn Khaldun (1332-1406):

"Les arabes étaient grossiers, sans instruction et peu habiles dans les arts de l'écriture et du calcul; aussi prenaient-ils pour tenir leurs comptes des juifs, des chrétiens ou des affranchis étrangers ayant un certain talent comme calculateurs." (*Les prolégomènes*, trad. Slane, Genthner, Paris, 1934-1938, cité par Aldeeb Abu-Sahlich, 1979, p.53).

L'ensemble des ces restrictions est partiellement compensé par une série de garanties significatives. Tout d'abord, la capacité juridique des *dhimmi* est indiscutée¹²; en outre, la liberté religieuse des chrétiens et des juifs est reconnue en mesure significative, bien qu'avec des limites à la construction de nouveaux édifices culturels et à l'exhibition de symboles religieux dans les lieux publics. Enfin, voilà l'aspect le plus important pour notre recherche, les minorités religieuses jouissent d'une marge appréciable d'autonomie administrative et juridictionnelle; leurs chefs traditionnels (patriarche, évêque, rabbin) sont chargés de maintenir l'ordre à l'intérieur de la communauté et de faire respecter le pacte de *dhimma* par ses membres; ils dirigent les activités de culte et les institutions éducatives; ils rendent la justice civile dans les controverses internes à la communauté sur la base de sa loi confessionnelle (droit mosaïque, droit canonique). La juridiction séparée est conçue et réglée comme une forme de liberté collective, et non de ségrégation institutionnelle: en effet, le recours aux institutions judiciaires communautaires n'est pas obligatoire et deux *dhimmi* ont toujours la faculté de s'adresser au *qadi* (le juge islamique) pour la résolution d'une controverse.

1.1.5. Tout en conservant une fidélité de fond aux caractères essentiels qu'on vient d'illustrer, le régime juridique de la *dhimma* a traversé des phases plus restrictives et discriminatoires; dans certaines époques, par exemple, les chrétiens et les juifs étaient forcés à porter des signes extérieurs d'identification, dont le plus typique était une ceinture appelée *zunnar*¹³. Des véritables persécutions contre les *kafirun*, cependant, ne se sont vérifiées que très rarement, comme sous la domination du calife fatimide al-Hakim (996-1021) en Egypte ou à l'époque de la dynastie almohade au Maghreb; et d'ailleurs, comme nous le fait remarquer Albert Hourani, il semble que ces épisodes sporadiques ne furent pas encouragés par les gouvernants:

¹²Les *dhimmi* sont donc titulaires de droits et possèdent la faculté de les faire valoir face à l'autorité judiciaire. De ce point de vue la culture juridique islamique a montré un degré d'ouverture indiscutablement plus grand de celle chrétienne. Les Canonistes du XIII^{ème} siècle - dans leur effort de fournir une légitimation juridique aux Croisades - était divisés à propos du statut juridique des infidèles. Tandis que, par exemple, le jusnaturaliste Innocent III leur reconnaît la titularité de certains droits fondamentaux et n'admet la croisade qu'en tant que guerre de défense (et non de conversion), pour un auteur tel l'Eglise catholique doit recueillir l'héritage de Rome dans sa lutte contre la barbarie et aucune alternative ne doit être laissée aux Sarrasins entre la conversion et la mort. Cf. Villey, 1955, pp.568ss..

¹³En revanche, on n'observe pas, dans l'histoire des sociétés islamiques une tendance à la ségrégation forcée des minorités religieuses dans les villes; des quartiers juifs (*mellah*) naissent cependant, surtout au Maghreb.

“...ces persécutions ne furent ni suscitées ni justifiées par les porte-paroles de l’Islam sunnite; les hommes du savoir religieux, les oulémas, tenaient à ce que les non-musulmans n’enfreignent pas les lois qui règlementaient leur statut, mais au sein de ces limites, ils défendaient la protection que la *shari’a* leur accordait. Les pressions contre les juifs et les chrétiens venaient peut-être essentiellement des masses urbaines, en particulier en temps de guerre et de difficultés économiques, où l’animosité pouvait prendre pour cible les hauts fonctionnaires non musulmans du monarque” (Hourani, 1993, p.166).

D’un point de vue général, on peut donc affirmer que la *dhimma* a effectivement fourni pendant une très longue période la structure normative essentielle d’un ordre politique qu’on pourrait définir *tolérance discriminatoire*, dans lequel les confessions minoritaires supportent une condition de subordination nette, mais jouissent en même temps de garanties institutionnelles relativement stables.

La persistance de ce modèle d’organisation sociale dans le monde arabo-musulman est sans doute liée à l’absence, jusqu’au moment de leur importation vers la moitié du siècle dernier, de courants idéologiques égalitaires et laïques; mais il faut souligner également que si la culture musulmane n’a pas produit de façon autonome un système de pensée politico-juridique formellement égalitaire, elle n’a même pas enfanté des idéologies intrinsèquement intolérantes - caractérisées par une approche au problème de la diversité culturelle rigidement dichotomique¹⁴ - telles celles qui sont affleurées à plusieurs reprises dans l’histoire de l’occident chrétien.

1.1.6. L’opposition entre les deux différentes approches au défi de la pluralité religieuse émerge de façon particulièrement nette dans le moment historique qui marque, dans la conscience historique de l’occident, le début de l’ère moderne. Dans la même année où les *Reyes católicos* chargent Cristoforo Colombo de chercher une nouvelle route vers les richesses de l’Indes, leurs troupes achèvent la *Reconquista* en s’emparant de Grenade. Les prémisses principales de l’essor de l’Espagne comme première puissance ‘mondiale’ à caractère national sont posées. Le processus expansif n’est pas indolore, mais il produit ses victimes à l’extérieur de la communauté nationale: il s’agit de plusieurs millions d’indigènes

¹⁴Cela veut dire fondées sur l’imposition d’une alternative rigide entre assimilation et exclusion; les idéologies assimilatrices se distinguent ainsi des idéologies totalitaires, qui exigent l’anéantissement du groupe minoritaire, considéré inassimilable.

américains et de quelques centaines de milliers de juifs espagnols, à qui le 31 mars 1492 - moins de trois mois après la défaite définitive des Arabes - Ferdinand d'Aragon et Isabelle de Castille intimèrent l'ordre de quitter dans un délai de quatre mois la terre où ils vivaient depuis quinze siècles¹⁵.

L'Europe environnante n'offre pas un refuge facile: à l'aversion traditionnelle de l'Eglise catholique s'ajoute en effet l'hostilité croissante des bourgeoisies montantes et des bureaucraties étatiques en voie de constitution, qui voient dans le peuple juif un obstacle potentiel à la réalisation de leurs intérêts. En outre, dans un continent encore secoué par la prise turque de Constantinople (1453), les dimensions de la diaspora séfarade suscitent l'alarme des populations:

“L'Europa non aveva visto dal tempo delle migrazioni barbariche un così grande numero di persone in movimento [...] per di più connotate da un marchio di diversità così accentuato” (Nathan Zazzu, 1992, p.31).

Un vaste nombre parmi les fugitifs cherche refuge sur les terres de l'empire ottoman, où ils “furono accolti senza problemi, senza dubbio per motivi economici ed amministrativi. Lo stesso sultano diede ordine di facilitare il loro ingresso e la loro integrazione; sapeva bene quale apporto culturale, artigianale, industriale e politico sarebbe venuto al suo Paese con il loro arrivo” (Sestieri, 1992, p.17).

A Damas, Constantinople ou Salonique, des dizaines de milliers de réfugiés juifs, survécus à la douloureuse gestation de l'Europe moderne, retrouvent ainsi les rassurantes limitations imposées par le statut des *dhimmi*¹⁶.

Ce n'est que très rarement qu'on a reconnu ouvertement, en Europe, le traitement généralement tolérant que dans les sociétés islamiques a été accordé aux minorités religieuses; l'image du sarrasin fanatique et impitoyable - nourrie par une vaste production artistique d'origine populaire qui va du théâtre des *Pupi* siciliens aux *chansons de geste* - a été largement prédominante. Parmi les rares exceptions, une est éclairée par la lumière de l'ironie paradoxale de Voltaire qui, dans l'article consacré à la “Tolérance” de son *Dictionnaire philosophique*, constate que:

¹⁵Selon les évaluations les plus récentes, environ cent cinquante mille personnes s'éloignèrent par mer, cent mille environ choisirent la voie de l'exode terrestre, vers le Portugal ou le royaume de Navarre; environ autant, enfin, furent les *conversos*.

¹⁶Pour une riche analyse de la condition des minorités religieuses dans l'empire ottoman, et en particulier du “*Millet system*” (la parole turque signifie “communauté religieuse”) qui est la version spécifiquement turque de la *dhimma*, cf. Braude et Lewis, 1982.

"...Maometto II, quando prese Costantinopoli, non forzò per nulla i greci a lasciare la loro religione, sebbene li considerasse come idolatri: ogni padre di famiglia greco se la cavò con cinque o sei scudi di tassa all'anno, si conservaron parecchie prebende e numerosi vescovadi, e oggi ancora il sultano turco conferma dei canonici e dei vescovi, senza che il papa si sia mai degnato di confermare un iman o un mollah" (Voltaire, 1959, p.445).

1.2. Les Capitulations et les usages expansionnistes de la nationalité.

1.2.1. Le paragraphe précédent suggère une image nette et simple de l'organisation politique du monde dans la perspective de l'Etat musulman classique: d'un côté les domaines directs (*dar al-islam*¹⁷) - sur lesquels cohabitent musulmans, *dhimmi* et, bien entendu, esclaves; de l'autre côté les terres des infidèles (*dar al-harb*¹⁸), l'*ager hosticus* des anciens Romains, dont les habitants en cas de conquête ont le choix entre la conversion et la *dhimma*¹⁹. En réalité, ce schéma est le fruit d'une simplification: la science juridique islamique a toujours conçu des catégories intermédiaires, dans la topographie politique du monde aussi bien que dans la classification des individus. Al Mawardi²⁰, par exemple, reconnaissait une troisième sphère géopolitique abstraite: *dar as-sulh*²¹, où vivaient les peuples qui, sans être soumis à l'autorité du Calife, lui payaient un impôt²². Le cadre devient encore plus articulé, si on ajoute que, dans la cité musulmane, il existe une condition intermédiaire entre celle de l'ennemi (*harbi*) et celle du *dhimmi*. Il s'agit du non musulman accueilli comme hôte temporaire en *dar al-islam*, qui bénéficie d'une forme de protection officielle dite *aman*. La source coranique de cette condition particulière est généralement indiquée dans le verset suivant:

¹⁷Littéralement, "maison de l'islam".

¹⁸Littéralement, "maison de la guerre".

¹⁹Mais en cas de capture individuelle d'un *harbi*, fréquente au cours d'actions de piraterie, l'option de la *dhimma* était exclue et la seule alternative à l'esclavage, pour le prisonnier chrétien, était la conversion. Dans cette situation particulière a son origine le phénomène des apostasies chrétiennes à l'islam, qui rejoint une certaine importance au XVIème siècle; cf. Scaraffia, 1993.

²⁰Mort en 1058, auteur d'une importante théorie du califat.

²¹Littéralement, "terre de l'accord" ou "de la paix".

²²Cf. Fattal, 1958, p.71.

“Si, parmi les Associateurs, quelqu’un te demande protection comme client, accorde-la-lui jusqu’à ce qu’il entende la parole d’Allah. Ensuite fais-le parvenir au lieu de tranquillité qui est le sien! C’est qu’en effet [ces Associateurs] sont un peuple qui ne sait point” (Sourate IX, verset 6).

A partir de ces brèves lignes, les *ulama* du califat abbaside (VIII^{ème} siècle de l’ère chrétienne) développent l’institution juridique de l’*aman*, nettement distincte de la *dhimma*. La protection du mécréant de passage ne dure qu’un an, à la conclusion duquel, s’il veut rester, il doit accepter de payer la *jizya* et devenir *dhimmi*; le même changement de statut est imposé au résident temporaire, lorsqu’il achète un terrain soumis à l’impôt dit *haraj*; en revanche, le mariage avec une *dhimmiya* ne suffit pas à altérer la condition juridique du bénéficiaire de *aman*²³.

Le *aman* - en offrant à l’étranger la possibilité d’un séjour temporaire mais garanti - ouvre des espaces importants pour un contact pacifique entre la société islamique et l’étranger; mais ce qui nous intéresse particulièrement souligner ici est que cette institution - née pour faciliter les échanges commerciaux - donne reconnaissance en tant qu’individu et non en tant que sujet d’un autre Etat ou membre d’une communauté religieuse donnée. Dans le cas de l’*aman*, en somme, la raison de l’accueil réside dans une évaluation concrète et individuelle fondée sur l’intérêt de l’Etat d’accueil, et peut-être aussi dans l’accomplissement de l’obligation traditionnelle d’hospitalité, mais pas (au moins dans la théorie) dans les impératifs dictés par les rapports interétatiques.

1.2.2. La logique individualisante dans le traitement juridique de l’étranger subit des altérations décisives à partir du XIV^{ème}, quand les *Repubbliche marinare*, d’abord, les Etats nationaux, ensuite, entament une politique d’expansion mercantiliste dans la Méditerranée, qui les emmène à chercher des formes juridiques nouvelles pour régler leurs rapports avec l’empire ottoman. Les fruits de cet effort diplomatique seront les traités appelés *Capitulations*, à travers lesquels l’appartenance nationale comme critère de distribution de la souveraineté des Etats sur les personnes commence à se diffuser en

²³La femme infidèle - qu’elle soit *harhiya* ou bien bénéficiaire de *aman* - qui marie un musulman ou un *dhimmi*, devient en tout cas *dhimmiya*.

dehors d'Europe, en pénétrant en des contextes culturels où cette catégorie juridique était quasiment inconnue²⁴.

Les Capitulations, qui deviendront la forme juridique caractéristique des rapports entre l'Europe et l'extérieur au début de l'époque moderne²⁵, avaient eu quelques précédents dans les concessions commerciales faites par les souverains musulmans locaux à certaines puissances occidentales, au temps où les têtes de pont établies par ces dernières avec les Croisades étaient perdues l'une après l'autre. Parmi les accords qui remontent à cette époque, les plus fréquemment cités sont celui signé par le sultan mamelouk d'Égypte avec Louis roi de France (1254), ceux de Pise avec Tunis (1265) et le Maroc (1353), et celui stipulé par Gênes avec le sultan Mourad 1^{er}, appartenant à la dynastie tunisienne des Hafsides.

Mais le premier régime capitulaire moderne - qui fera de modèle ensuite pour de nombreux accords successifs - est institué avec le traité signé en février 1535 par le plénipotentiaire français La Forêt et par le Grand Vizir Ibrahim Pacha, ministre du sultan Soliman "le Magnifique". En dix-sept *capitula*, les deux États, qu'à l'époque étaient liés par une alliance militaire contre les Habsbourg, y définissent un traitement de faveur pour les marchands français hôtes de la Sublime Porte: outre à la liberté de circulation, d'établissement et de commerce, le texte assure aux sujets du roi de France la pleine liberté religieuse et l'exemption de la juridiction ottomane, en matière pénale aussi bien que civile; voici, à titre d'exemple, le sixième chapitre de ce texte fondamental:

"Il a été expressément promis, conclu et accordé que les marchands, les agents et serviteurs, et tous autres sujets du Roi ne puissent jamais être molestés, ni jugés par les *qadi*, *sandjac-bey*, *sousbachi* ni autres que par l'Excelse Porte seulement, et qu'ils ne puissent être faits ni tenus pour Turcs, si eux-mêmes ne le veulent et ne le

²⁴La juxtaposition, dans notre analyse, de la *dhimma* et des Capitulations pourra déconcerter quelque juriste européen, porté à rattacher ces deux institutions à des domaines juridiques distincts, qu'en termes modernes on définirait *droit intercommunautaire* et *droit international*. Il nous semble néanmoins nécessaire de traiter ensemble ces deux institutions, justement pour cueillir le moment crucial où la "nation" (mais, pour le moment, on parlera, plus correctement, de "appartenance nationale", pas encore formalisée à définir la "nationalité") se superpose à la "communauté" comme cadre d'application d'une loi personnelle.

²⁵On parle ici des rapports avec les pays du bassin méditerranéen et avec les empires orientaux (chinois et japonais). Le modèle juridique qui légitima l'expansion européenne en territoire américain fut au contraire l'*occupatio terrae nullius*, déguisement idéologique de la guerre de conquête.

confessent de bouche, sans violence, mais qu'il leur soit licite d'observer leur religion".²⁶

1.2.3. A cette époque, déjà, l'exemption des sujets français de la juridiction ottomane - remplacée par la *potestas iudicandi* accordée aux consuls - apparaissait comme un anachronisme par rapport aux principes de droit international tels qu'ils étaient en train de s'affirmer dans les relations entre les nations européennes:

"...au Moyen Age, ces privilèges ne paraissaient pas aussi extraordinaires qu'ils le sont à nos yeux aujourd'hui; c'était même, avant le XVème siècle, une tendance générale en Europe, une sorte de droit commun. Les consuls des villes italiennes, telles que Venise, ou françaises, telles que Marseille, exerçaient un pouvoir juridictionnel sur leurs concitoyens établis en France, en Italie, en Allemagne ou même en Angleterre. Ce qui est vraiment remarquable, c'est que ces privilèges tendaient à disparaître à mesure que se construisaient les Etats européens modernes, forts, centralisés, et jaloux de leur souveraineté, alors que les puissants Etats musulmans de l'époque sacrifiaient aussi facilement une partie importante de leur souveraineté" (Charfi, 1987, p.370).

Dans ces lignes, le juriste tunisien Mohammed Charfi saisit le moment originaire d'une divergence fondamentale entre deux cultures juridiques et politiques qui s'éloignent de plus en plus: tandis qu'en Europe la dimension territoriale de la souveraineté se consolide, dans le monde arabe et musulman le pouvoir continue à se fonder essentiellement sur des liens de nature personnelle.

La continuité arabo-musulmane sur ce terrain doit sans doute être mise en relation avec la forte empreinte religieuse que le droit conserve encore dans tous les domaines: tant que le fondement reconnu du droit est la Révélation et non la Raison ou la coutume, son imposition à qui n'accueille pas le message révélé est impensable, avant même qu'elle ne soit impraticable:

"Du fait de son caractère non laïc, l'Etat islamique a été contraint, par sa propre nature et non pour céder aux exigences des tierces puissances, à accepter que son autorité fût ainsi gravement amputée" (Charfi, 1987, p.370).

²⁶Cité in Aldeeb Abu-Sahlich, 1979, p.59.

Mais le lien étroit et nécessaire entre la personnalité radicale de la loi et son caractère confessionnel a été longtemps utilisé comme argument par les juristes européens, non seulement pour expliquer la naissance du régime des Capitulations, mais aussi pour en justifier le maintien prolongé; il n'y a que quelques décennies, un auteur italien pouvait soutenir avec assurance que:

“Questo regime di privilegi trovava la sua giustificazione in un complesso di cause storiche e sociali, fra cui conviene ricordare l'arretrata civiltà dei Paesi che li accordavano, ed il carattere spiccatamente religioso delle leggi locali (specialmente se musulmane), che ne rendeva impossibile l'applicazione a persone di diversa religione” (Bosco, 1968, p.928).

Dans ce genre de discours, la différence culturelle - présentée comme naturelle, permanente et absolue - est instrumentalisée pour justifier un traitement discriminatoire; nous verrons dans le paragraphe suivant (1.3.) que cette attitude intellectuelle sera un des fondements théoriques de la domination coloniale européenne sur le monde arabo-musulman.

1.2.4. La cession de souveraineté réalisée avec les Capitulations ne produit pas, pendant longtemps, des conséquences négatives pour les Etats musulmans; au contraire, en quelques cas, elle en favorise même la fortune commerciale. Mais au cours du XVIII^{ème}, l'intense croissance technologique, démographique et productive de l'Europe - à laquelle correspond une stagnation sinon une régression dans l'Orient musulman - altère les rapports de force entre les deux aires baignées par la Méditerranée. Dans ce nouveau contexte, même l'impact économique et la signification politique des ces traités change: non plus concession gratuite et rentable, mais privilège coûteux que l'empire ottoman en déclin est désormais forcé à subir²⁷.

Il faut observer aussi qu'en profitant de leur capacité croissante de pression politique et économique, les puissances européennes parviennent dans cette période à élargir leur sphère d'ingérence légitime sur le territoire impérial. Cette soustraction ultérieure de souveraineté aux autorités locales se réalise à travers trois canaux principaux.

En premier lieu, dans les cas où le sujet d'une puissance européenne se trouve exceptionnellement soumis à la juridiction d'un juge ottoman²⁸, le rôle du *drogman*, le

²⁷A ce propos, cf. Tuma, 1989.

²⁸Ce cas peut se vérifier lorsque la controverse oppose un étranger à un sujet turc; pour les litiges entre personnes d'appartenance nationale différente, en effet, la règle généralement établie dans les

fonctionnaire consulaire chargé de l'assister, évolue de celui d'un simple interprète à celui d'un influent auxiliaire du *qadi*²⁹.

Un deuxième facteur d'érosion du pouvoir politique local lié au régime des Capitulations dans cette phase tardive est représenté par l'institution de la "protection individuelle" (*berat*). Les puissances capitulaires obtiennent la faculté d'étendre les privilèges prévus par les traités sur base individuelle à des sujets ottomans (musulmans ou *dhimmi*). Ce bénéfice est d'abord accordé à une classe restreinte de collaborateurs des consulats (interprètes, informateurs, etc.) et d'intermédiaires commerciaux; mais bientôt, les avantages importants attachés à la condition de "protégé" - pour les *dhimmi*, par exemple, l'exemption de la *jizya* - corrompent l'institution:

"Ces protégés, dans le courant du XVIII^{ème} siècle., formèrent une classe augmentant démesurement. Les ambassades étrangères trafiquaient ouvertement des patentes de consul, drogman [dragomanno] ou simple barataire" (Aldeeb Abu-Sahlieh, 1979, p.60).

Le dernier instrument au moyen duquel les nations chrétiennes oeuvrent pour démanteler le vaste édifice politique de la Sublime Porte a une nature plus ouvertement politique: il s'agit des relations privilégiées que certaines puissances européennes établissent avec les communautés non islamiques (*millet*) qui habitent dans les confins de l'empire. Dès le XVII^{ème} siècle, la France établit des rapports directs avec les églises uniates³⁰, et en particulier avec les Maronites du Liban, en assumant *de facto* un rôle de représentation de leurs intérêts sur le plan international. Au cours du XVIII^{ème} siècle, la Russie parvient à assumer un rôle analogue à l'égard des églises orientales orthodoxes, qui sera officialisé en 1774 avec le traité de Küçük Kaynarca.

Ces formes de protectorat sur base confessionnelle bouleversent le modèle de domination politique qui avait caractérisé pendant des siècles le monde islamique et préparent le démantèlement de l'empire ottoman.

Capitulations prévoit la compétence du for du défendeur (ou de la victime du crime, s'il s'agit d'un procès pénal).

²⁹A propos des fonctions du *drogman*, Biscottini observe que "Le attribuzioni di questo funzionario erano in origine quelle di un interprete, ma, in seguito, vennero ad assumere ben altro, più sostanzioso, rilievo" (Biscottini, 1960, p.215).

³⁰Il s'agit des églises qui, en opposition aux églises orthodoxes, ont accepté l'autorité papale.

1.2.5. Au cours du siècle dernier, la dégénération du régime capitulaire est identifiée de plus en plus clairement par les élites dirigeantes turques comme une des causes majeures de la décadence de l'empire et se transforme ainsi en un véritable symbole de l'oppression coloniale; la suppression des tribunaux consulaires devient "une des principales revendications du mouvement de renaissance arabe et islamique" (Charfi, 1987, p.368).

Pour résister à la stratégie occidentale fondée sur l'exploitation des divisions nationales et religieuses existantes dans le corps de l'empire, le pouvoir ottoman essaye de parcourir la voie de la modernisation politique et juridique pour acquérir les instruments qui apparaissent comme la clef de la suprématie européenne.

"This indeed was to remain the problem of the empire throughout the last century of its existence: how to introduce into the body politic those changes in institutions and political morality which, in the modern world, were the sources of strength?" (Hourani, 1983, p.49).

On fait généralement coïncider le début de la saison des réformes (*tanzimat*) avec la proclamation - faite à Gülhané, le 3 novembre 1839, par le Grand Vizir Rashid Pacha - d'un *hatti sharif* ("noble décret") du sultan Abdoul Mejid. Les finalités du texte sont parfaitement illustrées par son introduction:

"Ces institutions doivent principalement porter sur trois points qui sont: 1) les garanties qui assurent à nos sujets une parfaite garantie quant à leur vie, leur honneur et leur fortune; 2) un mode régulier d'asseoir et de prélever l'impôt; 3) un mode également régulier pour la levée des soldats et la durée de leur service"¹¹.

Dès ce premier pas du processus réformateur, les piliers fondamentaux de la modernisation de l'empire et de sa transformation en un Etat de droit sont définis avec lucidité: des garanties individuelles contre l'exercice arbitraire du pouvoir, une fiscalité équilibrée et non arbitraire, un service militaire obligatoire, général et de durée déterminée.

Sur le plan théorique, cette déclaration de principes - qui se distingue des Constitutions octroyées par plusieurs souverains européens dans la même période, car elle n'est pas promulguée à la suite d'une revendication populaire nette et visible - marque une transformation radicale dans la manière de concevoir les rapports entre l'autorité et ses sujets par rapport à la tradition du monde musulman. Pour la première fois dans l'histoire

¹¹Cité in Tarazi, p.392.

des sociétés islamiques, les titulaires du pouvoir assument ouvertement et en même temps la tâche de dicter des règles nouvelles et rationnelles finalisées à diriger l'évolution de la société et l'engagement à traiter, au moins pour certains aspects essentiels, la population comme un corpus unitaire sur lequel l'autorité doit être exercée en formes égales.

En 1855, en application de ce programme égalitaire minimal, la Sublime Porte abolit de façon simultanée les deux discriminations principales qui touchaient traditionnellement les *dhimmi*: l'impôt personnel et l'exclusion des rôles militaires dans l'armée. Mais les communautés non musulmanes s'opposent à ce processus d'inclusion par le haut, qui en soumet soudain les membres à l'obligation militaire; le sultan doit revenir sur sa décision initiale et accorder aux sujets appartenants à l'une des confessions minoritaires les choix entre le service militaire et le payement d'un impôt spécial (*badal*)³².

En 1856, un nouveau décret impérial (*hatti Humayun*) ouvre à tous les sujets, sans distinctions sur la base de leur confession religieuse, l'accès aux emplois publics et aux écoles civiles et militaires. En même temps, des tribunaux mixtes non confessionnels sont institués pour les affaires pénales et commerciales; les juridictions séparées ne survivent qu'en matière familiale. Dans ce cadre institutionnel renouvelé, l'incapacité des 'infidèles' de témoigner dans des procès où sont impliqués des musulmans - qui apparaissait désormais un anachronisme - est abolie en dépit des protestations des *ulama*.

1.2.6. Dans la même année du *hatti Humayun*, l'effort de 'normalisation' politique produit finalement l'acte de reconnaissance internationale que les élites ottomanes attendaient; avec le traité de Paris, les puissances européennes admettent officiellement l'empire ottoman - qui avait joué un rôle important dans la guerre de Crimée à côté de France et Grande Bretagne contre la Russie tsariste - dans le *golden circle* des puissances occidentales, les seuls sujets reconnus à plein titre par le droit international de l'époque.

L'attitude européenne à l'égard des *tanzimat* reste cependant fondamentalement ambiguë: d'un côté on enregistre une forte pression vers la modernisation - dont les coûts sont d'ailleurs en bonne mesure financés par des banques européennes - dans la mesure où elle peut créer un milieu juridique et social favorable à la pénétration économique; mais le soutien aux réformes cesse quand sont mis en jeu des aspects de l'ancien régime' qui peuvent profiter aux puissances occidentales. Il faut interpréter ainsi les protestations

³²Cf. Lewis, 1961, p.333.

déclenchées par la loi de 1869 en matière de nationalité, qui encadre pour la première fois tous les sujets de l'empire dans une catégorie unitaire, autonome de toute classification sur base confessionnelle. La réforme - qui a pour objectif essentiel celui de rendre homogène et de renforcer le lien entre sujets et autorité impériale³³ - est vivement critiquée par voie diplomatique par la Russie et la Grèce, qui dénoncent une prétendue infraction à leur souveraineté, établie conventionnellement, sur les communautés orthodoxes résidentes sur le territoire de l'empire. Ces plaintes officielles resteront inécoutées; elles restent cependant intéressantes, puisqu'elles nous révèlent l'aversion intense que les nations européennes avaient envers toute tentative de construction d'une 'nation' ottomane.

Mais, outre que par les ingérences européennes, l'issue de l'effort réformateur est compromise par son intrinsèque fragilité:

"Même dans les limites imposées par l'Europe, les réformes ne pouvaient importer qu'un maigre succès. Elles étaient dues à la volonté individuelle d'un souverain entouré d'un petit groupe de conseillers et encouragé par certains ambassadeurs et consuls étrangers. L'accession au pouvoir d'un nouveau monarque, une modification des rapports de forces entre les factions de hauts fonctionnaires, des conflits de conceptions et d'intérêts entre états européens pouvaient changer radicalement l'orientation politique" (Hourani, 1993, p.366).

Le risque dénoncé par Hourani se concrétise de façon dramatique quand le sultan Abdülhamid (1876-1909) interrompt l'évolution incertaine vers un gouvernement représentatif en abolissant la première constitution ottomane, qui venait d'être promulguée (23 décembre 1876).

1.2.7. La tentative d'éviter la désagrégation de l'empire à travers une sorte d'assimilation institutionnelle aux nations dominantes échoue; le "réveil national" des Balkans³⁴ et l'expansion coloniale européenne au Moyen Orient et en Afrique du Nord³⁵

³³Les principes fondamentaux de la réforme sont la règle de l'acquisition de la nationalité par naissance de père sujet ottoman (art.1), la possibilité d'obtenir la naturalisation après cinq ans de résidence ininterrompue (art.3), la subordination de l'acquisition d'une nationalité étrangère à une autorisation gouvernementale (art.5); cette dernière prescription vise à éviter les abus du régime capitulaire.

³⁴Les principales insurrections nationales balkaniques, couronnées de succès aussi grâce au soutien plus ou moins direct des grandes puissances européennes, sont les suivantes: Serbie (1830), Grèce (1833), Roumanie (1866), Bulgarie (1878; les deux entités séparées qui se forment en un premier temps se réuniront en 1885), Crète (1898; la réunion avec la Grèce n'aura lieu qu'en 1913). Le seul mouvement nationaliste qui sera suffoqué dans le sang, sans provoquer l'intervention d'une Europe

fendent l'unité politique préexistante le long d'un axe qui coupe longitudinalement la Mer Méditerranée. Les deux moitiés résultantes s'engagent en directions différentes: la péninsule balkanique redevient une appendice instable de l'Europe, tandis que le monde arabo-musulman en devient une simple périphérie, convoitée et dédaignée. Entre les deux, reste le noyau originaire de l'empire, avec sa spécificité hybride, qui sera à l'origine de la Turquie moderne.

A la veille de la Grande Guerre, l'Etat ottoman - réduit territorialement et politiquement très fragile - fait une dernière tentative de se libérer du joug colonial indirect de la France et de la Grande Bretagne: le 9 septembre 1914, soutenue par une alliance militaire non déclarée avec l'Allemagne et l'empire austro-hongrois, la Sublime Porte notifie aux chancelleries européennes son intention d'abolir les Capitulations à partir du 1^{er} octobre suivant. Les dures réactions de la France, de la Grande Bretagne, de l'Italie et des Etats-Unis seront englouties par l'explosion de la guerre, qui fait taire les diplomaties et vide de sens l'idée même d'une distribution conventionnelle de la souveraineté entre les Etats.

Avec le traité de paix signé à Sèvres (10 août 1920), cependant, le sultan Mehmet VI se rend aux pressions européennes pour la réinstauration du régime capitulaire. Mais cette nouvelle cession de souveraineté nationale est l'oeuvre d'un pouvoir désormais inexistant; l'insurrection kémaliste en effet avance, et déjà en 1921 (le 16 mars) la Russie des *soviet* - le premier gouvernement étranger qui reconnaît la naissante République turque - renonce aux Capitulations concédées jadis aux tsars. En 1923, les puissances victorieuses sont obligées de renégocier la paix avec un nouveau sujet politique, le premier gouvernement entièrement laïque d'un Etat à majorité musulmane depuis la révélation de Mahomet³⁶. L'article 28 du nouveau traité, signé à Lausanne, établit que:

éloignée, est celui du peuple Arménien. Dans les autres cas, des Etats nationaux se forment et ils adoptent généralement la religion orthodoxe comme religion d'Etat. Dans ces nouveaux Etats, les minorités musulmanes sont confinées dans un statut d'infériorité qui révèle encore aujourd'hui, parfois de façon dramatique, ses insuffisances.

³⁵L'"époque des canonnières" est inaugurée par le débarquement français à Alger, en 1830, et par la création de la colonie britannique de Aden, en 1839. L'institution des protectorats français sur la Tunisie (1881) et britannique sur l'Egypte (1882) interrompent les tentatives de modernisation économique et institutionnelle entamées, sur le modèle d'Istanbul, par Ahmad Bey (1837-1855) à Tunis et par le gouverneur (*vali*) Mehmet-Ali (1805-1848) au Caire. En 1899, un condominium formellement défini "anglo-égyptien" est établi sur le Soudan. Enfin, peu avant que l'étincelle du conflit mondial naisse des Balkans, l'Italie occupe la Lybie (1911), alors que la France et l'Espagne se partagent le contrôle du Maroc (1912).

³⁶Le 1er novembre 1922, la Grande Assemblée Nationale décrète l'abolition du Sultanat et la réduction du Califat à une simple fonction de représentation religieuse, assumée par un dignitaire

“Les Hautes Parties contractantes déclarent accepter, chacune en ce qui la concerne, l’abolition complète des capitulations en Turquie à tous les points de vue”.

Les puissances européennes insistent pour insérer dans le même texte une clause de sauvegarde des minorités religieuses présentes en Turquie: l’article 42 dispose ainsi:

“Le gouvernement turc agrée de prendre à l’égard des minorités non-musulmanes, en ce qui concerne leur statut familial ou personnel, toutes dispositions permettant de régler ces questions selon les usages de ces minorités. Ces dispositions seront élaborées par des commissions spéciales composées en nombre égal de représentants du gouvernement turc et de représentants de chacune des minorités intéressées. En cas de divergence, le gouvernement turc et le Conseil de la Société des Nations nommeront de commun accord un surarbitre choisi parmi les jurisconsultes européens”.

Mais ce système élaboré de protection internationale des minorités perd bientôt sa raison d’être, alors que la nouvelle République abolit les tribunaux religieux islamiques (loi du 8 avril 1924) et adopte un code civil laïque (promulgué le 17 février 1926), modelé sur le code suisse. Face à ces transformations révolutionnaires, les communautés religieuses minoritaires acceptent de confluer dans le système de droit commun et aucune opposition ne parvient de la Société des Nations. La tumultueuse modernisation juridique de la Turquie, sur le papier au moins, est accomplie.

1.3. La construction des systèmes juridiques coloniaux et le maintien d’un ‘domaine réservé’ pour le statut personnel.

1.3.1. Au fur et à mesure que la sphère de leur domination formelle sur le Moyen Orient et l’Afrique septentrionale s’élargit, les puissances européennes développent un intérêt croissant à dépasser la situation anormale de dispersion de souveraineté engendrée par les Capitulations. Mais une telle réforme - qui consiste à réunifier l’organisation judiciaire à l’échelle territoriale de chacun des nouveaux Etats coloniaux - exige une

désigné par l’Assemblée même. Moins de deux ans après (3 mars 1924), même le Califat est officiellement supprimé et, avec lui, la dernière fiction d’unité politique du monde musulman. Cf. Shaw et Shaw, 1977, pp.365-369.

concertation internationale. Les puissances coloniales, en effet, ne peuvent accepter de renoncer aux privilèges capitulaires qu'en présence de garanties adéquates que leurs concurrents sur l'échiquier colonial feront le même et assureront un traitement juridique et judiciaire satisfaisant à leurs ressortissants. En d'autres termes, le dépassement du régime capitulaire présuppose que, *dans chaque colonie*, soit créé un 'milieu juridique' homogène à celui de la métropole, où les personnes et les capitaux d'origine européenne puissent circuler avec facilité et sécurité. C'est ce que résume bien Roger Jambu-Merlin, quand il écrit que:

"Il n'y avait pas d'autre moyen d'obtenir un jour l'abrogation des Capitulations que d'offrir aux étrangers des juridictions ouvertes à tous et susceptibles d'appliquer, en même temps que les nouvelles législations, les lois étrangères lorsque celles-ci seraient désignées par les règles traditionnelles de conflits de lois" (Jambu-Merlin, 1958, p.1).

C'est ainsi que, dans tous les pays de l'aire arabo-musulmane, l'abrogation des Capitulations coïncide avec une restructuration radicale de l'ordre juridique, profondément inspirée par les respectives métropoles. Ce processus de 'colonisation juridique'¹⁷ suit des parcours différents dans chaque Etat colonial, dans tous les cas, cependant, il s'articule sur trois niveaux différents: a) la codification du droit matériel et de la procédure; b) la réorganisation de l'appareil judiciaire; c) l'introduction de règles de droit international privé. Tandis que le premier de ces trois niveaux de réforme se situe dans une ligne de continuité avec les profondes réformes législatives entreprises par certains des pays considérés au cours du XIX^{ème} siècle, les deux autres sont plus directement liés aux exigences spécifiques des puissances coloniales et, en particulier, à la nécessité de créer un cadre juridique rassurant qui rende possible le dépassement du régime capitulaire.

1.3.2. Le but d'offrir aux Européens résidents et de passage des garanties judiciaires adéquates est poursuivi, dans la majorité des cas, à travers l'institution de *tribunaux*

¹⁷Le rôle du droit dans l'expansion coloniale, en tant qu'objet d'étude, n'a pas attiré l'attention systématique des juristes, ni des sociologues ou des historiens du droit occidentaux. Pour ce qui concerne en particulier l'expansion coloniale en milieu arabo-musulman, le thème a été monopolisé par les islamisants de formation juridique, plus intéressés à étudier les formes de continuité juridique avec la tradition islamique que les processus de modernisation. Pour ce qui concerne, en revanche, la dimension juridique de la colonisation dans les sociétés "primitives", c'est le mérite de l'anthropologie, surtout de celle de langue anglaise, d'avoir éclairé le "central but ambiguous role law played in establishing control in a wide range of colonial situations" (Engle Merry, 1991, p.917).

*mixtes*³⁸ - compétents pour les controverses où au moins l'une des parties est ressortissante de la métropole ou d'un autre Etat occidental - qui s'ajoutent au réseau des tribunaux indigènes déjà existants.

Mais la fonction officielle de protection des tribunaux mixtes n'est pas toujours respectée et, en quelques cas, ces organes deviennent un instrument de contrôle politique de la population colonisée; c'est ce qui arrive, par exemple, en Syrie et au Liban³⁹, où la compétence des tribunaux mixtes (au sein desquels les juges français sont majoritaires) s'étend à des matières qui ne touchent pas directement les intérêts individuels des ressortissants européens, telles le fonctionnement des douanes, les activités policières et les infractions à l'ordre public. Tarazi fournit une interprétation politique de cet élargissement de compétence:

"Cette extension 'anormale' de la compétence résultait du fait que la puissance mandataire craignait que des tribunaux composés en totalité de juges syriens ou libanais ne se montrassent quelque peu indulgents à l'égard des nationalistes qui se heurtaient aux forces de l'ordre lors de manifestations politiques organisées dans le but de s'opposer à la politique des autorités" (Tarazi, 1978, p.421).

Il est intéressant de signaler qu'en quelques cas, les garanties d'un traitement judiciaire 'à l'européenne' sont fournies aux ressortissants des puissances coloniales à travers des modifications *ad hoc* de la composition de l'organe chargé de juger; dans la Palestine sous mandat britannique, cette méthode est appliquée de manière particulièrement flexible:

"...afin de donner à l'étranger l'assurance de la justice égale, l'acte prescrit que l'étranger aura le droit de demander, dans les procès importants, soit criminels soit civils, à être jugé par un magistrat britannique ou par un tribunal comprenant au

³⁸L'expression "tribunaux mixtes" indique la présence nécessaire d'un certain nombre de juges européens dans l'effectif de l'organe. L'institution des tribunaux mixtes marque le dépassement d'un modèle d'organisation judiciaire, typique de la période précoloniale, fondé sur la séparation rigoureuse entre une 'justice pour les Européens' et une 'justice pour les indigènes', entre lesquelles la seule règle de partage des compétences était la règle "*actor sequitur forum rei*". Les tribunaux mixtes de l'époque coloniale ont cependant un précédent important, représenté par les organes au même nom, institués en Egypte en 1876. Les tribunaux mixtes égyptiens étaient composés par une partie (majoritaire) de juges européens et une partie de juges égyptiens; ils étaient compétents pour toute affaire, civile, commerciale ou même pénale, dans laquelle un étranger était opposé à un égyptien ou bien à un autre étranger de nationalité différente; ils appliquaient une législation spéciale, contenue dans les Codes mixtes, approuvés préalablement par les Etats européens.

³⁹Pour ces deux Etats, nés de la désagrégation de l'empire ottoman, le conseil de la Société des Nations assigne à la France un mandat de gouvernement provisoire avec une résolution du 24 juillet 1922. Le mandat prévoit de façon explicite la suppression des Capitulations, subordonnée à la mise en place d'un nouvel appareil judiciaire.

moins un juge britannique. Dans les affaires relatives au statut personnel, ils sont jugés par le juge britannique, qui est autorisé à inviter le consul de l'Etat dont la personne est ressortissante, en qualité d'assesseur, pour donner des conseils sur le droit personnel en cause" (Bentwich, 1929, p.139).

Ce témoignage autorisé (Bentwich était *Attorney General* en Palestine à l'époque) nous montre que la situation coloniale favorise - même dans un milieu juridique anglo-saxon - une approche aux questions de statut personnel inspirée à un rigoureux personnalisme et à l'application fidèle de la loi nationale. Les systèmes de règles de conflit qui sont rapidement édifiés dans les possessions coloniales - qu'ils soient de création essentiellement jurisprudentielle (comme en Tunisie) ou bien législative (comme au Maroc⁴⁰) - ont des caractères communs, qui marquent en même temps leur originalité par rapport aux modèles européens.

1.3.3. La vague réformiste - qui redessine, en la centralisant et en la bureaucratisant, l'organisation juridique et judiciaire des Etats coloniaux nés du démembrement de l'empire ottoman - s'arrête sur le seuil du *sancta sanctorum* du statut personnel. Dans tout le monde arabe, les controverses familiales entre indigènes restent de compétence des juridictions religieuses traditionnelles⁴¹. Tandis que la nationalité devient le principal critère de détermination du droit applicable dans les controverses qui opposent des Européens entre eux, lorsque les parties en cause sont des sujets coloniaux la religion reste le rattachement décisif. La dichotomie fondamentale qui caractérisait le régime des Capitulations se retrouve ainsi, codifiée et systématisée, dans les ordres juridiques coloniaux. Chercher les raisons de cette permanence, dans un contexte de générale transformation politique et juridique, nous aide à interpréter l'attitude traditionnelle de la culture juridique européenne envers le droit musulman.

Dès les premiers contacts entre les colonisateurs européens et des populations de culture musulmane, on voit émerger une attitude 'tolérante' des premiers à l'égard du statut personnel local. En 1772, la *East India Company* - investie par la Couronne britannique de pouvoirs de gouvernement sur le Mofussil (Bengale, Behar et Orissa) - établit les lignes

⁴⁰Avec le "*Dahir sur la condition civile des Français et des étrangers*" du 12 août 1913.

⁴¹Au contraire, dans la plupart des Etats coloniaux (mais même en époque précoloniale en certain pays, comme en Egypte en 1883), la compétence pour les litiges entre natifs en matières autres que celles régies par le statut personnel est transférée des cours religieuses à des tribunaux laïques composés de juges locaux (*tribunaux indigènes*).

essentielles de la nouvelle organisation judiciaire des vastes possessions; la première des *Hastings Regulations* prévoit notamment que:

“In all suits regarding inheritance, marriage, caste and other religious usages and institutions, the laws of the Koran with respect to the Mohamodans and those of the Shaster with respect to the Gentoos shall invariably be adhered to”.

A partir de ce moment, la reconnaissance du statut personnel local représentera, avec quelques limites⁴², “a fundamental principle adhered to throughout the colonial period” (Hooker, 1975, p.61).

Mais ce n'est pas seulement le colonialisme anglais, notoirement fondé sur des principes d'ingérence limitée, qui reconnaît la légitimité du droit musulman et des institutions judiciaires chargées de l'appliquer⁴³; dès le début de l'expansion française en Afrique du Nord, on enregistre une attitude semblable, qui contraste avec l'idéologie assimilationniste encore dominante dans la doctrine coloniale de l'époque⁴⁴. A cet égard, les instructions de Napoléon Bonaparte à Kléber au lendemain de l'éphémère conquête de l'Égypte (1798) sont très significatives:

“Il faut accoutumer ces gens peu à peu à nos manières et à notre manière de voir, et, en attendant, leur laisser entre eux une grande latitude dans leurs affaires

⁴²La deuxième des *Hastings Regulations*, par exemple, établit que le choix d'appliquer la coutume locale doit toujours être évalué à la lumière des critères généraux de “justice, equity and good conscience”.

⁴³L'abstention d'une ingérence directe et systématique dans la régulation des rapports internes aux familles indigènes peut être considéré un caractère général de la politique coloniale européenne, même au-delà de l'aire arabo-musulmane. Il existe cependant des différences importantes entre le traitement accordé au droit local dans le cas de systèmes de droit formalisés comme l'islamique et l'hindou d'une part, et de droits coutumiers non écrits (comme la plupart de ceux de l'Afrique subsaharienne) d'autre part. Les différences concernent aussi bien a) les modalités de connaissance du droit local que b) les marges concrètes de tolérance à son égard.

Quant au premier aspect, tandis que ce sont les islamologues et les orientalistes qui définissent le contenu du droit musulman qui sera appliqué dans les cours, ce sont des anthropologues qui recueillent et organisent (créent, selon certains: cf.Snyder, 1981) le *customary law* qui fondera les décisions des tribunaux indigènes. Dans le cas du droit coutumier, l'emphase sur la valeur civilisatrice de l'activité du juriste-anthropologue est plus forte: en voici un exemple: “Invero le popolazioni indigene hanno il loro diritto; esse, però, sono prive degli strumenti indispensabili perché il diritto possa compiere la sua funzione civile. [...] L'ordinamento che lo Stato colonizzatore dà alla terra conquistata è il primo segno della sua opera civilizzatrice” (Vuoli, 1940, pp.270-271).

Quant au deuxième aspect, on a remarqué que le degré d'ingérence effective sur le contenu des normes était différent pour les deux catégories de droits indiquées ci-dessus:

“...British colonial treatment of more complex *written* systems such as Islamic and Hindu laws was relatively stable and liberal whilst, on the other hand, treatment of 'tribal' systems varied from liberal to suppressive in various areas and at various periods with, naturally, phases of judicial uncertainty” (Hooker, 1975, p.56).

⁴⁴Cf., à ce propos, Betts, 1961.

intérieures, surtout ne point se mêler de leur justice, qui étant fondée sur des lois divines, tient entièrement sur le Coran⁴⁵.

1.3.4. L'inclusion du droit musulman à l'intérieur d'un ordre juridique pluraliste - où il assume la fonction de "*servient law*" par rapport à un droit occidental qui joue un rôle dominant⁴⁶ - engendre des mutations profondes dans sa structure et dans ses contenus normatifs. En étudiant l'héritage colonial dans la formation du droit post-colonial en Algérie, Jean-Robert Henry a montré de façon convaincante que la systématisation du droit musulman sur la base des catégories juridiques de la métropole et dans le cadre étatique et national (ou bien pseudo-étatique et pseudo-national) de la colonie n'est jamais un processus politiquement neutre:

"...dans ces nouvelles catégories [*droit public/droit privé; droit pénal/droit civil, etc.*], le rapport de la société civile à la société politique et plus particulièrement à l'Etat, joue le rôle d'un critère essentiel de classification. Le changement de terminologie n'est donc pas gratuit, mais marque une mutation profonde de la finalité du droit musulman: à la Révélation, qui donnait un sens à tout le système juridique musulman, on substitue le rapport à l'Etat; le changement de vocabulaire exprime donc, en fait, une désacralisation potentielle du droit musulman" (Henry, 1981, p.309-310).

L'impact avec la culture juridique européenne - "la francisation" du droit selon la terminologie utilisée par Henry dans son étude - produit donc une transformation profonde dans la nature même du droit musulman qui n'est plus dès lors un instrument d'auto-régulation de la société islamique, avec une légitimation originaire et transcendante, "universel par ses sources [...] et local par ses applications" (Henry, 1981, p.306), et tend à devenir un instrument de chaque Etat, qui reçoit de l'Etat même sa légitimation et sa force.

⁴⁵Cité in Deschamps, 1954, pp.92-93.

⁴⁶Les concepts de "*dominant law*" et de "*servient law*" ont été élaborés pour définir la structure pluraliste des ordres juridiques coloniaux par M.B.Hooker, qui décrit ainsi les aspects essentiels du rapport entre les deux droits: "First, the national legal system is politically superior, to the extent of being able to abolish the indigenous system(s). Second, when there is a clash of obligations between systems, then the rules of the national system will prevail and any allowance made for the indigenous system will be made on the premisses and in the forms required by the national system. Third, in any description and analysis of indigenous systems the classifications used will be those of the national system" (Hooker, 1975, p.4).

Mais pas tous les domaines du droit sont investis au même degré et à la même profondeur par cette métamorphose. Dans le domaine du *statut personnel*⁴⁷, en particulier, la transformation est limitée à un oeuvre de regroupement des sources et de réorganisation formelle, qui laisse substantiellement intacte la nature originare (transcendante) et l'autonomie relative de cette branche du droit par rapport à la politique.

La systématisation du droit de la famille en époque coloniale n'est pas le résultat d'interventions législatives, mais du vaste succès obtenu auprès de la jurisprudence coloniale et indigène, par des oeuvres doctrinaux tels la récolte des règles de droit hanafite en matière de famille et de successions réalisée par Qadri Basha en Egypte (1875)⁴⁸ et l'"Avant-projet de code de droit musulman algérien", publié par Marcel Morand en 1916⁴⁹.

Dans la période coloniale, on voit émerger clairement la position séparée que les règles du statut personnel ont conservé jusqu'aujourd'hui à l'intérieur des ordres juridiques des pays musulmans. Bien qu'énoncées et organisées dans les formes typiques d'un droit étatique moderne, les normes qui composent le statut personnel, celles qui règlent la matière familiale en particulier, conservent avec les sources coraniques des liens beaucoup plus strictes et évidents que les autres catégories de normes. Cette 'double nature' de la règle de statut personnel a été décrite en termes efficaces par Roberta Aluffi Beck-Peccoz:

"...la materia dello statuto personale è oggi retta all'interno dei diversi stati arabi da regole di diritto musulmano codificato. La regola di diritto musulmano codificato ha una doppia anima. La riorganizzazione in codici delle antiche regole dottrinali le ha trasformate in norme dello stato; ma non è stata però sufficiente a soffocarne la natura originaria, a consumarne l'originario carattere islamico [...]. Malgrado il loro nuovo aspetto, agli occhi del giurista e della società esse restano regole intrinsecamente diverse dalle altre" (Aluffi Beck Peccoz, 1993, p.105)⁵⁰.

⁴⁷La catégorie du statut personnel (*al-ahwal al-shakhsyyah*) n'a été introduite qu'assez récemment dans la science juridique des pays musulmans (en Egypte, par exemple, par Mohammed Qadri Basha en 1890), où elle a assumé une étendue plus vaste que dans la plupart des droits européens, en parvenant à couvrir - outre que la capacité des personnes, le mariage et sa dissolution, la filiation - aussi les successions, le testament, les régimes matrimoniaux, l'absence, les libéralités entre vifs.

⁴⁸Sur la vaste influence de cet ouvrage, qui s'étend au-delà des frontières égyptiennes, cf. Aluffi Beck-Peccoz, 1990, pp.17-18.

⁴⁹Cf. Rolland et Lampué, 1940, p.321.

⁵⁰Sur la 'double nature' des règles du statut personnel en milieu arabo-musulman, cf. aussi Deprez, 1981c, pp.315 et ss..

1.3.5. Bien qu'inspirée à un critère général de respect du statut personnel musulman, la pratique du droit en époque coloniale produit des altérations dans son espace d'application et dans son contenu matériel.

Dans le cas de la colonisation française au Maghreb, par exemple, on assiste à une limitation de la sphère d'application personnelle du statut personnel musulman à travers la reconnaissance officielle du droit coutumier de certaines communautés ethniques minoritaires, tels les Kabyles de l'Algérie⁵¹ et quelques groupes berbères du Maroc central. A l'autonomie normative partielle accordée à ces communautés ne s'accompagne cependant pas une autonomie juridictionnelle: les droits coutumiers officiellement reconnus sont appliqués par des juges français⁵².

Au niveau du contenu, un rôle subtil de transformation est joué par la jurisprudence des cours coloniales chargées de la révision en appel des décisions émises en premier degré par les juges religieux traditionnels. Dans le cas des tribunaux français en Afrique du Nord, l'instrument technique privilégié de cette oeuvre capillaire d'adaptation est représenté par une attitude syncrétique envers la pluralité d'écoles doctrinales (*madhab*) existantes au sein de la tradition juridique musulmane. Tandis que chaque *cadi* a une appartenance doctrinale fixe et il ne peut appliquer le *fiqh* que dans l'interprétation qui en est fournie par son école, les juridictions françaises au Maghreb renversent cette règle et tendent à appliquer le droit musulman comme un *corpus* unitaire, en sélectionnant cas par cas l'interprétation qui apparaît plus convenable. Il arrive ainsi que - même si le rite malékite est historiquement dominant en Algérie et la Cour d'appel d'Algers le présume généralement applicable aux controverses entre indigènes musulmans - "la jurisprudence s'est reconnu parfois le pouvoir de choisir entre les rites pour donner les solutions les plus heureuses; certaines décisions se sont inspirées du rite hanéfite, qui paraissait plus libéral" (Rolland et Lampué, 1940, p.321).

La désinvolture des juges coloniaux dans le traitement du patrimoine juridique hétérogène du *fiqh* aura une influence sur le comportement des législateurs post-coloniaux, qui auront souvent recours à des traditions juridiques minoritaires pour justifier à la lumière

⁵¹Un décret du 29 août 1874 admet l'application des coutumes kabyles dans un domaine matériel même plus vaste que celui où était admise l'application du droit musulman: non seulement le statut personnel, mais aussi le régime des obligations. Cf. Rolland et Lampué, 1940, p.322.

⁵²Les coutumes sont connues et appliquées par les juges à travers les descriptions scientifiques qui en sont fournies par les ethnographes occidentaux; pour les coutumes kabyles, par exemple, l'ouvrage de référence était *La Kabylie et les coutumes kabyles* (3 voll., Paris, 1872-1873) par Hanoteau et Letourneux. Cf. Aluffi Beck-Peccoz, 1990, p.34, note 75.

de la tradition des choix réformateurs incompatibles avec l'opinion doctrinale localement prédominante.

En conclusion, on peut dire que le rapport des juges coloniaux avec le droit musulman nous fournit un exemple excellent de la situation juridique coloniale, décrite par l'anthropologue Paul Bohannan comme un "systematic misunderstanding between two [legal] cultures within the single power system, with constant revolutionary proclivities resulting from what is, at best, 'working misunderstanding'"⁵³.

1.4. '*Lex religionis*', ordre public et naturalisation: les pivots essentiels d'un système de distinction.

1.4.1. La 'politique du statut personnel' mise en oeuvre par les puissances coloniales (notamment la France, la Grande Bretagne et l'Italie) en milieu arabo-musulman, inspirée à un *personnalisme contrôlé*, a des objectifs politiques ultérieurs, outre celui de stabiliser la société coloniale en consolidant un *statu quo* préexistant. Il est évident, par exemple, que la reconnaissance formelle des droits coutumiers de certaines populations non arabes par l'administration coloniale française (cf. ci-dessus, 1.3.5.) fait partie d'une plus vaste stratégie politique qui vise à entraver la formation d'une conscience nationale unitaire dans la colonie⁵⁴.

D'un point de vue différent, on a observé⁵⁵ que l'attitude ouverte des colonisateurs envers le statut personnel indigène joue un rôle culturel peu voyant mais fondamental: en s'appuyant sur des arguments qui tiennent à l'"essence" des cultures dominée, cette 'tolérance' ambiguë contribue de façon déterminante à différencier les colons des colonisés, en instituant une hiérarchie de valeur 'naturelle' et, partant, impossible à renverser.

Cette implication du pluralisme juridique colonial, sans doute présente dans l'expérience française, est peut-être encore plus évidente dans le cas de l'Italie, où

⁵³*The Differing Realms of Law*, in: Laura Nader (dir.), *The Ethnography of Law*, n° spécial de *American Anthropologist*, 67, 1965, pp.33-42, cité in Hooker, 1975, p.53.

⁵⁴Sur l'exploitation par la France, puissance mandataire en Syrie et au Liban, du "régime des communautés religieuses" en opposition à un mouvement nationaliste avec un caractère fortement interconfessionnel (plusieurs parmi les premiers chefs nationalistes du Proche-Orient, par exemple, étaient chrétiens), cf. Tarazi, 1978, pp.414-416.

⁵⁵Henry, 1981, p.308.

l'idéologie coloniale ne contient pas des tendances progressistes et assimilationnistes aussi marquées qu'au-delà des Alpes. La doctrine coloniale italienne parvient jusque à élaborer une "norma di diritto coloniale generale che vuole ovunque rispettato lo statuto personale e successorio dei sudditi, ossia quella parte dell'ordinamento più strettamente legata ai principii della religione..." (Sertoli Salis, 1938, pp.3-4).

Quand il s'agit en particulier des sujets coloniaux de religion musulmane, l'attachement dogmatique au modèle des statuts séparés s'accorde avec une conception rigidement déterministe de l'identité culturelle islamique; voici, par exemple, ce qu'écrivait le juriste Pasqualucci au lendemain de la conquête italienne de la Libye (1911):

"...il diritto europeo e il diritto musulmano provengono da fonti assolutamente diverse: il primo è un diritto [...] *secolarizzato*, il secondo è un diritto *mistico* fondato sulla religione e sul sentimento [...]. Ed in quanto è stata opera divina il diritto musulmano è rimasto intangibile ed intatto dalle esplicazioni della intelligenza o della volontà umana. Esso non può evolversi per mezzo di discussioni perché la sua provenienza e il suo carattere lo rendono superiore a qualsiasi potere terreno" (Pasqualucci, 1912, pp.6-7).

Des prémisses culturelles si rigides et apodictiques conduisent inévitablement à considérer les populations musulmanes impossibles à assimiler:

"L'esperienza fatta da tutti i paesi colonizzatori rivela come, per ciò che riguarda appunto la materia civile, la resistenza da parte dell'indigeno musulmano sia tenacissima e la ripugnanza a qualsiasi trasformazione prenda in esso una tale intensità, da far diventare impossibile una assimilazione sia pur parziale con le leggi della madre patria. Il primo sentimento, scrive il Billiard, che provoca nell'indigeno un tentativo di riforma legale che pretenda di imporsi per via autoritaria, è di stupefazione per l'atto sacrilego compiuto su ciò che da lui era stato considerato come intangibile" (*ibidem*, p.8).

Sur la base de cette argumentation presque métaphysique, il est évident, avant même qu'on mette pied dans la colonie, que la métropole doit y instaurer un régime juridique fondé sur le respect du statut personnel musulman, sans renoncer cependant à adapter celui-ci à ses objectifs politiques et économiques contingents:

"La base, il punto di partenza per la nostra opera di codificazione in Libia non dovrà essere il nostro diritto, ma quello musulmano, al quale si dovranno far subire

quelle modificazioni o per meglio dire quelle interpretazioni che saranno dettate ai giureconsulti e competenti preposti a questo importantissimo e delicato studio, dalle finalità politiche ed economiche a cui tende la madre patria” (*ibidem*, p.18).

Les arguments approximatifs et grossiers qui fondent en bien de cas le personnalisme juridique colonial ne suscitent pas des réactions significatives de la part des populations dominées. Cela ne doit pas nous surprendre, car il est évident que:

“Une concordance, à première vue paradoxale, joue entre le colonisateur, soucieux non tellement de nier que de cantonner la vie indigène, et le colonisé, soucieux de sauvegarder ce qu'elle a de spécifique” (Berque, 1965, p.XIII).

Cependant, même en l'absence d'une documentation spécifique, on peut supposer que la dogmatisation du régime des statuts confessionnels séparés ait soulevé le mécontentement des élites arabes modernistes; et il est même probable que la 'politique du statut personnel' adoptée par les puissances coloniales ait retardé le début du processus de modernisation du droit familial, entamé avec difficulté par plusieurs ex-colonies au lendemain de l'indépendance.

1.4.2. En aucun cas, le modèle pluraliste est réalisé par les pouvoirs coloniaux en forme pure et radicale: au sommet de l'ordre juridique il existe toujours une instance suprême investie de fonctions de contrôle sur le contenu des décisions des organes inférieurs chargés d'appliquer le statut personnel local⁶⁶.

Le filtre utilisé est différent selon la tradition juridique de la métropole: dans les colonies des pays de *civil law*, il consiste en une variante spécifique de la clause d'ordre public souvent définie *ordre public colonial*. Dans la grande variété des définitions théoriques et pratiques de cette institution, il est intéressant d'en opposer ici deux, qui semblent correspondre à deux conceptions profondément différentes des objectifs de la

⁶⁶Du point de vue de la procédure suivie, on peut distinguer trois formes typiques de contrôle:

a) possibilité d'appel contre la décision devant un organe mixte ou bien composé entièrement de juges de la métropole (l'exemple le plus important de cette méthode est représenté par la Cour d'appel d'Alger);

b) contrôle obligatoire des décisions par un organe judiciaire ou administratif métropolitain, dont le "visto d'approvazione" est condition pour que la décision soit exécutoire (c'est par exemple le cas de la Libye à la suite du *Regio decreto* du 27 juin n.2167 "sull'ordinamento giudiziario");

c) révision facultative de la décision à l'initiative du gouverneur ou d'une autre autorité coloniale (c'est le cas, par exemple, de l'*Africa Orientale Italiana*).

Sur les différentes formes de contrôle, cf. Fragola, 1948, pp.119 ss; Sertoli Salis, 1938, pp.4 ss..

politique coloniale. D'un côté on situera une notion *politique, instrumentale et rationaliste* de l'ordre public colonial, dont Rolando Quadri nous fournit un très bon exemple:

“Unico limite [*al riconoscimento del diritto indigeno*] quello dato dall'*ordine pubblico coloniale*, dalla preservazione cioè delle condizioni minime necessarie all'attuazione dell'opera colonizzatrice. Attraverso la categoria dell'o.p.c. si realizza una graduale purificazione del costume; si filtra per così dire il costume eliminandone con i fattori razionali di organizzazione dello Stato i residui di barbarie. E' la stessa funzione che nelle metropoli è stata esplicata dalle codificazioni” (Quadri, 1958, p.19).

A l'extrême opposé, on peut ranger la notion *morale et pédagogique* de la même institution, dont on trouve une bonne définition dans un des manuels français les plus populaires et représentatifs:

“...l'application du droit indigène est limitée par la notion de l'ordre public. Le droit indigène s'efface lorsqu'il est en opposition trop grande avec certains principes essentiels inspirant le droit des citoyens. Quel est le contenu de cette notion de l'ordre public? Il est difficile de l'indiquer de façon précise. Il est certain que nous devons considérer comme étant d'ordre public, dans les colonies, tout ce qui concerne le respect de la vie et de la liberté de la personne humaine” (Rolland et Lampué, 1940, p.261).

Il est significatif que, tandis que Quadri compare le rôle de l'ordre public dans l'ordre juridique colonial au rôle historique (essentiellement rationalisateur) des codifications dans la métropole, les deux auteurs français assimilent sans hésitations l'ordre public colonial à l'ordre public international connu par le droit international privé⁵⁷.

Dans les colonies britanniques, en revanche, l'instrument qui guide le contrôle sur le contenu concret du droit indigène abstraitement considéré applicable est appelé “*Repugnancy Clause*”. Pour définir le contenu de cette clause d'exclusion, la jurisprudence et parfois le législateur colonial se réfèrent à des paramètres de valeurs stéréotypés de portée très générale:

⁵⁷La ressemblance fonctionnelle entre les deux institutions n'exclut l'existence de certaines différences, surtout d'intensité:

“L'analogie des situations est donc évidente. Mais le contenu des deux notions n'est pas le même. Certaines règles d'ordre public international, comme l'interdiction de la bigamie, ne sont pas, en dehors de la métropole, d'ordre public colonial: la polygamie est reconnue par les tribunaux des colonies lorsqu'elle fait partie du statut personnel des indigènes” (Rolland et Lampué, 1940, p.261).

“Repugnancy is a term used to indicate that customary law will not be admitted ‘if repugnant to justice, morality or good conscience’ or some such similar phrases (other phrases in common use include: ‘natural justice’, ‘humanity’, ‘equity and good conscience’, and even ‘Christianity’)” (Hooker, 1975, p.130).

1.4.3. Mais une simple analyse des définitions, intentionnellement vagues, de l’“ordre public colonial” et de la “repugnancy clause” ne fournit pas d’indications suffisantes sur l’incidence et le contenu effectif du contrôle de compatibilité exercé sur le droit indigène. Seulement l’examen empirique des usages jurisprudentiels des clauses d’exclusion en question nous permettrait d’avancer sur ce terrain. C’est la voie suivie par deux études importantes qui choisissent, bien qu’avec des approches différentes, la jurisprudence coloniale française en Algérie comme objet d’étude sociologique: il s’agit de la recherche riche et inégale de Jean-Paul Charnay (1965), produit typique d’une sociologie encore entachée par l’ambiguïté coloniale, et d’un article de Claude Bontems (1987), désormais pleinement conscient de la nature des mécanismes culturels de la domination coloniale. Les deux travaux, qui analysent la même production jurisprudentielle⁵⁸, sont d’accord dans l’individuation d’un ‘seuil de tolérance’ assez bien défini des juges français face au droit musulman appliqué par les juridictions inférieures: le mariage de la fille impubère et le mariage forcé sont les situations le plus souvent atteintes à travers la sanction de la nullité du lien⁵⁹. Les juges coloniaux n’interviennent pas de façon répressive contre *tout* aspect discriminatoire du droit musulman de la famille, mais seulement contre ceux qui comportent une contrainte, ou qui engendrent un soupçon de violence, à l’encontre de la femme. Ce genre d’interventions jurisprudentielles a deux ordres d’effets: protection d’un côté, stigmatisation de l’autre:

“Bien souvent ces décisions ne peuvent être qu’approuvées. Certaines relations sexuelles sont effectivement assimilable à des viols, mais il est à regretter que cette démarche ne s’applique pas au profit de femmes nubiles et surtout que les

⁵⁸Il s’agit des décisions rendues dans les décennies qui précèdent l’indépendance par la *Chambre de révision musulmane* de la Cour d’appel d’Alger, compétente à juger les recours pour violation du droit musulman contre les décisions des *Chambres des appels musulmans* des tribunaux civils, à leur tour compétentes en appel contre les décisions des *cadi*.

⁵⁹Le pouvoir du *wali* (tuteur matrimonial: rôle traditionnellement attribué selon une échelle de priorité aux personnes suivantes: fils de la femme, père, frère, fils du frère etc.) de marier la femme contre sa volonté a une intensité variable selon les différentes écoles doctrinales classiques. Dans les systèmes contemporains, cependant, ce pouvoir (dit *djebr*) est limité à des cas tout à fait exceptionnels.

magistrats, ainsi que les analystes de leurs décisions, laissent entendre que ce type de comportement soit le plus pur produit des moeurs musulmanes. Ainsi s'accrédite et se renforce l'idée du Musulman algérien véritable obsédé sexuel, violeur par culture etc..." (Bontems, 1987, p.397).

1.4.4. Le bon fonctionnement des systèmes juridiques pluralistes coloniaux exige des critères clairs et stables de classification des personnes. C'est pourquoi dans le droit public des colonies, même au-delà de l'aire arabo-musulmane, on retrouve invariablement la *summa divisio* entre citoyens et sujets coloniaux⁶¹. Cette distinction fondamentale, qui est à la base de discriminations importantes dans la titularité et l'exercice des droits civils et politiques, est justifiée par les contemporains à travers des arguments culturels, sinon ouvertement racistes; les paroles de Santi Romano à ce propos sont emblématiques:

"La distinzione tra cittadini e sudditi coloniali si trova in quasi tutti gli Stati che possiedono colonie. Può darsi però che in qualche caso manchi: ad es. uno Stato che adotti il sistema dell'assimilazione sino alle estreme conseguenze può considerare i sudditi coloniali alla stessa stregua dei cittadini. Il che più spesso si verifica in quegli Stati che abbiano colonie dette di popolamento [...]. Quella distinzione diventa quasi indispensabile ogni qualvolta gli indigeni siano di razza diversa dagli abitanti della metropoli. E certamente gli Stati che hanno trascurato di tradurla nel loro diritto positivo hanno dovuto poi pentirsi di un amalgama così poco opportuno. La distinzione è necessaria sia nell'interesse della madrepatria che in quello degli stessi indigeni, di cui bisogna rispettare le tradizioni e la posizione fatta ad essi dal diritto locale; ed è un grave errore trascurare tali differenze sostanziali" (Romano, 1918, pp.124-125).

Chez Rolland et Lampué, la connexion entre le statut de droit privé et le statut politique assume un poids décisif:

"C'est parce que les indigènes conservent, en droit privé, leur statut personnel, qu'il n'a pas paru possible de les soumettre au même régime de droit public que les originaires de la métropole." [1940, p.251].

⁶¹Parmi les rares exceptions, on rappelle le décret révolutionnaire de la Convention du 16 pluviôse de l'année II^{ème} qui, outre à abolir l'esclavage, disposait que: "...tous les hommes, sans distinctions de couleur, domiciliés dans les colonies, sont citoyens français et jouissent de tous les droits assurés par la constitution".

Selon un schéma qu'on a déjà rencontré, la différence culturelle, dont le statut personnel devient le symbole, est utilisée par la culture juridique coloniale comme instrument de domination.

1.4.5. Le fossé qui sépare l'élite des citoyens de la masse des sujets coloniaux n'est pas toujours infranchissable. L'Etat européen qui, pour des raisons d'opportunité pratique et de cohérence idéologique en même temps, a encouragé le plus l'accès des natifs à la citoyenneté pleine a été sans doute la France.

La première tentative dans ce sens est effectuée avec le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, dont l'article 1 restera un modèle essentiel pour l'évolution juridique des décennies suivantes, non seulement en France:

"L'indigène musulman est Français⁶¹; néanmoins, il continuera d'être régi par la loi musulmane. Il peut être admis à servir dans les armées de terre et de mer. Il peut être appelé à des fonctions et emplois civils en Algérie. Il peut, sur sa demande, être admis à jouir des droits de citoyen français; dans ce cas il est régi par les lois civiles et politiques de la France"⁶².

Un canal semblable d'acquisition de la pleine citoyenneté sera ouvert aux sujets tunisiens en 1923; les sujets du sultan du Maroc, au contraire, n'obtiendront jamais une telle opportunité.

⁶¹L'attribution de la qualité de "français" au sujet colonial est justifiée par l'annexion formelle de l'Algérie par la France. Cette extension de la nationalité métropolitaine ne se vérifiera pas dans l'expérience coloniale d'autres nations, qui considéreront toujours la métropole et la colonie comme des entités politiques distinctes.

⁶²La position accordée par le sénatus-consulte aux juifs algériens est identique à celle des sujets musulmans. Quelques années plus tard, cependant, le décret du 24 octobre 1870 (connu comme "décret Crémieux") attribuera *ex lege* la citoyenneté métropolitaine aux indigènes israélites. Les nombreuses réactions hostiles - en quelques cas ouvertement antisémites - forcent le gouvernement à limiter (avec le décret du 7 octobre 1871) les effets de la naturalisation de masse aux Juifs nés en Algérie (ou bien nés de familles s'étant établies en Algérie) avant 1830. Les autres retournent à la condition de sujets coloniaux et recouvrent le statut personnel originaire. Il est cependant intéressant de souligner l'effort accompli par la doctrine juridique française, à partir de cette période, pour distinguer le droit matrimonial d'école séfardi du droit musulman, en présentant les ressemblances évidentes comme des analogie purement formelles. Un juriste influent comme Morand, par exemple, tandis qu'il assimile le *mahr* islamique au prix d'une vente, à propos du *mohar* hébraïque il écrit: "il n'est pas douteux qu'en certaines législations, la législation hébraïque, par exemple, la dot, constituée par le mari à la femme, a cessé d'être le prix d'une vente et est aujourd'hui destinée à assurer l'existence de la femme à la dissolution du mariage" (*Etudes de droit musulman algérien*, Alger, 1910, p.113, cit. da Bontems, 1987, p.408, nota 30).

En 1919⁶³, pour certaines catégories de sujets coloniaux⁶⁴, l'accès à la pleine citoyenneté deviendra un véritable droit subjectif, qu'on fait valoir à travers une procédure judiciaire.

1.4.6. Les efforts de cooptation des élites indigènes à travers l'accès à la citoyenneté ne produisent pas les résultats souhaités: les bénéficiaires potentiels qui cueillent effectivement l'opportunité offerte ne sont qu'une petite minorité. Les adversaires de l'assimilationisme 'à la française' expliquent l'échec en ayant recours à des arguments d'ordre culturel, plutôt que politique; c'est le cas, par exemple, de la doctrine coloniale italienne en époque fasciste, dont un des représentants les plus connus affirme que:

"...i musulmani sono fortemente attaccati al loro statuto personale e non sono disposti a rinunciarvi anche a costo di rimanere nello stato di sudditanza e di privarsi dei benefici che a loro deriverebbero dall'accesso alla cittadinanza francese"
(Ambrosini, 1940, p.298).

Mais la centralité du statut personnel et sa priorité sur le statut politique en milieu musulman sont évidemment perçues aussi par les fonctionnaires coloniaux français, car à partir des années Trente, on commence à discuter en France de la possibilité d'une "naturalisation dans le statut", c'est-à-dire de l'acquisition de la citoyenneté française avec la conservation du statut personnel musulman. L'option est formalisée dans le projet de loi "Violette-Blum" (d'après les noms d'un ministre et du chef socialiste du gouvernement du Front Populaire), présenté au Parlement le 30 décembre 1936. L'initiative du gouvernement provoque des réactions exaspérées en Algérie: à l'approbation enthousiaste des notables indigènes et des autorités religieuses s'oppose l'hostilité irréductible des colons français, qui finalement l'emportera.

Il faut donc attendre encore dix ans pour que - dans une situation politique très changée - l'idée anormale d'une "naturalisation dans le statut" soit accueillie en droit français, d'abord avec la loi du 7 mai 1946, puis avec l'article 80 de la Constitution

⁶³Loi du 4 février.

⁶⁴Il s'agit, par exemple, de personnes qui ont rendu des services particuliers à la France, ou bien qui savent lire et écrire le français, ou bien encore des propriétaires d'immeubles urbains. La définition des catégories des bénéficiaires rend évident le projet politique d'*assimilation sélective* qui inspirait ces formes de naturalisation honoraire, qui visaient à créer des liens de reconnaissance et de dépendance entre le pouvoir colonial et les élites locales.

promulguée en cette même année. La solution - encouragée par les vents de décolonisation qui commencent à souffler sur la scène internationale - scandalise une partie de la doctrine:

“But though this appears to be a decisive victory for the assimilation policy, it is actually the very opposite; for the new Algerian citizens retain, inside the French Republic which is basically non-clerical, their personal status governed by Moslem religious law. It is an extremely serious breach of the very bases of our public law, and a marked privilege granted to the Moslem religion, as it means recognition of polygamy and other institutions contrary to modern civilization, which are nevertheless accepted as compatible with the title of French citizen. [...] It has been, then, a victory for Islam over the Civil Code” (Bosquet, 1953, p.601).

La loi de 1946 fait de la France le premier Etat européen moderne avec un droit radicalement *multiculturel*, c'est-à-dire qui incorpore formellement une pluralité de systèmes de droit (de la famille, dans ce cas particulier) différents, applicables sur la base de l'appartenance culturelle des personnes qui y sont soumises. Mais la situation inédite, qui nous semble aujourd'hui paradoxale, ne dure pas longtemps, car elle cesse avec l'indépendance algérienne, et elle restera un précédent isolé⁶⁵.

⁶⁵Il ne faut pas confondre la “naturalisation dans le statut” avec des formes apparemment semblables telle, par exemple, la “cittadinanza speciale” (avec conservation du statut personnel originaire) introduite par l'Italie en Libye avec le décret législatif du 9 janvier 1939. Ce type particulier de rapport juridique - dont la doctrine fasciste aimait vanter l'originalité (cf. Ambrosini, 1940, pp.289ss.) - consiste dans la concession discrétionnaire sur base individuelle à des sujets musulmans (les Juifs étaient exclus) considérés dignes de privilèges spéciaux tels la faculté de “accedere alla carriera militare nei reparti libici”, de “portare armi secondo le norme per la coscrizione militare”, de “essere iscritti alla Associazione Musulmana del Littorio alla diretta dipendenza del P.N.F.”, de “esercitare la carica di podestà nei comuni composti di popolazione libica e quella di consultore nei comuni a popolazione mista”, et enfin de la faculté de participer avec des fonctions dirigeantes à l'organisation corporative de l'économie. On voit bien que ces prérogatives ne sont pas équivalentes à la citoyenneté métropolitaine - même vidée de substance démocratique comme elle était à l'époque - mais elle définissent seulement une classe privilégiée de sujets coloniaux, expression de cette politique de cooptation des élites indigènes par les autorités coloniales, qui représentait une méthode de gouvernement assez répandue.

**Une difficile autonomie: permanences et ruptures
dans le droit international privé des
Etats post-coloniaux**

2.1. Monisme juridique et progrès. La formation des états nationaux et la tendance vers l'unification des systèmes juridiques.

2.1.1. C'est une guerre mondiale - la deuxième - qui révèle au monde que la hiérarchie des ses dominateurs n'est plus la même qu'au siècle précédent. En 1945, un 'ordre international bipolaire' - destiné à durer un demi-siècle - s'inaugure.

Les puissances européennes qui au cours des derniers cent ans avaient dominé le monde arabo-musulman - en refaçonnant brutalement son organisation politique et juridique - se retirent vieilles de la scène. Ce désengagement se produit de façon graduelle, en formes différentes dans chacun des pays colonisés. Dans l'occident arabe, la pénétration capillaire des européens dans tous les ganglions fondamentaux de l'économie et de la société impose une forte mobilisation populaire dans le cadre de "mouvements nationalistes plus largement soutenus et mieux organisés que ceux des pays orientaux"⁶⁶. Dans la plupart des pays du Machreq, au contraire:

"...l'indépendance avait été obtenue par la manipulation de forces politiques, tant internes qu'externes, et par des négociations relativement pacifiques en dépit de moments de troubles populaires" (Hourani, 1993, p.529).

La diversité des parcours conduisant à l'indépendance explique, peut-être, la différente nature des identités nationales dans les deux régions: plus enracinée et immédiate au Maroc, en Algérie ou en Tunisie, l'identification avec un cadre national apparaît plus précaire et controversée en Egypte, en Syrie ou en Irak. C'est d'ailleurs cet orient arabe - soumis pendant longtemps à une domination turque proche et effective - qui avait constitué le milieu de culture idéal pour le sentiment panarabe; c'est aussi au coeur du Proche-Orient

⁶⁶Hourani, 1993, p.528.

que voit le jour l'experiment - significatif bien que bref et, au fond, stérile - de la République Arabe Unie (1958-1961).

2.1.2. *Dar al-islam* sort donc de l'époque coloniale subdivisé en de nombreuses entités territoriales politiquement indépendantes, dont les frontières suivent largement celles qui existaient auparavant entre les provinces ottomanes, et plus tard entre les colonies européennes⁶⁷. Mais, si le dessin extérieur du mosaïque est inaltéré, à l'intérieur des vieilles frontières le pouvoir s'exerce désormais en des formes et avec des instruments inédits. Sans vouloir s'interroger ici sur les fondements sociaux et les soutiens idéologiques de ce nouveau pouvoir, on se limitera à souligner son *caractère centralisé* et sa *vocation régulatrice*, comme les aspects de différenciation par rapport au passé qui influencent plus profondément le phénomène juridique.

A travers l'école de masse, l'armée à conscription obligatoire et des appareils bureaucratiques surdimensionnés, l'état pénètre dans la société, il la forme et il la contrôle. Les pouvoirs intermédiaire de type traditionnel subissent partout des fortes limitations, et les poches d'identité tribale et d'organisation coutumière qui encore subsistaient dans les sociétés arabes sont presque entièrement réabsorbées: cela s'explique d'ailleurs par la lumière ambiguë où se trouvaient ces formations sociales, souvent exploitées en clef de domination par les administrateurs coloniaux.

Dans ce que - en paraphrasant George Mosse (1975) - peut être décrit comme un processus d'*étatisation des masses*', la dimension nationale est utilisée comme un levier de mobilisation et un argument de persuasion parmi d'autres, mais sans la centralité qu'elle avait eu en Europe un siècle avant; car, comme le souligne Bertrand Badie, dans le monde arabe l'idée de nation reste "difficilement acceptable puisqu'elle suggère le morcellement de l'*umma* et la territorialisation du politique, principe autant contredit par l'expérience tribale que par l'aspiration moniste" (Badie, 1986, p.125); et l'argument nationaliste semble parfois avoir été utilisé instrumentalement:

⁶⁷Seulement dans la zone correspondant à l'ancienne province syrienne (qui englobait la Syrie actuelle, la Palestine et le Liban) la configuration géopolitique antérieure fut bouleversée par le processus de décolonisation: les mandats conférés par la Société des Nations à la France et à la Grande-Bretagne en 1922 avaient découpé artificiellement l'aire, qui fut ensuite ultérieurement déséquilibrée par la création de l'Etat d'Israël et l'expulsion des populations arabes autochtones.

"parce qu'elle ouvrait la voie à l'émancipation de la tutelle de l'infidèle, à l'expression d'un unanimité où toutes les classes se confondaient, et surtout à la reconnaissance d'une souveraineté sur le plan international se traduisant notamment par l'obtention d'un siège aux Nations-Unies" (Badie, *ibidem*).

2.1.3. Après les tentatives réformistes du siècle dernier et la longue parenthèse coloniale (où, comme on l'a montré plus haut, les populations indigènes jouissaient pourtant d'une relative autonomie juridique, au moins dans les domaines moins concernés par les nécessités de l'exploitation économique, comme celui du statut personnel) les états post-coloniaux se réapproprient finalement du droit. Si ce n'est pas tout de suite à travers une activité importante de légifération⁶⁸, c'est du moins par la création d'un corps judiciaire bureaucraté et entièrement national (souvent contrôlé de près par l'exécutif), qui interprète et applique le vieux droit à la lumière de critères et en fonction d'intérêts nouveaux.

Le cadre dans lequel se développe le nouveau droit est celui formellement unitaire et homogène de l'état national, qui préexiste idéalement à la société qui l'exprime, et qui a l'ambition de la modeler. Le droit dont a besoin une telle aggrégation politique est un instrument puissant, manoeuvrable centralement, qui permette d'intervenir efficacement sur les habitudes et sur les vices du corps social. Le paradigme moniste, qui avait dominé la science et la pratique du droit en Europe au siècle précédent, élargit à présent son hégémonie sur le monde arabo-musulman; cela est confirmé par Bernard Botiveau, qui - en décrivant la situation égyptienne et syrienne - écrit ainsi:

"Les mouvements nationaux de ces pays affirment qu'une justice authentique dépend de l'unification et de la centralisation des institutions au sein d'un Etat dont la modernité trouvera son expression dans la satisfaction d'intérêts nationaux supérieurs, au détriment de particularismes jugés archaïques et à coup sûr générateurs de dépendance. Cela condamne à terme toute institution judiciaire qui

⁶⁸Pour éviter la formation de vides législatifs, plusieurs, parmi les états nouvellement constitués, adoptent des provisions visant à perpétuer la vigueur des lois coloniales; la loi du 31 décembre 1962 de la République Algérienne, par exemple, dispose que:

"Art.1: La législation en vigueur au 31 décembre 1962 est reconduite jusqu'à nouvel ordre, sauf dans ses dispositions contraires à la souveraineté nationale.

Art.2: Tous les textes et les dispositions portant atteinte à la souveraineté intérieure et extérieure de l'Etat algérien ou d'inspiration colonialiste ou discriminatoire, tous les textes portant atteinte à l'exercice normal des libertés démocratiques sont considérés comme nuls et non avenue." (Journal Officiel de la République Algérienne, 1963, p.18).

ne représenterait pas la 'nation' dans toute ces composantes..." (Botiveau, 1993. p.124).

L'idée qu'un droit territorial homogène, rationnel et prévisible, soit un facteur essentiel du développement inspire l'action des gouvernements indépendants bien au-delà des frontières de l'arabophonie, dans l'ensemble du tiers-monde⁶⁹. Aujourd'hui on est généralement conscients que la logique de l'imitation du modèle européen - sur ce terrain comme sur bien d'autres - fut à l'époque viciée de superficialité: une manifestation particulière du phénomène juridique - que Max Weber le premier avait montré être *condition* et *modalité caractéristique* de l'essor économique européen - en était perçue au contraire, de façon mécanique et simpliste, comme la *cause*.

Dans la pratique, cependant, l'adhésion des états arabes indépendants au modèle positiviste, centraliste et pyramidal, est loin d'être totale. Une conception personaliste du pouvoir⁷⁰ et du droit reste vivante, et se reflète de façon très évidente dans la structure pluraliste que conserve - en formes plus ou moins marquées - la plupart des ordres juridiques, dans le domaine crucial du statut personnel.

"A chacun son droit, à chacun ses juges": telle était, comme on l'a vu, la norme fondamentale du pluralisme sur base confessionnelle de la tradition, partiellement respectée par les pouvoirs coloniaux. Dans le nouveau régime d'indépendance, cette parcellisation rigoureuse du champ juridique subit des atténuations, en suivant une ligne d'évolution qui est spontanément qualifiée de "normalisation" par les juristes européens⁷¹.

La vague de réformes 'unificatrices' n'investit pas tous les pays arabo-musulmans avec la même intensité. On peut essayer d'ordonner ce panorama confus, en distinguant *deux degrés* de cette tendance de politique législative (qui représenteraient, peut-être, autant de *phases* au sein d'une vision évolutionniste, comme celles vers qui l'observateur

⁶⁹A propos des nouveaux états de l'Afrique noire francophone, l'attitude en question a été décrite ainsi par Eugène Schaeffer: "It has been repeatedly stated that a unified system of courts and a unification of laws are necessary for the economic and political development of the new states. This could be disputed. The fact remains that the African leaders have not done so, nor do they question the need for development or the very concept of development" (Schaeffer, 1980, p.37).

⁷⁰La conception personaliste du pouvoir public se constate, par exemple, en matière de nationalité: dans la plupart des pays qui nous intéressent, celle-ci est qualifiée comme une forme d'"allégeance perpétuelle", tout à fait indépendante des liens effectifs de l'individu avec le territoire et la société nationale, et qui se transmet automatiquement de père en fils. Une renonciation unilatérale à un tel lien d'appartenance ne produit aucun effet sans un avis favorable de l'autorité.

⁷¹Cf. Verdier, 1962, p.940 et ss..

occidental, ou occidentalisé, montre trop souvent un penchant fatal). On s'apercevra que les deux classes de situations juridiques-institutionnelles qu'on propose de former ne comprennent pas avec netteté toutes les situations que l'histoire de la modernisation des systèmes juridiques dans les pays arabes a effectivement produit: le cas de la Syrie, par exemple, résulte excentrique par rapport à la classification proposée; il me semble cependant qu'un effort de schématisation puisse aider à percevoir plus clairement les termes essentiels d'un processus de changement vaste et complexe.

2.1.4. Un premier degré du spectre des réformes est celui de la simple *unification judiciaire*, c'est-à-dire de la concentration des compétences judiciaires en matière de statut personnel auprès d'un seul ordre de juges nationaux, avec la conservation d'une pluralité de statuts substantiels.

La voie avait été tracé par le législateur ottoman qui, avec l'article 156 du Code ottoman de la famille de 1917, avait transféré aux tribunaux de l'état la compétence à décider les controverses matrimoniales entre chrétiens. La nouvelle Turquie de Atatürk se poussa ensuite beaucoup plus loin, en sécularisant et en unifiant complètement le système, sur le plan substantiel aussi bien qu'organisateur. Mais il faut attendre les années '50, pour que d'autres pays de culture musulmane modifient leur système de juridictions séparées. En 1953, la Syrie choisit une *solution de compromis*: les tribunaux confessionnels des Druzes et des *tawa'if* (c'est-à-dire des communautés chrétiennes et juives) sont maintenus à côté des cours *shar'iyya*, mais leur compétence est limitée aux affaires matrimoniales, alors qu'en matière de successions et de filiation les citoyens appartenant aux cultes minoritaires sont soumis à la juridiction générale des juges musulmans (et aussi au droit substantiel général).

Quelque remarque s'impose à propos de l'originale solution syrienne. En poursuivant une coutume locale d'ouverture particulièrement marquée envers les communautés non-musulmanes - qui avait été encouragée aussi par les autorités mandataires - le législateur républicain crée un système de 'pluralisme tempéré'. Un premier facteur d'atténuation est représenté, comme on a déjà dit, par l'exclusion de certaines matières du domaine du statut personnel⁷²; mais le caractère pluri-confessionnel du système syrien est modéré ultérieurement par deux restrictions procédurales:

⁷²La modification des confins de la catégorie, récente et arbitraire, du statut personnel (*al-ahwal al-shakhsyyah*) est une technique qui a été souvent adoptée par les législateurs arabes pour élargir la sphère d'application générale du droit civil. De telles manœuvres de redéfinition ont normalement pour objet des

"...d'une part les jugements de ces tribunaux doivent respecter la procédure des juridictions civiles; d'autre part, leur compétence se limite aux niveau de première instance et d'appel, les décisions prises en appel étant susceptibles de recours devant la chambre civile de la cour de cassation" (Botiveau, 1993, p.214).

Bien qu'apparentés par des strictes analogies⁷³ et par une intense circulation de modèles, le cas syrien et le cas égyptien se différencient sur un point essentiel: en Egypte l'unification des juridictions a été complète, et accompagnée par l'abolition de tous les organes judiciaires confessionnels⁷⁴. Le même type de juge - un magistrat civil égyptien formé dans les écoles de l'état - se trouve ainsi à devoir appliquer lois religieuses diverses selon la nature du cas d'espèce. Cette solution - qui a les teints du paradoxe aux yeux d'un juriste européen - a été critiquée durement par un spécialiste libanais sur la base d'argument techniques dotés d'un poids objectif indiscutable, mais qui laissent entrevoir la conviction subjective de la supériorité relative du pluralisme radical 'à la libanaise':

"Ce décalage entre la justice et le droit ne manque pas de provoquer de graves discordances, en raison de l'impossibilité fréquente pour le juge civil égyptien de trouver dans son droit des procédures équivalentes à celles prévues par les multiples lois religieuses. L'expérience égyptienne démontre ainsi que la laïcisation incomplète d'un système juridique dans les matières du statut personnel n'est pas toujours viable. Il est difficile de laïciser à moitié, lorsque le fond et la procédure sont intimement liés, lorsque la réglementation législative ne peut être dissociée de l'appareil judiciaire dont elle a été spécialement dotée, et en dehors duquel elle ne peut toujours trouver sa signification et sa réalisation concrète" (Gannagé, 1979, pp.487-488).

Le Maroc parvient à son tour à l'unification des juridictions de statut personnel en 1965: les compétences qui étaient du *cadi* et des tribunaux rabbiniques sont transférées d'abord au

matières où le poids de l'intérêt public' dans la régulation des situations privées est plus fort: c'est sans doute le cas des successions et de la filiation. Cf.: Aluffi Beck-Peccoz, 1990, p.61 nota 131, et Botiveau, 1993, p.217.

⁷³L'analogie majeure réside dans la soustraction des successions et de la filiation au statut personnel. Ces deux importantes matières ont été territorialisées par des lois spéciales adoptées en 1943, qui s'appliquent à tous les égyptiens, quelle que soit leur appartenance communautaire.

⁷⁴Lois 461 et 462 de 1955.

"Tribunal du *sadad*"⁷⁵, puis aux "Tribunaux de première instance"⁷⁶. Il s'agit d'un réaménagement qui vise à rendre homogènes les procédures et les méthodes de décision dans toutes les affaires de statut personnel, la seule variable devant rester le *corpus* de normes substantielles applicable: *Mudawwana* ou droit mosaïque⁷⁷. Mais un observateur privilégié tel que Jean Deprez formule quelques doutes sur la portée effective d'une telle réforme:

"La loi prévoyant une spécialisation possible par sections au sein du tribunal, en fonction de la nature des affaires, rien n'exclut que sous le couvert d'un tribunal très semblable, par ailleurs, aux tribunaux civils, tribunaux administratifs, tribunaux du travail connus sous d'autres cieux, une justice 'musulmane' et accessoirement rabbinique continue à être rendue en matière de statut personnel, coexistant avec la justice 'laïque' rendue dans les autres domaines. L'avenir dira si le *cadi* subsiste sous le masque du nouveau juge d'instance" (Deprez, 1975b, p.5).

2.1.5. Une réforme plus profonde de l'ancien système pluraliste comporte qu'à l'unification judiciaire s'ajoute une *unification normative*, avec la totale suppression de la pluralité des statuts. Du point de vue formel, cette démarche représente l'accomplissement parfait de la 'révolution moniste'; mais - pour ne pas tomber dans une analyse stérilement formaliste - il faut distinguer nettement - dans l'ensemble des pays qui sont parvenus à ce résultat - entre les *régimes modernistes* et les *régimes conservateurs* sur le plan du droit substantiel de la famille: il est évident, en effet, que le sens politique et les implications sociales de la *reductio ad unum* des statuts personnels varient profondément dans les deux cas.

C'est l'universalité inquestionnable des mythes fondateurs du nouvel état - qu'il s'agisse du nationalisme et du progrès social ou bien de l'idéal socialiste - qui justifient l'application généralisée d'un statut laïque en Turquie et dans les Républiques musulmanes

⁷⁵Loi 26 janvier 1965, Bulletin officiel 3 février 1965, p.703.

⁷⁶Art.18 du nouveau Code de procédure civile (*Dahir [le dahir est la forme en laquelle s'exerce traditionnellement au Maroc le pouvoir législatif du monarque: autrefois le Sultan, aujourd'hui le Roi]* du 28 septembre 1974, Bulletin officiel 30 septembre 1974, p.1305).

⁷⁷Les chrétiens de nationalité marocaine étant historiquement très peu nombreux, ils n'ont jamais obtenu un statut autonome.

de l'Union Soviétique. Plus ambiguë et subtile dans ses modalités rhétoriques, est la transition juridique dans la Tunisie de Bourguiba: le législateur y arrive à forger un statut familial formellement égalitaire sans renier ouvertement la dimension normative de la Révélation, mais, au contraire, en la réinterprétant ou, parfois, en essayant de l'ignorer. Voilà comment cet expériment de conciliation entre les deux sources fondamentales de la légitimité, l'Islam et la Modernité, est revendiqué dans un document officiel:

"Rien d'étonnant à ce que nous soyons parvenus à mettre sur pied un code moderne qui rencontre l'agrément des savants puisque nous avons puisé dans les sources pures et sans cesse renouvelées de la religion musulmane. On répond à ceux qui s'imaginent que les dispositions du Code relatives au mariage sont une violation de la *shari'u* et s'inspirent du droit européen: rien n'est plus faux. Pour faire un code moderne, il suffit de faire retour aux vraies sources de l'Islam et du droit musulman."⁷⁸

Le Code du statut personnel promulgué le 13 août 1956 s'impose comme un chef-d'oeuvre du réformisme, capable d'individuer avec justesse le passage étroit entre le passé et le futur, mais aussi de concilier deux dimensions potentiellement conflictuelle de l'identité collective: celle religieuse et celle nationale.

Sur la base de cette synthèse, l'unification judiciaire peut s'accomplir à son tour: le décret du 3 août 1956 intervient d'abord à supprimer les tribunaux charaïques; ensuite, la loi du 27 septembre 1957 abolit la juridiction rabbinique et élargit l'application du Code à tous les tunisiens. De la part de la minorité israélite, aucune opposition ouverte ne surgit à la confluence dans le nouveau statut, national et 'authentiquement' islamique. Un puissant effort interprétatif (*ijtihad*) semble donc avoir réalisé le 'miracle' d'une universalisation pacifique de la *shari'a*.

En réalité, une telle conclusion doit être fortement relativisée: en premier lieu, il faut remarquer que la population tunisienne non-musulmane avait été énormément réduite par la massive émigration juive vers l'état d'Israël nouvellement constitué, et que cela a indiscutablement facilité l'unification judiciaire et normative⁷⁹. On ne peut éviter d'observer,

⁷⁸La justice dix ans après, publication du Ministère de la Justice, Tunis, 1966; cité par Khaltoum Meziou, *Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille*, in Bastenier et al., 1992, p.250.

⁷⁹Dans la même période, une diminution drastique de la population juive s'observe aussi au Maroc: sa consistance globale descend de 300.000 personnes environ en 1950, à 20.000 environ en 1977. Cela n'entraîne pourtant pas, comme on a déjà illustré, la suppression de l'autonomie normative de cette minorité.

en outre, qu'en passant des proclamations législatives aux applications jurisprudentielles l'utopie moderniste s'est sensiblement rétrécie. En exploitant à niveau interprétatif les nombreux silences et les ambiguïtés des textes de loi - qui avaient été gardés par leurs auteurs pour éviter de choquer l'opinion conservatrice et pour permettre une évolution graduelle - les juges et les fonctionnaires d'état civil réintroduisent dans la pratique les empêchements matrimoniaux et successoraux qui caractérisent de façon plus inégalitaire et sectaire le statut personnel musulman⁸⁰. Le statut personnel reste unique et égal pour tous les tunisiens, mais les discriminations réapparaissent au quotidien, dans la substance de ses normes.

En Algérie, l'unification normative n'est sanctionnée ouvertement qu'en 1984, lorsque le gouvernement du parti unique s'accorde finalement - après vingt ans d'oscillations - sur un Code de la famille⁸¹, dont le conservatisme profond est à peine voilé par quelques hypocrisies formelles⁸². Ce texte - qui représentera une tentative extrême et vaine d'endiguer la montée du consensus islamiste - illustre clairement, dans ses Dispositions finales, la tension déchirante qui existe entre les deux principes constituants et légitimants fondamentaux de l'état algérien: la Nation tout-puissante et la religion omniprésente:

"Art.221: Sous réserve des dispositions du Code civil, la présente loi s'applique à tous les citoyens algériens et autres résidents en Algérie.

Art.222: En l'absence d'une disposition dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la *chari'a*."

Pour conclure cette revue rapide des modalités diverses de l'unification normative dans le monde arabe et musulman, il faut mentionner le cas de ces pays (Lybie, Yemen du Sud, Somalie) où - "per la contingente corrispondenza tra la comunità islamica e l'insieme dei cittadini dello Stato"⁸³ - le problème n'est pas ouvertement posé et trouve une solution tacite dans le sens de l'unification complète.

⁸⁰Pour une analyse, fortement critique, de cette tendance interprétative, cf.: Ali Mezghani, 1975.

⁸¹Loi n°84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille, Journal officiel 12 juin 1984, p.612.

⁸²Dans la version officielle française, par exemple, le mot "répudiation" n'est pas employé, bien que la nature essentiellement unilatérale des procédures de dissolution du mariage soit largement confirmée.

⁸³Aluffi Beck-Peccoz, 1980, p.64.

2.2. *Un lourd héritage. La permanence du personnalisme dans les droit international privé des Etats arabes indépendants.*

2.2.1. L'évolution multiforme décrite au paragraphe précédent montre une tendance des états post-coloniaux à réduire le pluralisme juridique, en atténuant le personnalisme qui avait réglé dans le passé les relations entre autorités et individus. Au niveau interne, cette tendance se traduit - comme on l'a vu - par l'édification progressive d'un droit territorial unitaire, qu'on estime un instrument nécessaire de contrôle social, pour la réalisation de l'"intérêt national" ou pour la promotion du "progrès humain", selon les registres réthoriques préférés par le gouvernement en place.

La même tendance (vers la réduction du pluralisme effectif à travers une atténuation du personnalisme) se constate dans un domaine d'élaboration politico-juridique qui est, pour plusieurs aspects, contigu et complémentaire à celui du traitement des minorités internes: la réglementation de la condition des étrangers dans le domaine du droit privé.

L'extra-territorialité totale du régime des Capitulations et l'"apartheid juridique" de l'époque coloniale représentent les lourds antécédents avec lesquels doivent se mesurer les états arabes et musulmans indépendants alors qu'ils se disposent à dicter une nouvelle discipline de la matière. On suivra cette évolution sur le terrain circonscrit, mais révélateur, du droit international privé de la famille. Avant d'entreprendre cette exploration, cependant, une prémisse de caractère méthodologique s'impose.

2.2.2. Dans le monde arabe des indépendances nationales, le droit international privé ne se présente pas comme un 'objet inconnu': la tradition conflictualiste locale - qui était forte et ancienne, bien que développé à l'échelle des rapports entre communautés religieuses et entre *madhahib*⁸⁴ plutôt qu'à l'échelle internationale - et l'influence profonde de la pensée juridique latine, de celle française en particulier, rendent familière aux juristes la notion d'un méta-droit, ayant la fonction spécifique de délimiter les compétences d'un ordre normatif.

⁸⁴Les *madhahib* (au singulier *madhab*) étaient les écoles classiques d'interprétation du *fiqh*; leur individualité originaires et leur autonomie réciproque se sont atténuées dans l'époque contemporaine, avec la diffusion d'une certaine tendance à l'éclectisme.

Pourtant, malgré une certaine familiarité théorique, au niveau de la pratique le droit international privé est resté - jusqu'aujourd'hui - une branche peu vitale et mal connue du système juridique des pays arabes. Les termes utilisés par Abderrazak Moulay Rchid pour décrire la situation marocaine pourraient être facilement adaptés à d'autres contextes nationaux⁸⁵:

"La jurisprudence est peu publiée, irrégulière, mal sélectionnée, peu diffusée, peu exploitée. Le prétoire connaît essentiellement de litiges peu nombreux portant sur le statut personnel des étrangers et concentrés dans les grandes villes" ⁸⁶.

Par rapport à la masse réduite des controverses, c'est un secteur du droit qui inspire, en revanche, une production académique importante du point de vue quantitatif et, souvent, aussi qualitatif. Cette disproportion, d'ailleurs, n'est pas le seul aspect sociologiquement intéressant de ce champ d'études juridiques: un observateur externe remarquera facilement que les auteurs (en langues européennes) les plus représentatifs de cette doctrine spécialisée sont reconduisibles à deux catégories bien caractérisées: au Maghreb, des figures quasi-institutionnelles d'anciens professeurs français⁸⁷, au Proche-Orient, des juristes éclairés, qui

⁸⁵Tel, par exemple, le contexte égyptien. Dans une des parties peut-être les plus innovatrices d'une étude vaste et stimulant, Bernard Botiveau décrit ainsi la situation de la jurisprudence égyptienne en matière de statut: "Des arrêts sont publiés dans les recueils de jurisprudence des juridictions de statut personnel et dans des recueils privés, parfois après plusieurs années. De plus, sur de nombreux cas, il n'existe pas jusqu'à présent de jurisprudence stable sanctionnée par la cour de cassation. Plusieurs arrêts importants sont dus aux cours d'appel, mais il arrive qu'ils se contredisent. L'utilisation des sources judiciaires sur ces législations du statut personnel [il s'agit, en particulier, des réformes égyptiennes de 1979 et de 1985] est donc prématurée." (Botiveau, 1993, p.218).

Botiveau trouve une voie d'issue originale et fertile de l'impasse méthodologique, en exploitant les chroniques judiciaires de la presse quotidienne (la seule objection à propos de ce choix étant qu'il ne s'interroge peut-être pas assez sur les critères de sélection des nouvelles de la part des journalistes, ce qui peut fausser la perception sociologique, en privilégiant les affaires plus spectaculaires et frappantes au détriment de la routine).

⁸⁶A. Moulay Rchid, *Le droit international privé du Maroc indépendant...*, in Bastenier et Al., 1992, p.149. Cf. aussi, pour une réflexion générale sur ces problèmes méthodologiques, qui est également une sollicitation passionnée à la réforme: J. Deprez, 1976.

⁸⁷Paul Decroux et surtout Jean Deprez sont des figures paradigmatiques d'experts européens strictement liés au développement d'un système juridique national - et d'une culture correspondante - dans un pays maghrébin (le Maroc); mais, à côté d'eux, on ne peut oublier le rôle, aujourd'hui prédominant, qui est joué par un nombre croissant de spécialistes autochtones, qui publient leurs travaux en langues européennes aussi bien qu'en arabe.

appartiennent souvent à l'une des minorités de la région et qui sont professionnellement actifs en Europe ou bien dans un milieu international^{**}.

Ces rares spécialistes - en jouissant d'une forte autorité relative dans un domaine d'études pratiquement assez circonscrit - tendent à acquérir un rôle presque démiurgique. Avec la force de conviction de leurs analyses systématiques ou comparatives, ils voilent la dimension quotidienne, confuse et rachitique, du droit étudié, en parvenant parfois à exercer une influence directe sur son évolution. Jean Deprez - sociologiquement le plus averti parmi ces juristes - reconnaît cette situation un peu surréelle, quand il écrit que son étude:

"...relève davantage de l'intuition, de la recherche du vraisemblable et du possible, que de la froide analyse critique de solutions établies" (Deprez, 1981a, p.132).

Un tel état de choses doit être tenu à l'esprit en lisant la tentative de reconstruction qui suit: mon analyse n'a pas atteint directement - sinon en très petite mesure - aux sources jurisprudentielles, mais elle s'est formée au contraire à l'intérieur de la confortable enceinte des études produites par les juristes spécialisés dont j'ai esquissé un profil. Il s'agira alors, plutôt que d'une analyse des transformations du droit international privé de la famille dans les états arabes post-coloniaux, d'une reconnaissance synthétique des interprétations qu'une doctrine quasi-monopoliste a fourni des ces transformations.

2.2.3. Pour en revenir finalement des sources de la connaissance juridique à ses contenus, on remarquera d'abord que l'obtention de l'indépendance n'entraîne aucun changement radical dans les systèmes de droit international privé des pays arabes. Soit dans les pays où l'efficacité des règles en vigueur à l'époque coloniale est prorogée "jusqu'à nouvel ordre" (comme est le cas de l'Algérie et du Maroc), soit dans ceux où une nouvelle législation est édictée (comme en Égypte et en Tunisie), le respect rigoureux de la loi nationale de l'étranger en matière de statut personnel - qui caractérisait les systèmes de conflits de lois préexistants - est maintenu. Une anomalie qui dérivait de la déférence obligée due par des Etats sans souveraineté effective aux résidents européens est ainsi

^{**}On rappellera ici Pierre Gannagé, un libanais actif en France, Sami Awad Aldeeb Abu-Sahlieh, spécialiste du droit égyptien qui conduit son activité de recherche en Suisse, et - appartenant à une génération précédente - le syrien Salah El Dine Taravi.

conservée - au moins initialement - par force d'inertie ou bien au nom d'une malentendue fidélité au personnalisme traditionnel.

Le choix de principe en faveur de la nationalité comme critère de rattachement que les nouveaux états effectuent - ou, pour mieux dire, confirment - au lendemain de l'indépendance, a des effets déséquilibrants dans le contexte de ces systèmes juridiques tout jeunes, à l'identité encore incertaine. L'ouverture aux lois étrangères, en effet, n'est pas contrebalancée par l'existence d'un filtre adéquat, qui garantisse la conformité de la norme importée aux principes fondamentaux du droit national. L'abandon compréhensible de la théorie de l'*ordre public colonial* - qui avait fonctionné comme un instrument de pédagogie répressive, adressé contre les aspects du droit musulman qui apparaissaient comme des marques de barbarie à la moralité occidentale⁴⁹ - n'a pas été accompagné par la fabrication d'un instrument au fonctionnement analogue, à mettre au service d'objectifs nouveaux: la notion d'un "ordre public islamique" était inconnue à la tradition et son élaboration demandera quelques années. Entre-temps, la réglementation de la condition des étrangers dans les nouveaux états de l'aire arabo-musulmane est confiée à un *personnalisme démuni*, qui n'a qu'une ressemblance extérieure avec le *personnalisme tempéré* des systèmes classiques de droit international privé des nations européennes, à l'intérieur desquels la clause d'ordre public était un complément irrénonçable du principe de nationalité.

La réception altérée du principe de nationalité sur les rivages méridionaux de la Méditerranée apparaît comme une solution naturelle, sinon nécessaire, à la culture juridique européenne contemporaine; pour celle-ci, en effet, la superposition de la *lex fori* à la *lex patriae* ne se justifiait qu'en présence d'un droit matériel digne de jouer un tel rôle d'architrave du système; et la légitimité pour une si grave fonction n'était reconnue qu'à un

⁴⁹L'ordre public colonial était également défini, à l'époque, *ordre public d'évolution ou d'assimilation*; au Maroc, en particulier, Paul Decroix avait cru pouvoir identifier un type nouveau et spécifique d'ordre public, qu'il avait baptisé "néo-marocain".

L'ordre public ainsi conçu laissait survivre le droit musulman dans les tribunaux de statut personnel qui jugeaient les controverses entre indigènes, mais effaçait totalement son existence au niveau du droit international privé; en se référant au cas du Maroc, Moulay Rehid décrit ainsi cette négation d'identité:

"Le système de droit international privé du Protectorat a été initialement pensé et développé par la suite, en totale rupture avec certaines spécificités de la société marocaine. Le rôle de l'Islam dans la définition de l'identité fut ainsi absent de la construction de l'édifice. L'Islam n'est jamais entré parmi les données du for. [...] On a raisonné comme si le Maroc n'était pas un Etat musulman. L'ordre juridique islamique était jugé comme inopposable aux étrangers." [*Le droit international privé du Maroc indépendant...*, in Bastenier et al., 1992, p.145.]

droit civil, unitaire et laïque⁹⁰. Aux systèmes de droit de la famille des pays arabo-musulmans - qui manquaient de ces qualités - la qualification même de *lex fori* était refusée. Deprez décrit ainsi cette situation, telle qu'elle se manifeste depuis son observatoire marocain:

"...le Maroc n'est pas un pays de droit civil. Comme dans bien d'autres Etats où l'on attache encore certaines conséquences de droit à l'appartenance confessionnelle et à la diversité des religions professées, on y constate l'absence d'un droit civil unique commun à tous les citoyens. Cette considération a eu, et a encore, son importance en droit international privé où fut longtemps affirmée l'absence d'un droit territorial, donc d'une *lex fori*, en matière de statut familial" (Deprez, 1975b, p.3).

2.2.4. L'ouverture aux lois nationales étrangères - déterminée par le choix fondamental de la nationalité comme critère de rattachement - est élargie dans la pratique par un concours de circonstances techniques touchants aux conditions d'application de la règle de rattachement. La première de ces circonstances est représentée par la vaste extension que la catégorie du statut personnel rejoint dans les systèmes juridiques des pays arabes; l'article 2 du décret du 12 juillet 1956 de la République Tunisienne en fournit une définition positive, qui peut être considérée exemplaire:

"Le statut personnel comprend les contestations relatives à l'état et à la capacité des personnes, au mariage, aux régimes matrimoniaux, aux droits et devoirs réciproques des époux, au divorce à la répudiation, à la séparation, à la filiation, à la reconnaissance et au désaveu de paternité, aux relations entre ascendants et descendants, à la légitimation, à l'adoption, à la tutelle, à la curatelle, à l'interdiction, à l'émancipation, aux donations, aux successions, aux testaments et autres dispositions à cause de mort, à l'absence et à la présomption de décès."

Tous les événements de la vie familiale - y comprises les controverses de nature économique entre époux ou bien entre héritiers potentiels - sont ainsi soumis à la loi personnelle de l'étranger, identifiée avec la *lex patriae*.

⁹⁰Le fait qu'une bonne partie des droits de la famille européens aient conservé - jusqu'à il y a très peu longtemps - un lourd fond d'inspiration chrétienne n'était pas tenu en compte par ces théorisations, dont le but était de tracer des lignes de distinction et non d'individuer des ressemblances entre le champ européen et celui arabo-musulman.

En vertu de l'autorité absolue qui est normalement reconnue à la règle de conflit, en outre, ni les parties, ni le juge peuvent renverser cette conclusion nécessaire; la soumission à la loi nationale n'est en somme pas conçue comme une opportunité accordée aux étrangers, mais au contraire comme une détermination impérative de l'état.

Les autres artifices imaginés par la doctrine conflictualiste occidentale - qui parviennent au résultat d'écarter la loi étrangère en intervenant sur les présupposés logiques de l'application de la règle de conflit - sont généralement rejetés par les systèmes de d.i.p. des pays arabes au début de leur développement. Je me réfère naturellement à la *qualification lege fori* de l'espèce exhibant des éléments d'extranéité par rapport à l'ordre juridique national⁹¹, et au *renvoi à la loi du for* éventuellement contenu dans le d.i.p. du pays étranger dont la loi est désignée compétente par la règle de conflit.

L'exclusion du renvoi - prévue explicitement dans la législation de quelques états⁹² - dérive ailleurs d'un choix jurisprudentiel, justifié habituellement avec des arguments semblables à ceux adoptés par Jean-Maurice Verdier à propos de la situation tunisienne:

"[La] prédominance du statut personnel, qui demeure la plus grande originalité de la théorie des conflits de lois en Afrique du Nord et au Levant [...], conduit à considérer la règle de conflit fondamentale, qui soumet le statut personnel de l'étranger à sa loi nationale, comme exclusive de toute admission du renvoi que celle-ci peut faire à la loi tunisienne" (Verdier, 1962, p.954).

2.2.5. Dans un cas particulier, l'anomale sujétion aux lois étrangères semble même s'aggraver après l'indépendance: c'est le cas du Maroc, où - pendant l'époque coloniale - la présence très nombreuse d'étrangers, le partage de la domination entre deux puissances 'protectrices', et l'existence d'une zone internationale économiquement importante (Tangers) avaient conduit à l'abdication totale de toute position de centralité - sinon de suprématie - au sein de l'ordre juridique, de la part de la loi du for.

⁹¹L'article 9 du code civil algérien (ordonnance n°75-58 du 26 septembre 1975, Journal officiel du 30 septembre 1975, p.818 et ss.) constitue une exception; il dispose, en effet, que:
"En cas de conflit de lois, la loi algérienne est compétente pour qualifier la catégorie à laquelle appartient le rapport de droit, objet du litige, en vue de déterminer la loi applicable."
Cf. Peyrard, 1977, p.385.

⁹²Art.26 du code civil égyptien, art.31 c.c. irakien, art.29 c.c. syrien.

Ce régime déséquilibré - "d'un internationalisme conciliant tous les nationalismes" (Moulay Rchid, 1992, p.145) - se perpétue après 1956, car le texte de loi qui le fonde (le "*dahir* sur la condition civile des étrangers" du 12 août 1913, conventionnellement identifié par le sigle D.C.C.) est maintenu en vigueur, et son autorité - auparavant limitée à la zone française - est étendue à l'ensemble du Royaume par la loi d'unification du 26 janvier 1965.

Le personnalisme radical qui est à la base de ce mini-code du droit international privé se trouve ultérieurement renforcé en 1957, lorsque le *dahir* créant la Cour suprême lui attribue aussi la fonction de contrôler l'application des lois étrangères de statut personnel⁹³. En 1974, le nouveau Code de procédure civile abolira le pourvoi "pour violation de la loi étrangère"; cependant - selon un auteur influent tel Paul Decroux - quelque forme de contrôle subsiste, du moment que:

"...le juge devant d'office appliquer la loi étrangère dans le cas où le D.C.C. le prescrit, notamment en matière d'état et de capacité... La Cour Suprême a toujours l'obligation de rechercher si le juge a bien appliqué la règle marocaine de conflit de lois, c'est-à-dire, si le juge a bien appliqué la loi étrangère compétente ou s'il n'en a pas dénaturé le contenu..." (Decroux, 1981, p.160)⁹⁴.

La particularité du d.i.p. marocain en matière de statut personnel résulte confirmée quand on descend du niveau des principes généraux à celui des solutions concrètes: on le constate très clairement dans l'exemple suivant, qu'il est intéressant d'illustrer brièvement, bien qu'il s'agisse peut-être d'un cas extrême. La plupart des systèmes de conflits des pays arabes qui accueillent en voie de principe le critère de la nationalité fixent cependant une limite à son opérativité concrète: dans le cas d'un ménage mixte du point de vue de la nationalité, les effets du mariage sont soumis à la 'loi du mariage', généralement identifiée avec la loi nationale du mari. Au Maroc, au contraire, le dogme du respect intégral des statuts étrangers conduit à une application cumulative des deux lois en présence. Cette solution formaliste, en réalité, finit par trahir ses mêmes présupposés (comme il est souvent le cas, quand on essaye de cumuler les effets de deux systèmes de règles - dont les contenus normatifs peuvent être inconciliables - en espérant ainsi de satisfaire tous les deux); Moulay Rchid expose avec clarté l'inconséquence de la solution:

⁹³Art.13, *dahir* du 27 septembre 1957.

⁹⁴Jean Deprez (1981b, 1er cahier, pp.15-16) semble, au contraire exprimer une position douteuse à l'égard de la persistance d'un pouvoir de contrôle de la part de la Cour de cassation.

"Lorsque les époux sont de nationalités différentes, l'application des lois nationales, parfois contradictoires, aboutit à l'impasse. C'est le cas notamment si l'une des lois assure la pleine égalité des époux, là où l'autre est d'essence patriarcale. On est réduit à appliquer cumulativement les deux lois nationales. Ce qui revient à faire prévaloir la loi la plus restrictive" (Moulay Rchid, 1992, p.152).

2.3. La défense du national. Le processus d'attribution d'un rôle croissant à la 'lex fori'.

2.3.1. La décolonisation politique fut anticipée, en Afrique du Nord et au Proche Orient, par un vaste mouvement de 'décolonisation démographique': au cours des années quarante et cinquante, en effet, le nombre des occidentaux qui résidaient de façon permanente dans la région baissa drastiquement:

"Le nombre de résidents étrangers en Egypte tomba de 250.000 en 1937 à 143.000 en 1960; en Lybie de 100.000 à la moitié de ce chiffre; en Tunisie, de 200.000 à moins de 100.000; au Maroc de 350.000 à 100.000; en Algérie de près d'un million à moins de 100.000" (Hourani, 1993, p.493).

A la suite de cet exode, l'influence des minorités européennes sur les sociétés arabes se réduit en mesure considérable, et cette transformation affaiblit bientôt de façon décisive les résistances politiques qui - unies à l'inertie de la tradition - empêchaient un vrai renouvellement dans le domaine des conflits internationaux de lois. Au cours des années soixante donc, une évolution s'amorce, qui restitue aux droits nationaux des états arabes indépendants une position de prééminence dans les rapports avec les droits étrangers.

Parmi les ressorts qui activent ce processus, le désir de 'normaliser' la condition des étrangers (par rapport aux modèles occidentaux qui constituent désormais des standards universels de normalité) joue sans doute un rôle important; voilà comment cet aspect est décrit par un observateur contemporain - dont le discours combine acrobatiquement une sincère satisfaction progressiste pour l'évolution analysé et des intentions apologétiques évidentes à l'égard du passé colonial:

"L'établissement ou le rétablissement de l'égalité entre les personnes est en effet un autre aspect essentiel de la décolonisation sur le plan juridique. Le système colonial

était en ce domaine caractérisé en effet par la situation privilégiée faite au 'métropolitain', sur les deux plans, d'ailleurs à cet égard très liés, de la condition des étrangers et des conflits de lois. Or, comme en matière de conflits de juridictions et de nationalité, la normalisation des rapports entre personnes privées est à la fois un rejet de ce qui affirmait l'inégalité et un développement des germes d'égalisation introduits par la colonisation" (Verdier, 1962, p.928).

2.3.2. Mais - à côté de la compréhensible volonté de réaction contre les privilèges supportés dans un passé qui vient de s'achever - une autre motivation importante anime les transformations récentes du d.i.p. dans le monde arabe: il s'agit du besoin de retrouver une *identité juridique* forte, qui sache s'imposer à l'extérieur et puisse contribuer à la reconstruction d'une *identité collective* plus vaste, qui avait été mise en pièces par la servitude coloniale d'abord, et ensuite par l'effondrement des symboles qui avaient guidé le 'nouveau début' post-colonial (on songe surtout à la défaite arabe dans la 'guerre des six jours' [1967] et à la mort de Nasser [1970]).

Ramdane Babadji a évincé très bien - à propos de l'Algérie (mais l'intérêt de son analyse me semble bien dépasser les confins de cette référence immédiate) que son droit positif s'est développé "selon une logique d'assemblage et non selon une logique pyramidale" (Babadji, 1990, p.4). Cela veut dire que le droit algérien actuel - ainsi que celui de la plupart des états arabes et musulmans - a une nature composite, qui résulte d'une série de corrections d'inspiration nationaliste ou socialiste, qui ont altéré une structure fondamentale d'empreinte coloniale, laquelle repose à son tour sur une couche profonde d'idées et d'attitudes traditionnelles. Un tel syncrétisme constitutif rend l'édifice structurellement instable, et susceptible de plusieurs développements alternatifs. C'est justement la recherche d'une identité juridique forte - dont on vient de parler - qui a adressé l'évolution des derniers vingt ans vers une *accentuation croissante de l'importance de la révélation islamique et de son exégèse successive comme sources de droit*.

Cette tendance à la réislamisation s'observe très clairement dans le domaine du droit international privé, qui est même une des premières branches du droit où elle se manifeste: déjà en 1967, par exemple, M.Ahmed Bahnini, premier président de la Cour suprême du Maroc - au cours d'une allocution qui a été définie "une sorte de charte de la décolonisation

du droit international privé marocain" (Deprez, 1981a, p.129) et qui a exercé une influence profonde par la suite - lançait cet appel passionné:

"Les étrangers éprouvent un véritable complexe à l'égard de la législation marocaine d'origine religieuse et désirent conserver la situation privilégiée qui leur est faite et qu'on ne trouve que dans ce pays musulman hospitalier. Le Maroc ayant acquis son indépendance, codifié ses lois de statut personnel et unifié ses tribunaux, toutes les justifications qui ont été invoquées pour expliquer l'anomalie des règles de conflits de lois adoptées pour le Maroc et destinées à écarter l'application du droit musulman, même en cas de nécessité, aux litiges entre étrangers relatifs à la famille et à la capacité, tombent d'elles-mêmes."⁹⁵

2.3.3. Les moyens techniques à travers lesquels les systèmes de conflits de lois des pays arabes se libèrent des excès du personnalisme sont divers: certains puisent directement à l'outillage classique - bien connu par les internationalistes européens, d'autres représentent des solutions juridiques originelles et aujourd'hui considérées typiques de cette famille de droits. Parmi les premiers se classe *l'admission jurisprudentielle du renvoi à la loi du for*⁹⁶, ainsi que la pratique de *qualifier l'espèce selon la même loi*⁹⁷; dans le deuxième groupe, en

⁹⁵Des larges extraits de l'allocution - prononcée à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire 1967-1968 - se trouvent dans la *Chronique de jurisprudence marocaine* rédigée par Paul Dextroux, Clunet, 1971, p.192.

⁹⁶L'exclusion du renvoi est maintenue dans la législation de plusieurs états arabes (art.27 Code civil égyptien, art.29 Code civil syrien); en Tunisie, au contraire, la jurisprudence semble avoir vaincu l'aversion traditionnelle pour cette solution technique: cf. Cour d'appel de Tunis, 20 décembre 1974, in *Revue Tunisienne de Droit*, 1977, p.17 partie arabe, note M.Hachem; et v. aussi la *Chronique de jurisprudence tunisienne* par Mohamed Charfi, in Clunet, 1979, p.657. Cependant les circonstances concrètes de cette affaire projettent quelques doutes sur les réelles motivations de la décision: il s'agissait en effet de la succession d'un canadien résidant en Tunisie, qui serait revenue à un neveu utérin du *de cuius* selon la loi du Québec, et qui, au contraire, tombait entièrement dans les caisses du Trésor tunisien en application de la loi tunisienne, laquelle ne reconnaît de droits successoraux qu'aux neveux consanguins.

⁹⁷La question de la qualification - apparemment de nature et d'intérêt strictement techniques - a joué au contraire un rôle politique important dans la définition d'une situation fort délicate: celle des rapports entre certains Etats arabes et les institutions catholiques et orthodoxes - ainsi que les communautés grecques, espagnoles et italiennes - établies sur leur territoire. Aussi longtemps que la Grèce, l'Espagne et l'Italie étaient des Etats rigidement confessionnels - qui exigeaient le respect du rite religieux pour la validité du mariage de leurs ressortissants et qui attribuaient aux tribunaux de droit canonique la compétence exclusive en matière de séparation de corps et de nullité de telles unions - la qualification de ces règles comme *conditions de fond ou de forme* conduisait respectivement un Etat étranger à les respecter ou bien à les ignorer. Tandis qu'au début de leur existence, les organes judiciaires des Etats arabes post-coloniaux - qui étaient généralement des Etats confessionnels eux-mêmes - refusaient de reconnaître les mariages civils (et donc les mariages interconfessionnels) de ces catégories d'étrangers et se déclaraient incompétents pour connaître de cas de dissolution d'unions *more canonico*, dans un deuxième temps, ils renversèrent cette attitude, en faisant ainsi prévaloir un nationalisme non pas laïque, mais rigoureusement mono-

revanche, on va situer l'élaboration d'une notion - complexe et originale - d'*ordre public international*, et la définition (de la part du législateur ou de la jurisprudence, selon les situations nationales) de deux cas d'application territoriale de la loi du for: les *privileges de nationalité et de religion*. C'est sur cette deuxième classe de remèdes aux excès du personnalisme qu'on va arrêter l'attention.

L'ordre public reflète l'«essentiel» d'un ordre juridique: ceux - parmi ses éléments constitutifs - que ses opérateurs professionnels estiment indérogables, non seulement au niveau des énonciations normatives générales et abstraites, mais aussi sur le plan des décisions concrètes. L'étude du fonctionnement de ce 'filtre de compatibilité' me paraît un moyen irremplaçable pour saisir l'*identité d'un système normatif*, c'est-à-dire la représentation que lui-même - à travers ses acteurs - produit de sa spécificité, de ce qui le distingue de ses semblables.

Depuis qu'en Europe le processus de sécularisation des droits nationaux de la famille s'est formellement achevé, la notion d'ordre public en ce même domaine s'est consolidée et homogénéisée sensiblement: au-delà des variations contingentes - qui dépendent des caractéristiques de chaque affaire aussi bien que de l'idéologie et de la sensibilité de chaque juge - on n'enregistre pas de fractures dramatiques (inter-nationales ou infra-nationales) entre courants différents d'interprétation du contenu de l'ordre public en matière familiale. Dans le monde arabo-musulman, au contraire, le rapport du droit positif des relations familiales aux sources révélées continue à être une occasion de débats passionnés et de conflits aigus. Le statut personnel - et en particulier la position que ce secteur de la législation réserve aux femmes - est aujourd'hui un critère de distinction, sinon de juxtaposition, entre les pays arabes, ainsi qu'un facteur de division politique à leur intérieur. En Algérie comme en Egypte, en effet, le droit et l'idéologie de la famille fournissent un terrain idéal à la propagande populiste radicale, qui identifie dans le style de vie des élites urbaines - cultivées et bilingues - une menace pour le salut de la Nation.

Ces profondes fractures culturelles et politiques sont réfléchies - comme dans un miroir - dans les usages variés et souvent conflictuels que les magistrats et les juristes font de l'instrument de l'ordre public, dont le concept est encore en voie de définition. Avec une

confessionnel. Cf., sur l'argument: P. Dextroux, 1971, p.184, à propos de la décision du 5 juillet 1967 de la Cour suprême marocaine; et Y. Linant de Bellefonds, 1960, qui traite de la même question en milieu égyptien.

intention exclusivement heuristique - et sans la prétention d'éclairer les divisions doctrinales ou pratiques telles qu'elles sont perçues sur le terrain - on propose de distinguer ici *trois courants culturels* dans l'utilisation de la clause de contrariété à l'ordre public; ces trois courants correspondent - bien que non de façon exacte et rigide - à des contextes nationaux différents, et ils privilègient respectivement une version *islamique, laïque* ou bien *inter-confessionnelle* de l'ordre public.

2.3.4. La question empirique de l'extension et du contenu de l'"ordre public islamique" doit être affrontée séparément, selon que les parties étrangères en cause soient perçues et qualifiées de 'musulmanes' par le juge, ou bien autrement. En d'autres termes - comme on verra mieux dans la suite - la position d'un étranger face à l'ordre public d'un pays musulman change profondément suivant son appartenance religieuse, appréciée par le juge sur la base d'une logique abstraite d'appartenance. On renvoie au prochain paragraphe l'étude de la condition particulière des étrangers musulmans, pour nous borner ici à quelques brèves remarques à propos de l'impact de l'ordre public islamique sur le statut personnel des non-musulmans.

A part les empêchements matrimoniaux et successoraux de nature religieuse⁹⁸ - qui s'imposent aux 'infidèles' par leur finalité spécifique - l'emprise de l'ordre public islamique sur les étrangers non-musulmans est très faible, bien que quelques effets s'enregistrent en matière testamentaire⁹⁹, de paternité¹⁰⁰, et de garde des enfants¹⁰¹. De toute façon,

⁹⁸Mohamed Charfi (1987, pp.441-451) nous montre clairement comment les règles "de droit interne" qui interdisent le mariage entre une musulmane et un non-musulman ainsi que toute succession *ab intestat* entre un *de cuius* musulman et des héritiers non-musulmans (ou bien l'inverse) - dont il conteste d'ailleurs la correcte dérivation de la lettre du Coran - soient appliquées aux rapports internationaux par le biais de l'ordre public, et deviennent "pour ainsi dire" des règles matérielles de droit international privé dans les pays musulmans.

⁹⁹Le legs effectué par un étranger au profit d'une concubine est normalement considéré comme nul (v., par exemple, l'arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour suprême du Maroc en date du 14 septembre 1977; cf. Decroux, 1981, p.164).

¹⁰⁰Au Maroc, par exemple, diverses décisions n'admettent que des effets limités (alimentaires mais pas d'état civil) à la filiation naturelle (v., par ex., Cour suprême, 8 mars 1960, in *Revue marocaine de droit*, 1961, p.31) quand l'enfant est de nationalité marocaine; quand, au contraire, l'enfant est de nationalité étrangère (plus précisément, dans le cas d'espèce, il s'agissait d'un apatride non-musulman), la jurisprudence semble orientée à considérer une reconnaissance de paternité comme valable (Cour d'appel de Casablanca, 16 décembre 1980, in *Revue marocaine de droit*, n°1, p.49). Cf. Deprez, 1989, p.306.

¹⁰¹La tradition juridique islamique exige absolument que l'enfant soit élevé dans le respect de la religion du père musulman; cela n'empêche pas que la garde - en cas de dissolution du mariage - soit confiée à la mère; au contraire, celle-ci est même la solution normale; mais la mère perd tout droit en ce sens lorsqu'elle:

lorsqu'on considère globalement les *standards* de traitement des lois étrangères à l'intérieur de procès qui opposent des étrangers non-musulmans entre eux, il faut admettre, avec Jean Deprez, que:

"Contrairement à ce qui a été parfois affirmé [*l'allusion polémique, comme il est spécifiée dans une note, est adressée au manuel de droit international privé écrit par Paul Decroux, publié en 1963*] il n'est nullement avéré que la théorie de l'ordre public soit en Islam plus qu'ailleurs guettée par le danger d'intolérance. [...] On manifestera donc une relative indifférence à l'application sur le territoire de l'Islam des statuts étrangers traduisant pourtant des conceptions familiales radicalement opposées aux siennes" (Deprez, 1989, p.305).

Deprez ne s'en tient pas exclusivement à une explication de cet usage discret de l'ordre public fondée sur la tradition; il essaye, au contraire, d'esquisser aussi une interprétation sociologique qui - dans sa simplicité - a une forte saveur de plausibilité:

"La sociologie explique tout autant la non application, souvent inaperçue, de l'ordre public que ses interventions les plus remarquées. [...] En Islam, où les étrangers ont toujours vécu en totale coupure avec la société locale, dans des sortes de ghettos dorés, on peut douter que l'application de la loi étrangère puisse réellement constituer pour l'opinion publique un scandale justifiant le recours à l'ordre public"¹⁰².

"...fixe sa résidence dans une autre ville et qu'il devient difficile de ce fait, au père ou au tuteur de surveiller les conditions de vie de l'enfant et d'assumer ses obligations envers lui..."

ou bien lorsqu'elle a une religion différente de celle du père, et il y a le risque qu'elle profite:

"...de l'exercice de ce droit pour élever l'enfant dans une religion autre que celle du père."

Sur la base de règles de tel genre - qui peuvent être formulées par le législateur (comme dans le cas de la *Mudawwana* marocaine, d'où sont tirées les citations), ou bien déduites par les juges à partir de la notion d'ordre public islamique' - l'*exequatur* de décisions étrangères confiant la garde à la mère étrangère et non-musulmane est systématiquement refusé. Les exemples pourraient être très nombreux: on se bornera ici à fournir quelques références relatives à la 'laïque' Tunisie: Tribunal de première instance de Grombalia, 7 mars 1977, in *Revue tunisienne de droit*, 1978, I, p.95, note K.Meziou; Cour cass., arrêt n°2000 du 15 mai 1979, in *Revue juridique et législative* (en arabe), décembre 1980, p.79; Cour cass., arrêt n°7422, 13 juin 1982, in *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, (en arabe), t.III, p.143.

¹⁰²J.Deprez, 1989, p.306. La notion de "scandale" - utilisée en forme intuitive par Deprez - pourrait être développée et - j'en suis convaincu - fournir une catégorie d'analyse fertile pour l'étude des relations interculturelles dans les sociétés contemporaines.

2.3.5. En contraste ouvert avec les interprétations islamiques de l'ordre public (dans son sens technique restreint, mais aussi dans le sens ample d'"ordre de la société"¹⁰³), en Tunisie on assiste à l'élaboration d'un *ordre public laïque*¹⁰⁴ visant à défendre les réformes modernistes entreprises à partir de 1956, dans un environnement interne et international de plus en plus hostile. La décision - très souvent citée - qui symbolise cette tendance, est celle rendue par le Tribunal de première instance de Tunis en date du 19 avril 1977¹⁰⁵. S'agissant d'une action en divorce intentée par un mari marocain contre sa femme tunisienne, le tribunal soulève d'office la question de l'applicabilité de la loi nationale du mari (art.4. al.2, décret 12 juillet 1956), mais conclut dans le sens de l'inapplicabilité du droit marocain dans le cas d'espèce, en argumentant ainsi:

"Attendu que la loi marocaine qui doit être appliquée est en conflit fondamental avec le droit tunisien, puisqu'elle permet le divorce sans recours aux tribunaux et refuse à la partie lésée par le divorce abusif une indemnité compensatrice. Il faut donc écarter le droit marocain pour sa contrariété aux principes fondamentaux et surtout à la politique législative, qui imposent le recours aux tribunaux pour obtenir le divorce et accordent à la victime la possibilité de réclamer des dommages et intérêts."

L'extension réelle du courant jurisprudentiel qui prône un usage sécularisant de l'ordre public est difficile à saisir; il est cependant documenté (on le verra ci-dessous) que - en Tunisie même - il ne revêt pas une position hégémonique.

2.3.6. Sur cette frontière ouverte du monde arabe qu'a longtemps été le Liban, une troisième version de l'ordre public - qu'on pourrait qualifier d'*inter-confessionnelle* - s'est affirmée depuis l'indépendance; elle se distingue des versions *islamique* et *laïque* qu'on a

¹⁰³A l'imposition territoriale de quelques paramètres minimaux dans l'organisation familiale, s'est accompagnée dans les années récentes - en plusieurs pays musulmans - un durcissement des mesures de sauvegarde de l'"islamicité" de l'espace public (obstacles à la construction de lieux de cultes non-musulmans, restrictions accrues à la vente et à la consommation d'alcool, etc.). Cf. P. Decroix, 1978, p.671.

¹⁰⁴Dans la terminologie introduite par Phocion Franceskakis dans son cours à l'Académie de La Haye sur le droit international privé de l'Afrique noire indépendante (Recueil, 1964, t.II, p.311 et ss) on pourrait parler d'un "ordre public de développement".

¹⁰⁵Revue tunisienne de droit, 1977, I, p.91, note Ali Mezghani; et Clunet 1979, *Chronique de jurisprudence tunisienne* par Mohamed Charfi, p.652. Voir aussi, plus récemment, Cour Cass., 16 juin 1987, 17 297, in R.J.L. 1987, p.223.

décrit, dans ses contenus techniques aussi bien que dans ses fonctions socio-juridiques. Dans un régime de *pluralisme juridique non-hiérarchique* comme celui libanais, l'ordre public n'a pas - et ne peut pas avoir - la fonction de préserver l'unité et l'identité du système, ni celle de sauvegarder ou promouvoir la centralité du droit dominant (comme il peut en revanche bien être le cas, dans le cadre d'un *pluralisme hiérarchique*¹⁰⁶, tel celui marocain ou égyptien); comme l'observe un spécialiste indiscuté tel Pierre Gannagé, en effet:

"...le juge libanais pourrait [...] rejeter toute décision étrangère rendue en violation des principes essentiels du droit libanais. Mais cette intervention de l'ordre public est purement théorique dans les matières du droit de la famille. En effet, la gamme des statuts familiaux applicables au Liban, dans la vie interne, est suffisamment riche et variée pour que le juge libanais ne puisse être effarouché par les dispositions d'un droit étranger. L'effarouchement qui a déjà peu de chances de se produire dans le domaine des conflits internationaux de lois, tendra à disparaître sur le terrain des effets des jugements étrangers où l'ordre public ne joue que sous sa forme atténuée" (Gannagé, 1983, p.506).

2.4. Les limites de la tolérance: personnalisation de l'ordre public, "privilège de religion" et "privilège de nationalité".

2.4.1. L'ouverture des systèmes juridiques arabes envers les statuts personnels étrangers - encore remarquable malgré les renforcements récents de la position de préminence de la *lex fori* - rencontre néanmoins deux graves limites d'ordre général: la doctrine spécialisée les appelle "privilège de religion" et "privilège de nationalité". La substance des institutions juridiques ainsi nommées consiste dans la pratique - plus ou moins systématisée - de substituer la loi du for à la loi désignée par la règle de conflit, chaque fois qu'un étranger musulman (*privilège de religion*), ou bien un ressortissant du pays-même où se déroule le procès (*privilège de nationalité*), sont parties en cause.

¹⁰⁶Cette ébauche de classification des systèmes juridiques d'après leur structure est tirée de: P.Gannagé, 1979, pp.349-354.

Les sources de ces privilèges¹⁰⁷ sont diverses. On va d'abord examiner les cas où le privilège surgit de l'oeuvre de la jurisprudence, qui exploite à cette fin la notion d'ordre public. En effet, quand une des parties est ressortissante de l'état auquel l'organe chargé de juger appartient, ou bien quand une, ou plusieurs, parmi les parties sont considérées 'musulmanes' par la cour, l'ordre public a tendance à acquérir une puissance nouvelle: face à telles classes particulières d'usagers de la justice, l'instrument délicat qu'on a décrit dans le paragraphe précédent devient - par une métamorphose subite - une arme tranchante. Il se vérifie, bref, que l'intensité de l'ordre public varie, non pas en fonction de la situation sociale et personnelle des parties ou des caractéristiques de l'affaire (comme dans le cas des doctrines européennes de l'*Inlandsbeziehung* ou de l'*effet atténué de l'ordre public*), mais en vertu de l'identité (nationale ou religieuse) des parties mêmes. Gannagé a saisi très bien l'essence de ce phénomène en traitant le cas spécifique du privilège de religion:

"...il s'agit là [...] d'un ordre public personnel, en quelque sorte universel, qui s'impose aux membres d'une même confession, quelle que soit leur nationalité, et non d'un ordre public territorial, destiné à préserver l'homogénéité juridique d'un territoire donné" (Gannagé, 1983, p.508).

A travers cette 'personnalisation de l'ordre public', la loi du for arrive à s'imposer selectivement, *sur la base de la nationalité des parties*, ou bien *de leur religion*.

La première situation - celle d'un privilège de nationalité de création jurisprudentielle - s'observe, par exemple, en Tunisie. En 1963 - dans son arrêt *Zacco* - la Cour d'appel de Tunis applique la loi italienne à la demande en divorce de deux époux italiens¹⁰⁸; mais la décision - tout-à fait normale dans son contenu dispositif - est rendue intéressante (et très controversée) par un *obiter dictum*:

"Si l'une des parties au procès était tunisienne, ce sont les dispositions du statut personnel tunisien qui sont d'ordre public qui deviendraient applicables avant les autres. Il est clair que la règle de la primauté de l'ordre public ne peut être invoquée qu'en cas de conflit entre une loi tunisienne et une loi étrangère."¹⁰⁹

¹⁰⁷Mais l'expression - avec sa signification courante de "situation - ou traitement - de particulière faveur" - est inappropriée. En effet, ces privilèges opèrent automatiquement, de façon totalement indépendante de l'intérêt concret du sujet 'privilegié'.

¹⁰⁸En leur opposant d'ailleurs un refus, car la loi italienne n'admettait pas le divorce à l'époque.

¹⁰⁹Cass.civ., 2 avril 1964, in *Clunet* 1968, p.122, obs.M.Charfi.

Le juge du fond le plus influent de la Tunisie annonce ici son intention d'abandonner un usage bien ancré, selon lequel les litiges éclatant à l'intérieur de couples mixtes où l'un des conjoints est tunisien et l'autre étranger étaient réglés par la loi nationale du mari. La nouvelle orientation - bientôt confirmée par la même Cour en d'autres occasions¹¹⁰ - conduit à une déformation étonnante d'un pilier de la conception conflictualiste européenne: en perdant complètement sa fonction de contrôle sur le contenu de la norme étrangère, l'ordre public:

"...devient un critère de rattachement, [puisque] il intervient *a priori* avant le fonctionnement de la règle de conflit pour empêcher toute éventualité d'application de la loi étrangère, si un Tunisien est partie au litige" (Meziou, 1992, p.287).

Meziou définit "erronée" cette utilisation de l'ordre public: cela est sans doute vrai à la lumière des paramètres offerts par la dogmatique classique européenne exportée en époque coloniale, et il est compréhensible que l'illustre auteur essaye de faire peser l'orthodoxie contre ce qu'elle répute être une involution. Néanmoins - dans le cadre d'une considération critique des mécanismes d'évolution de la pensée juridique - il est intéressant de noter cette réutilisation 'créative' de catégories établies, pour légitimer - en la déguisant un peu - une véritable petite révolution.

2.4.2. Une dialectique semblable à celle tunisienne - entre une doctrine 'orthodoxe' et égalitaire, et une jurisprudence 'créatrice' et portée à la discrimination entre les statuts - anime la scène marocaine. C'est en 1969 (le 23 décembre) que la Cour d'appel de Rabat - en reniant son attitude traditionnelle, qui portait à appliquer la loi nationale du demandeur aux divorces de couples mixtes (sauf une application distributive des lois en présence, en cas de demande reconventionnelle) - établit que:

"Attendu que la Dame Z. [française] avait intenté une action en divorce contre son époux A. [marocain], auquel - en tant que défendeur dans cette affaire - il n'est possible d'appliquer que sa loi naturelle, c'est à dire le code de statut personnel des Marocains musulmans..."

La décision est ensuite confirmée par la Cour de cassation (le 7 février 1972), malgré Paul Decroux eût préalablement décrété - avec tout le poids de son autorité - que:

¹¹⁰ Arrêt n°26861, 27 janvier 1967; arrêt n°59942, 27 juillet 1967; les deux sont cités par Mohamed Charfi, 1987, p.424.

"Aucune disposition légale actuellement en vigueur ne donne pourtant cette position privilégiée au droit musulman en cas d'union mixte. Cette prééminence ne peut résulter d'une décision judiciaire" (Decroux, 1971, p.163)¹¹¹.

Même au Liban - où, comme on a vu plus haut, il est très rare que la teneur de la loi étrangère heurte l'identité plurielle du système - l'ordre public intervient parfois pour ramener le ressortissant sous l'empire de sa loi religieuse locale (soit-elle l'une ou l'autre de celles officiellement admises), en faisant obstacle à la reconnaissance d'une sentence étrangère émise sur la base d'une loi différente¹¹².

2.4.3. A travers un usage de l'ordre public analogue et complémentaire à celui qu'on vient de décrire; les juges de plusieurs pays arabes instaurent un 'privilège de religion' qui opère de façon systématique, en l'absence de toute provision législative.

L'extension concrète de l'ordre public islamique à l'égard des étrangers musulmans, et donc l'ampleur du 'privilège', font l'objet d'âpres controverses. A un extrême, il faut signaler l'effort de la doctrine libérale, décrit ainsi par Pierre Gannagé:

"Cet effort vise à analyser les prescriptions de la loi musulmane pour distinguer parmi elles celles qui sont essentielles et doivent être appliquées aux étrangers musulmans en toute circonstance, de celles qui moins impératives ne s'imposent pas dans les relations internationales. Une pareille analyse a conduit les auteurs à considérer comme fondamentales principalement les règles qui édictent des empêchements fondés sur la disparité de religion en matière de mariage et de succession. Au contraire les dispositions relatives à la polygamie et à la répudiation, celles qui réglementent la vocation successorale, édictent le privilège de masculinité, fixent les parts successorales, ont été considérées par certains auteurs comme moins importantes et donc non susceptibles d'écarter la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for, même lorsque les parties sont de confession musulmane" (Gannagé, 1979, pp.393-394).

¹¹¹Dans sa *Chronique* suivante au *Clunet* (1978, p.674), Decroux commente résigné l'arrêt confirmatoire de la Cour suprême.

¹¹²V. le jugement du 30 novembre 1932 du Tribunal mixte de Beyrouth, analysé par Gannagé (1983, p.507); cf. également Cour d'appel de Beyrouth, 20 juillet 1972, in *Clunet*, 1979, p.410.

Les positions doctrinales auxquelles Gannagé fait écho exploitent pour des finalités réformatrices la division classique des actes humains en cinq catégories (*al-ahkam ak khamsa*) sur la base de leur rapport avec la *shari'a*: actes obligatoires, recommandés, indifférents, déconseillés et interdits. Selon ces théories, les normes charaïques qui permettent des actes déconseillés (comme la polygamie et, surtout, la répudiation) peuvent être écartées de façon permanente par une réforme du droit interne¹¹³, ou bien de façon occasionnelle au profit de la loi étrangère désignée compétente par la règle de conflit.

Mais, au moment actuel, la plupart des magistrats arabes rejettent la légitimité d'une telle opération de 'dépeçage' de la *shari'a*; dans la pratique alors, la sphère de ce qui est 'essentiel' - et donc indérogeable - dans le droit d'un pays musulman s'élargit au-delà des limites suggérés par les auteurs que Gannagé rappelle. Outre le 'noyau dur' du droit musulman - représenté par les interdits absolus en matière matrimoniale et successorale - les normes islamiques permettant la polygamie et la répudiation sont parfois appliquées aux Croyants étrangers¹¹⁴, en leur offrant ainsi - s'ils sont de sexe masculin - des opportunités de frauder leur droit national vraiment 'privilegiées'.

En Egypte l'extension de l'ordre public envers les étrangers musulmans est si grande, qu'elle conduit à une territorialisation à-peu-près complète de leur condition de droit privé, et donc - dans les paroles de Roberta Aluffi Beck-Peccoz - à une "virtuale vanificazione del sistema conflittuale basato sul criterio della cittadinanza" (Aluffi Beck-Peccoz, 1993, p.101)¹¹⁵.

¹¹³C'est avec des arguments basés sur la distinction entre les différentes catégories d'actes que, par exemple, la Cour suprême d'Israël a exclu que l'interdiction de la polygamie établie par la loi de cet état viole le principe de liberté religieuse; cf. Aluffi Beck-Peccoz, 1990, pp.50-51.

¹¹⁴V. les références fournies par M.Charfi, 1987, p.418-419. V. aussi les sentences égyptiennes citées par Linant de Bellefonds, 1960, pp.840-844. Pour la Tunisie, cf. Trib. de première instance Tunis, 7 juin 1977, in *Revue Tunisienne de Droit*, 1978, II (partie arabe), p.60, note Hachem, et in *Revue Tunisienne de Droit*, 1980, p.455, note K.Meziou et A.Mezghani, cit. par M.Charfi, 1987, p.427.

¹¹⁵On trouve les traces d'un privilège de religion même dans la jurisprudence d'un pays dont le droit se veut laïcisé, comme la Tunisie. Le tribunal de première instance de Tunis (7 juin 1977, in *RTD*, 1980, note Khaloum Meziou et Ali Mezghani, pp.455-472) applique le droit tunisien à l'action de divorce intentée par une femme tunisienne contre le mari, ressortissant italien converti à l'islam, bien que le droit italien doive en principe s'appliquer en tant que loi nationale du mari à l'époque du mariage (art.4, al.2, décret 12 juillet 1956). Le tribunal fonde sa décision sur une intervention subjective de l'ordre public en fonction d'éviction de la loi italienne de la dissolution du mariage: "Attendu qu'appliquer le droit italien à un époux qui a choisi de s'en écarter, a pour conséquence de lui imposer des règles fondamentalement différentes de celles de la religion qu'il a adopté et dont il a accepté les règles, d'autant plus que l'exigence d'une séparation de corps de cinq ans au moins préalablement au divorce, contenue dans le droit italien, rend l'application du droit italien en conflit avec l'ordre public tunisien et en opposition radicale avec la politique législative". La décision est durement critiquée par les commentateurs qui écrivent: "La décision donne l'impression que le

2.4.4. Pour compléter notre panoramique des métamorphoses territorialistes sur base personnelle (ce n'est pas un jeu de mots!) dans le droit international privé des pays musulmans, il nous faut maintenant examiner les privilèges de création législative. Dans un nombre significatif de cas, en effet, les gouvernements ont choisi de formaliser les privilèges en des règles impératives de caractère général et abstrait, pour les soustraire ainsi aux oscillations de la jurisprudence.

Parmi les premiers exemples de cette tendance, l'article 14 du Code civil égyptien de 1948 revêt une importance particulière; il dispose ainsi:

"Pour les matières mentionnées aux deux articles précédents [*il s'agit de la formation du mariage quant au fond, de ses effets et de sa dissolution*], si l'un des époux est égyptien au moment de la célébration du mariage, seule la loi égyptienne est compétente sauf en ce qui concerne la capacité de se marier."

Comme il est arrivé souvent au cours de l'histoire - et pas seulement dans le domaine juridique - cette solution innovative rayonne à partir de l'Égypte dans l'entier Proche-Orient et même au-delà: elle se retrouve avec des formulations à-peu-près identiques dans les codes civils des pays suivants: Syrie (art.15), Soudan (art.11, al.7), Algérie (art.13), Jordanie (art.29), Emirats Arabes Unis (art.14); l'article 19, alinéa 5, du Code civil irakien élargit même la sphère d'application du privilège aux matières de la filiation et des rapports entre parents et enfants.

Dans la plupart de ces pays, la diffusion du privilège de nationalité en cette forme rigide accompagne, sur le plan juridique, l'affirmation d'un nationalisme politique qui se veut en accord avec la religion dominante, mais qui ne fonde pas explicitement sa légitimité sur elle. La différente nature du rapport du pouvoir royal marocain avec les sources religieuses de la légitimité politique, en revanche, explique pourquoi - au lendemain de l'indépendance - le souverain édicte une règle procédurale qui implique sur le plan substantiel la naissance d'un privilège de religion (alors que le privilège de nationalité ne sera forgé que plus tard

système de séparation étanche entre lois et communautés différentes, du système antérieur, a survécu. [...] Si tel était le cas, force serait de constater que le tribunal fait revivre le système antérieur à l'indépendance et viole la lettre et l'esprit de la législation nationale et notamment de la constitution qui ne fait aucune distinction entre les nationaux selon leur appartenance religieuse. [...] Toute la cohérence de l'ordre juridique du for se trouve rompue par l'introduction du facteur religieux. Les incertitudes de méthode expriment bien la nature hybride du système de droit de la famille en Tunisie, ballotté entre la tendance législative laïcisante et la résistance de certains magistrats".

par la jurisprudence); le texte en question¹¹⁶ - en définissant les limites de la juridiction des *cadi* - établit que celle-ci s'étend à toutes "les contestations relatives au statut personnel et successoral des étrangers musulmans établis dans le Royaume". Malgré les opinions fortement contraires d'une part de la doctrine francophone¹¹⁷, le privilège survit de nos jours, même après que l'organisation judiciaire en fonction de laquelle il avait été formulé a disparu¹¹⁸; selon Jean Deprez, de toute façon, la pratique jurisprudentielle qui soumet les étrangers musulmans à la *Mudawwana* est:

"Aujourd'hui dépourvue de toute base textuelle, la solution repose sur la force de la tradition islamique" (Deprez, 1981b, 2ème cahier, p.2).

2.4.5. Même dans la remarquable variété de manifestations positives qu'on vient d'illustrer, les privilèges de nationalité et de religion caractérisent de façon profonde et unitaire les systèmes de droit international privé - mais on pourrait peut-être dire les systèmes de droit tout court - des pays arabo-musulmans. De l'existence des privilèges dérive, il me semble, une double spécificité, sur le plan théorique aussi bien qu'au niveau du fonctionnement concret des institutions juridiques. Mais, pour illustrer efficacement ces particularités, il faut d'abord éclaircir les rapports fonctionnels entre les deux privilèges.

La doctrine libérale francophone - qui est une des sources privilégiée de notre connaissance du d.i.p. des pays arabes¹¹⁹ - souligne l'intensité des liens entre les deux règles discriminatoires, dont les finalités seraient substantiellement coïncidentes; voilà comment cette interprétation est argumentée par Khaltoum Meziou, à propos du cas tunisien:

"Il s'agit en réalité de deux faces d'une même et unique chose. Le ressort profond du privilège de nationalité est religieux: la loi ignorant la religion comme critère de rattachement, le privilège de religion se manifeste dans les relations mixtes sous la forme d'un privilège de nationalité, ne pouvant parfois emprunter ce chemin, le privilège de nationalité s'affirme alors pour ce qu'il est" (Meziou, 1992, p.281).

¹¹⁶Article 5 du *Dahir* du 4 avril 1956, modifié par le *dahir* du 24 avril 1959 (mais quelques commentaires indiquent comme date le 24 mars, et je ne dispose malheureusement pas du texte officiel).

¹¹⁷P. Decroux, 1978, p.677.

¹¹⁸Suppression des juridictions religieuses en 1965 et institution des tribunaux de première instance - juges de droit commun en toutes les matières - en 1974.

¹¹⁹Cf. les considérations méthodologiques faites au début du paragraphe 2, dans ce même chapitre.

Autrement dit, selon ce courant d'opinion fortement critique, l'objectif de tout privilège serait d'appliquer - aussi largement que possible - la loi islamique, dans la version positive localement en vigueur. Quand - parmi les parties du procès - est présent au moins un ressortissant du for, le privilège de nationalité peut constituer un instrument suffisant à réaliser l'objectif¹²⁰; quand, au contraire, les parties sont toutes étrangères, l'utilisation directe de la religion comme critère de rattachement devient une solution obligée.

Il est peut-être excessif de nier ainsi toute autonomie fonctionnelle au privilège de nationalité, en le réduisant - comme le fait Meziou¹²¹ - à un 'déguisement' du privilège de religion; il me semble, en effet, qu'il existe des situations où le privilège de nationalité a des finalités propres et exclusives: c'est par exemple la volonté de soumettre un couple mixte où l'un des conjoints est ressortissant non-musulman d'un pays musulman (par exemple une femme égyptienne appartenant à la minorité copte) à la loi de ce même pays; et il ne s'agit pas exclusivement d'un cas d'école.

Il est indéniable, cependant, que le privilège de religion a une position centrale dans les systèmes de règles de conflits que nous considérons; cela est vrai dans une perspective purement interne, mais il l'est surtout dans une perspective comparative: en effet, alors que des formes plus ou moins explicites de privilège de nationalité ne sont pas inconnues à la tradition européenne¹²² - le privilège de religion est un élément d'originalité absolue des droits internationaux privés contemporains des pays musulmans vis-à-vis de leurs homologues européens, qui mérite de retenir notre attention.

2.4.6. L'institution du privilège de religion est la preuve de la survivance - dans l'univers politique arabo-musulman - d'une conception personnelle de la souveraineté, fondée sur l'appartenance religieuse. Cette survivance conceptuelle s'alimente de la

¹²⁰En réalité, dans les cas de litiges conjugaux à l'intérieur de couples mixtes (où l'un des conjoints est étranger), le recours au privilège de nationalité est superflu si c'est le mari qui a la nationalité du for; dans la plupart des pays arabes, en effet, la loi nationale du mari est désignée comme loi applicable en matière de mariage. Le privilège ne sert donc, enfin, qu'à reconduire la femme du pays qui a marié un étranger sous l'empire de la loi nationale, par dérogation à la règle générale de conflit.

¹²¹Mais cf. aussi M. Charfi, 1987, p.415.

¹²²Pour ce qui concerne la France, par exemple, cela est particulièrement vrai en matière matrimoniale. A partir de l'arrêt *Ferrari* (Cour cass., 6 juillet 1922, in *Revue critique*, 1922-1923, p.444.), et jusqu'à l'arrêt *Rivière* (Cour cass., 17 avril 1953, in *Revue critique*, 1953, p.412), une nette tendance discriminatoire a dominé la jurisprudence française; elle refait surface à niveau législatif avec la loi du 11 juillet 1975, qui modifie l'article 310 du Code civil. Cf. 4.4. (en particulier 4.4.9. et 4.4.10) et 5.3..

confusion - aussi terminologique - entre le niveau étatique-national et celui religieux (potentiellement universel) de l'expérience politique: cela est très évident dans l'ambiguïté qui entoure le terme "*umma*" dans la pensée d'Allal Al Fasi, leader nationaliste marocain dont l'oeuvre nous intéresse particulièrement ici, pour l'attention qu'on y retrouve envers la dimension politique du droit international privé¹²³. Voilà comment la position d'Al Fasi est résumé par le philosophe marocain Ali Oumlil:

"Pour lui 'le vocable nation (*umma*) est plus vaste que l'Etat'. La nation n'est pas une communauté de citoyens liés par un lien moral et utilitaire à l'intérieur d'un territoire national aux frontières reconnues; *l'umma* est plus large que les frontières d'un Etat: 'L'*umma* islamique constitue une seule nation dont les frontières sont celles de *dar-al-islam* [...], elle constitue une unité politique sans considération des frontières géographiques'" (Oumlil, 1992, p.77)¹²⁴.

De ces quelques lignes émerge un modèle 'à deux étages' des relations internationales, où chaque état se considère en même temps le représentant légitime d'une 'petite nation' à fond territorial, et d'une 'grande nation' à fond religieux. Le privilège de religion démontre que cette conception n'est pas purement théorique, mais qu'elle a, au contraire, des conséquences pratiques importantes:

"On procède comme si l'Islam était encore aujourd'hui un véritable système supranational gouvernant juridiquement tous les musulmans dans le monde" (Deprez, 1989, p.313).

2.4.7. S'il est sans doute utile souligner que l'existence même du privilège est un signe important de continuité culturelle dans le monde arabo-musulman, il ne faut pas glisser dans le piège d'expliquer l'existence du privilège par cette même continuité. On tomberait sinon dans un cercle vicieux, où le seul principe explicatif restant serait la 'naturelle' persistance de la spécificité culturelle islamique. Pour rompre ce circuit stérile - et se libérer ainsi du vice occidental de 'naturaliser' la différence culturelle pour mieux la dominer - il faut essayer de fournir des explications contingentes, politiques, de l'insertion d'un privilège de religion dans le droit des pays où la culture majoritaire est musulmane. Il

¹²³Cf. Deprez, 1975a.

¹²⁴Les citations contenues dans le texte de Oumlil sont tirées de: Allal Al Fasi, *Maqasid al-sharia al islamiya wa makarimuhu*; la traduction est celle fournie par Oumlil même.

me semble que telles explications varient en fonction des différents usages pratiques qui peuvent être faits du privilège.

Dans la mesure où le privilège de religion est utilisé pour soumettre à la loi du for des étrangers originaires d'un autre pays musulman, la règle discriminatoire peut bien s'expliquer comme un instrument de la compétition souterraine qui oppose les états musulmans contemporains dans leurs rapports avec les sources religieuses¹²⁵. En appliquant au ressortissant d'un pays qui se veut lui-même islamique sa propre version positive de la norme révélée, un ordre juridique islamique affirme la *plus grande authenticité de son approche à l'islam*. L'enjeu d'une telle compétition est haut: il s'agit pour qui détient le pouvoir d'un patrimoine précieux de légitimité, investissable sur la scène interne aussi bien qu'internationale¹²⁶.

L'application du privilège de religion présuppose logiquement la solution positive de la question préalable concernant l'appartenance islamique des parties au procès. Les juges modernes affrontent généralement cette question sur la base de *deux présomptions absolues*, l'une basée sur l'origine géographique des parties, l'autre sur leur origine familiale: est donc considéré musulman, en premier lieu, tout individu né dans un pays où la majorité des habitants est musulmane, s'il ou elle n'appartient pas - de façon évidente et incontestée - à une des minorités reconnues par le droit islamique; est considéré musulman, en outre, tout individu né de père musulman. Cette identification 'autoritaire' du musulman - qui n'admet pas une différente qualification de soi de la part des sujets intéressés - a pour effet, par exemple, d'exclure catégoriquement l'existence juridique d'un *arabe athée*, aussi bien que d'un descendant, si lointain qu'il ou elle puisse être, d'un musulman qui ne soit pas musulman lui ou elle-même.

¹²⁵Dans l'islam classique, le rapport des pouvoirs investis de la fonction judiciaire avec les sources religieuses du droit était plus ouvert et moins exclusif qu'aujourd'hui: dans chaque articulation politique locale du califat on accordait la préférence à une école (*madhhab*) d'interprétation de la *shari'a*, mais les conflits éventuels avec les autres écoles étaient affrontés à travers des règles de conflit bilatérale: c'était normalement la loi du défendeur qui s'appliquait, mais un espace remarquable était laissé à l'autonomie des parties.

¹²⁶Il est significatif, de ce point de vue, que le privilège de religion ne bénéficie qu'aux étrangers de confession islamique, alors même que l'ordre juridique du for a une structure pluriconfessionnelle. Ainsi, par exemple, la Cour suprême du Royaume du Maroc statuait, en 1962, que: "Saisie d'une action en divorce introduite au Maroc par deux époux mariés au Maroc *jure mosaïco* mais ayant acquis depuis leur mariage la nationalité vénézuélienne, une Cour d'appel fait à bon droit application à ces époux des dispositions du code civil vénézuélien" (sommaire de Cour suprême, 16 janvier 1962, in Ministère de la justice, 1968, p.293).

Cette dernière hypothèse nous indique une deuxième finalité politique possible du privilège de nationalité. Celui-ci peut fonctionner comme un *critère de rattachement impérissable* pour soumettre les 'générations issues de l'immigration' établies dans un pays non-musulman au statut personnel de la terre de leurs ancêtres¹²⁷.

La *ratio* du privilège, enfin, sera encore différente lorsque le 'bénéficiaire' est un étranger converti, provenant d'un pays non-musulman. En ce genre de cas - qui se manifestent avec une certaine fréquence, surtout au Maghreb - l'application du statut personnel local représente le 'prix de la conversion': gage de sérieux et signe d'acceptation officielle et sociale en même temps¹²⁸.

2.4.8. C'est justement dans ce dernier ordre de cas que l'application du privilège fait surgir les problèmes pratiques les plus sérieux et donne lieu aux critiques de nature technique les plus difficiles à réfuter. Le caractère automatique de l'application du statut personnel musulman en cas de conversion, en effet, ouvre la voie, d'un côté, à des comportements frauduleux et met en péril, d'autre part, la certitude juridique, en refusant tout effet aux situations juridiques instaurées antérieurement, si celles-ci contredisent un empêchement ou une interdiction charaïques¹²⁹.

Contre telles menaces, les systèmes juridiques des pays musulmans refusent d'utiliser les moyens défensifs auxquels on a normalement recours en Europe en des cas semblables, notamment l'exception de fraude à la loi. En Egypte, par exemple:

¹²⁷Ce qui est - comme on le verra mieux par la suite (6.2) - un objectif important pour plusieurs pays d'émigration, pour des raisons symboliques aussi bien que matérielles. En réalité, cependant, l'existence d'un principe d'allégeance perpétuelle dans le droit de la nationalité de la plupart des pays arabo-musulmans arrive presque à exclure la nécessité de recourir au privilège de nationalité pour rejoindre l'objectif en question.

¹²⁸Mais l'application de la *lex fori* au converti étranger en vertu du privilège de religion n'est pas toujours le signe d'une imposition ou l'occasion d'une fraude, en quelques cas, le privilège de religion est le reflet justifié de l'intégration de l'étranger converti et établi dans un pays musulman dans le nouveau contexte social et juridique; dans ce genre de cas, il peut arriver que même l'ordre juridique d'origine du converti reconnaisse le bien fondé de la règle, par ailleurs si critiquée: cf., pour un exemple intéressant en cette direction: OLG Düsseldorf, 12 août 1992, in IPRax 1993, p.331; voir aussi le commentaire signé par Hubert Kotzur (1993).

¹²⁹Paul Decroux - dans sa revue de jurisprudence au Clunet (1978, p.683) - en critiquant fortement la Cour suprême qui applique le droit musulman des successions à un français converti (5 juillet 1974), dresse une liste des espèces où la conversion peut porter préjudice à des droits acquis ou à des attentes légitimes:

- si l'un des époux non-musulmans se convertit à l'Islam, le mariage devient nul;
- si l'incapable se convertit à l'Islam, la tutelle est sans valeur;
- si le testateur se convertit à l'Islam, le testament ne peut produire aucun effet;
- si le défunt s'était antérieurement converti à l'Islam, ses héritiers [non-musulmans] sont déshérités."

"...la jurisprudence [...] approuvée par une doctrine dominante, a refusé de sanctionner les manoeuvres frauduleuses des parties dans les diverses espèces dont elle a été saisie. Constatant que l'utilisation du mécanisme de la fraude était fondé sur l'exploration de la conscience des convertis, elle a estimé que cette exploration mettait en cause leur foi intime et se trouvait interdite en Islam" (Gannagé, 1983, p.504).

Linant de Bellefonds signale cependant que:

"...dans la réalité, la situation a un caractère beaucoup moins tragique, car la conversion à l'Islam n'est prise en considération par les tribunaux que si elle est constatée par un acte authentique appelé *ichhad*, que l'autorité judiciaire délivre ou refuse d'une manière absolument discrétionnaire. Il y a là un moyen très efficace de déjouer le calcul de ceux qui embrassent l'Islam uniquement dans le dessin d'échapper aux règles de leur loi nationale, telles que l'indissolubilité du mariage, la pension alimentaire à durée indéfinie, etc.." (Linant de Bellefonds, 1960, p.844).

Comme il arrive souvent, le regard d'un comparatiste de valeur est ici capable de déceler les contrepoids qui existent dans le système étranger - quoique non immédiatement évidents - et qui rééquilibrent un cadre qui apparaissait irrémédiablement déséquilibré à l'observateur superficiel (par rapport à sa propre notion d'équilibre, d'ailleurs). Un supplément d'attention corrige, ainsi, la première impression, et relativise les différences.

Chapitre troisième.

LA NATIONALISATION DES FAMILLES

L'instauration d'un nouveau paradigme dans les relations de droit privé entre les Etats européens, au XIXe siècle

3.1. L'élaboration d'un droit national de la famille et les origines du critère de nationalité en France.

3.1.1. L'établissement de la date de naissance du droit de la famille 'moderne' est un objet de controverses parmi les historiens du droit. Au cœur de la dispute gît l'évaluation difficile de l'impact effectif de la Révolution sur les relations entre les sexes et entre les générations au sein de la société française.

L'historiographie libérale traditionnelle - dans le cadre d'une vision générale fortement idéalisée, qui concevait 1789 comme un nouveau début dans l'histoire politique et juridique de l'humanité - subdivisait la période révolutionnaire en deux phases, nettement opposées du point de vue de l'idéologie et de la pratique juridique en matière familiale:

"De 1789 à 1804 deux grands courants d'idées opposées ont passé successivement sur le droit civil français. De 1789 à 1795, c'est l'égalité et la liberté; de 1795 à 1804, c'est de plus en plus l'autorité. Il y a donc deux périodes à distinguer dans l'histoire du droit civil comme dans l'histoire même de la Révolution française: une période de progrès et une période de réaction. Le droit civil français suit alors des fluctuations politiques, car il n'est que la manifestation dans la sphère des intérêts privés des grands principes du nouvel ordre social." (Sagnac, 1979, p.55).

Une telle interprétation, de saveur spiritualiste, qui attribue à la passion collective de l'égalité une puissance réformatrice autonome, a été mise en crise par la vague de recherches sur la dimension sociale de la Révolution que le Bicentenaire a récemment soulevé. A la lumière de nouveaux matériaux et d'une sensibilité ravivée pour la dimension

de genre dans l'histoire, les historiens et les historiennes d'aujourd'hui tendent plutôt à mettre en évidence les lignes de continuité entre l'attitude normative envers la famille tenue par les pouvoirs de l'Ancien Régime d'abord, et par ceux de l'époque révolutionnaire (en toutes ses phases) et de l'Empire ensuite. Michèle Bordeaux énonce l'essentiel de cette interprétation novatrice avec extrême clarté:

"Je plaide donc pour une cohérence du droit, de l'Ancien Régime au Code civil, où le droit - dit intermédiaire - édifie petit à petit un Code civil unitaire indiquant aux femmes leur place selon le vœu de la Nature, leur soumission à la puissance maritale dans des rapports mari-femme 'justes', justes de justice distributive selon le droit naturel. Les femmes ne sont pas exclues de l'universalisme juridique, elles sont au contraire parfaitement intégrées dans le nouveau projet social libéral, en tant que sujets-propriétaires incapables d'exercice dès le mariage." (Bordeaux, 1989, p.429).

Mais de tels propos sainement démystificateurs envers la Révolution comme palingénésie de la société semblent parfois dépasser la mesure dans le sens contraire, et négliger les changements irréversibles que - "au niveau des réalités, mais plus encore au niveau des proclamations et de ce qu'Ernest Labrousse appelait les anticipations" (M.Vovelle, 1990, pp.21-22) - la Révolution a provoqué dans les rapports entre l'état et les familles.

3.1.2. Dans ce domaine, en effet, l'époque révolutionnaire voit s'accomplir deux profondes ruptures avec le passé, qui ne naissent cependant pas d'une soudaine conversion philosophique de masse, mais qui enfoncent au contraire leurs racines dans les transformations intervenues au cours du siècle qui s'achève et qui visent, en même temps, des objectifs politiques actuels et précis: sur le terrain de la réglementation des relations familiales - comme sur bien d'autres - les pouvoirs révolutionnaires utilisent le droit pour ébranler les équilibres traditionnels.

C'est par exemple avec deux lois promulguées le même jour, le 20 septembre 1792, qu'une Assemblée Nationale à la veille de sa dissolution assène un coup sans précédent à l'autorité de l'église catholique en matière familiale: la fonction de conserver les registres de l'état civil est transférée des paroisses aux municipalités. En même temps, l'Etat - tout en assumant le pouvoir de déclarer une union légitime - ouvre aux citoyens la faculté de la dissoudre, à travers une réglementation très libérale du divorce.

En accomplissant l'oeuvre centralisatrice poursuivie tout le long du XVIIIe siècle par la monarchie¹³⁰, et en traduisant en actes l'esprit des Lumières, le législateur révolutionnaire s'érige ainsi à maître des mariages, en subordonnant le sacrement à la loi naturelle.

Si la cible des réformes en matière d'état civil et de mariage est le pouvoir diffus du clergé, c'est en revanche le désir de contraster les concentrations de pouvoir représentées par les grands patrimoines fonciers - beaucoup plus qu'un souci abstrait d'égalité - qui inspire les réformes du droit successoral, à partir de la suppression du *droit d'ainesse* réalisée par la loi du 15 mars 1790¹³¹.

L'interventionnisme de l'état en matière familiale qui se reflète dans les mesures qu'on vient de décrire semble caractériser le droit 'moderne' de la famille, peut-être plus profondément même que certains aspects relatifs au contenu des normes, comme l'égalité formelle entre les conjoints, qui ne sera rejointe qu'un siècle et demi plus tard. Avec ces réformes, l'état découvre que, sous le couvert des droits de l'homme, le droit de la famille peut devenir un instrument efficace de lutte politique et de contrôle social; Jean Carbonnier le constate avec assurance:

"Il y avait, dans ce droit, un pouvoir qui pouvait être capté pour agir sur la société par-delà les familles. De fait, les experts de la Révolution surent l'utiliser pour en faire sortir un droit de combat, pour combattre par lui, sans réussir à les abattre, les deux forces contre-révolutionnaires du moment: l'aristocratie et l'Eglise."
(Carbonnier, 1990, p.302).

Même après la restauration pleine de l'autorité maritale et paternelle qui est sanctionnée par l'adoption du Code civil de 1804, le contrôle public des registres d'état civil, de même qu'une mesure substantielle d'égalité successorale entre les enfants légitimes, sont maintenus. C'est le signe que la Révolution a durablement modifié la carte des pouvoirs qui

¹³⁰"By the end of the eighteenth century, the French monarchy had assumed substantial control over legislation and litigation involving marriage and had fostered the development of doctrinal change to justify that control. Church and monarchy sometimes worked out face-saving compromises, but royal authority was in fact predominant." (Traer, 1980, p.32).

¹³¹La rupture du pouvoir des lignages a été un des aspects caractéristiques de l'intervention de l'Etat en matière familiale aussi en situation coloniale:
"Le lignage, en tant qu'ensemble des descendants par les hommes ou par les femmes d'un même ancêtre a été longtemps le squelette des sociétés africaines, l'armature qui permettait l'ordonnancement et la hiérarchisation des groupes sociaux et familiaux, puis vint le pouvoir colonial avec son modèle étatique centralisé dont l'application nécessitait la mise en pièces de la puissance que possédaient les lignages et donc des lignages eux-mêmes" (Quiquerez-Finkel, 1992, p.86).

concourent à façonner l'organisation familiale: l'emprise de l'église en ressort fortement réduite¹³² et la logique contraignante du lignage en résulte brisée; on assiste désormais à un 'jeu à trois', où la volonté régulatrice de l'Etat et le pouvoir du père s'affrontent à la frontière entre public et privé, derrière laquelle les voix des sujets de l'ordre familial bourgeois ne se laissent entendre que très faiblement.

L'état post-révolutionnaire se pose donc, face à la famille, en tant que seule autorité. Un *droit national unitaire* et un *réseau centralisé et burocratisé d'organes judiciaires* sont les instruments de ce nouveau pouvoir systématique du public sur le privé. Bien qu'un mouvement de systématisation des coutumes locales avait débuté en France au XVIIe siècle¹³³, ce n'est qu'avec le Code Napoléon qu'un modèle normatif unique et exhaustif (ou, du moins, qui se veut tel) pour toutes les familles de France émerge et s'impose.

3.1.3. Avant de procéder sur cette voie, il est intéressant de remarquer en passant que l'homogénéisation totale du droit dans l'espace national n'était pas inscrite de façon univoque et nécessaire dans le patrimoine idéologique des Lumières. Au contraire, dans la deuxième moitié du XVIIIe siècle on peut suivre les traces d'une polémique qui voit une frange significative de l'opinion éclairée - guidée par des hommes tels Turgot, Condorcet, Voltaire et Malesherbes - fortement engagée en faveur d'une partielle reconnaissance d'efficacité juridique aux coutumes normatives de certaines minorités religieuses¹³⁴. C'est sur la base d'arguments pragmatiques fondés sur l'utilité générale¹³⁵, et du devoir de

¹³²Bien que l'abolition du divorce en 1816 montre la persistance de son influence culturelle; il faudra attendre la troisième République pour pouvoir parler d'une laïcisation 'en profondeur' de la société française (le divorce sera réintroduit en 1884).

¹³³L'oeuvre des juristes - parmi lesquels le plus influent reste Jean Domat (1625-1696) - recevait un fort encouragement officiel sous le royaume de Louis XIV; au siècle suivant l'entreprise sera poursuivie essentiellement par Robert-Joseph Pothier (1699-1772). Pour un encadrement suggestif de l'oeuvre de Domat dans le climat culturel de l'époque, cf. Tarello, 1976, pp.161 et ss..

¹³⁴Malgré les efforts de 'purification' entrepris après la révocation de l'édit de Nantes (1685), la société française avait conservé une certaine variété religieuse. On estime (Traer, 1980, p.60) qu'environ un million de calvinistes étaient établis dans le Midi; d'autre part, les guerres de Louis XIV avaient mené à l'annexion d'une partie de l'Alsace, dont les habitants étaient luthériens germanophones et juifs; d'autres communautés juives d'une certaine taille se trouvaient en Provence et à Bordeaux.

¹³⁵"Nous savons que plusieurs chefs de famille, qui ont élevé de grandes fortunes dans les pays étrangers sont prêts à retourner dans leur patrie; ils ne demandent que la protection de la loi naturelle, la validité de leurs mariages, la certitude de l'état de leurs enfants, le droit d'hériter de leurs pères, la franchise de leurs personnes; point de temples publics, point de droit aux charges municipales, aux dignités..." (Voltaire, 1948, p.104).

tolérance comme principe de droit naturel¹³⁶, que, par exemple, quelques instances de sujets de confession juive, qui demandent en justice la reconnaissance officielle de divorces par répudiation prononcés selon la loi mosaïque, gagnent ouvert soutien dans les milieux intellectuels et judiciaires des grandes villes¹³⁷.

Malgré l'intérêt de la question du divorce juif, le débat qui se développe dans les mêmes années sur la question de la validité des mariages protestants a sans doute un retentissement plus grand et des conséquences plus profondes sur le plan politique et juridique.

Le problème naissait de l'usage qui s'était répandu parmi les calvinistes de France de se marier en forme privée et clandestine ("*au désert*" était la métaphore de saveur évangélique utilisée pour indiquer telle pratique) pour échapper à l'obligation d'adopter le rite catholique, qui leur était formellement imposé depuis 1685. La conséquence de cette forme de résistance passive à l'assimilation forcée était que des entraves graves à la succession surgissaient souvent - après la mort du chef de famille - pour ces individus que le droit officiel ne considérait que des concubines et des fils illégitimes.

Les protestations des *philosophes* contre un tel état de choses produisent des résultats concrets: à partir des années soixante-dix, les cours du royaume imaginent des remèdes indirectes pour protéger l'intégrité patrimoniale de ces familles 'irrégulières', et finalement - au mois de novembre 1787 - Louis XVI signe un édit qui reconnaît la validité de la cérémonie protestante, pourvu qu'elle soit précédée par la publication des bans et suivie par une déclaration rendue, en présence de quatre témoins, au curé local ou bien à un officier de justice (qui sera un fonctionnaire royal ou seigneurial selon les régions). Les raisons de l'importance de cette réforme ont été soulignées par James Traer:

"Despite its limitations, [...] it] was a worthy product of the Enlightenment's ideals of tolerance and utility. It also represented one major exception to the French monarchy's general inability to reform itself at the end of the eighteenth century. Its

¹³⁶Que Voltaire, comme bien d'autres, rattachait au précepte biblique "*Ne fais pas ce que tu ne voudrais pas qu'on te fit*".

¹³⁷James Traer (1980), pp.60-64) reconstruit en particulier deux affaires: celle du converti alsatien Joseph-Jean-François Elie Lévi, voulant se remarier avec une chrétienne, auquel le Parlement de Paris refuse, le 2 janvier 1758, la reconnaissance du divorce déjà prononcé sur la base du droit confessionnel; et le cas du marchand bordelais Samuel Péixotto, dont l'action en nullité du mariage est rejetée par le Parlement de Paris, qui renvoie cependant le cas devant l'organe compétent de la communauté séfardi de Bordeaux, pour qu'il établisse si, selon la loi mosaïque, Péixotto a le droit de divorcer.

significance for the later development of marriage and family law is substantial, for it is the first instance of a purely secular law [*dans la version qui prévoit l'intervention du fonctionnaire de l'état au lieu du curé*] governing the marriages of a large number of French citizens and, as such, it foreshadowed the introduction of civil marriage for all Frenchmen during the revolution" (Traer, 1980, p.70).

Mais la sensibilité pluraliste qui était présente chez les esprits réformateurs du XVIIIe siècle - et qui avait aussi, il ne faut pas l'oublier, un objectif politique concret dans la limitation des prérogatives de l'église - apparaît desséchée à la fin de la décennie révolutionnaire. Le Code civil de 1804 est en effet le symbole et le paradigme du monisme juridique qui dominera le siècle qui s'ouvre.

3.1.4. A la racine du processus d'unification du droit civil à l'échelle nationale, en France, on ne trouve pas un appareil justificatif composé de discours nationalistes¹³⁸; au contraire, l'oeuvre législative frénétique de ces années est entièrement fondée sur des arguments de portée théoriquement universelle. Le Code - depuis le premier projet Cambacérès (présenté à la Convention le 9 août 1793) jusqu'à la version finalement approuvée sous la supervision attentive du Premier Consul - n'est pas imaginé comme la règle d'un peuple, d'une communauté définie et fermée, mais plutôt comme un modèle d'organisation pour toutes les sociétés civilisées.

L'universalisation de la validité du nouveau droit, cependant, est conçue selon des modalités qui varient rapidement. Dans une première phase (qui dure jusqu'au Directoire), la simple adhésion aux valeurs de la révolution ouvre l'accès à la communauté nationale et implique la soumission à ses lois. Une telle conception, qu'on pourrait définir comme *universalisme contractualiste et inclusif*, se traduit concrètement dans un droit de la nationalité où:

"...l'élément déterminant n'est pas la filiation mais la naissance et surtout la résidence sur le territoire français, dans la mesure où celle-ci est l'expression en actes de la

¹³⁸Comme il est, au contraire, le cas dans les états allemands, avec la puissante diffusion de l'École historique du droit.

volonté de vivre selon les lois que s'est données la Nation française." (Lochak, 1985, p.60)¹³⁹.

Mais, au fur et à mesure que l'élan révolutionnaire, avec sa charge d'idéalisme, s'épuise, l'Etat rétablit son contrôle sur les canaux principaux d'accès à la communauté nationale: le temps de résidence nécessaire pour l'accès à la nationalité française, qui avait été fixé en un an par la Constituante, est porté à sept ans par la Constitution de l'an III, puis à dix ans par la Constitution de l'an X. En 1809, enfin, la naturalisation perd son caractère de droit subjectif et redevient - quelle que soit la durée de résidence - une prérogative discrétionnaire de l'exécutif.

Le retour à un certain particularisme dans le domaine du droit de la nationalité laisse subsister une conception universaliste du droit civil, mais les prescriptions de celui-ci ne s'étendent plus, à présent, à travers des adhésions volontaires à la communauté nationale; la valeur universelle du Code s'impose maintenant par décret, à la suite des conquêtes militaires.

L'empire napoléonien se caractérise en effet comme le premier empire dans l'histoire qui exporte le droit civil de la métropole dans les provinces¹⁴⁰. Les "valeurs universelles"

¹³⁹La création d'un droit de la nationalité fortement inclusif n'efface pas, cependant, la catégorie des étrangers résidants sur le sol français. A l'égard de ceux-ci le législateur révolutionnaire garde l'attitude ouverte qui avait déjà caractérisé le droit de l'Ancien Régime:

"In ideological intent, then, the Revolution was conspicuously cosmopolitan, at least in its early phase. In practice, the status of the foreigner did not change much, for the ancien régime was also quite cosmopolitan, in theory and in practice. There was not only a 'uniform cosmopolitan culture among the upper classes of most of Europe', but a prevailing indifference to nationality in public life" (Brubaker, 1992, p.45).

La seule vraie discrimination qui atteignait les étrangers en époque pré-révolutionnaire naissait de la faculté (*droit d'aubaine*) théoriquement reconnue au roi de s'approprier des biens d'un étranger (*aubain*) qui mourait sans laisser des héritiers directs français; mais, comme l'observe encore Brubaker:

"In practice, however, the *droit d'aubaine*, waned steadily in significance during the last three centuries of the monarchy. On the one hand, the jurisprudence of the *parlements* construed the *qualité de français* in a steadily more inclusive fashion between the sixteenth and the eighteenth century, so that many persons who formerly would have been considered *aubains* were now considered *français*. On the other hand, the mercantilist monarchy, in order to encourage the immigration and settlement of skilled foreign workers, often exempted them from the *droit d'aubaine*, or even granted them *lettres de naturalité* completely assimilating them to Frenchmen. [...Furthermore] After 1750 France concluded treaties with most European states, each state reciprocally exempting citizens of the other from the *droit d'aubaine*" (Brubaker, 1992, pp.36-37).

¹⁴⁰Il est vrai qu'un code civil unitaire est adopté pour toutes les terres de l'empire autrichien (il rentre en vigueur le 1 janvier 1812 dans les provinces de langue allemande, et sa validité est par la suite étendue aux autres provinces), mais cela ne veut pas dire qu'un statut personnel unique s'applique à tous ses sujets. Le code contient, par exemple, une réglementation spéciale de la dissolution du mariage pour les sujets "chrétiens acatholiques": dans le respect des coutûmes de certaines sectes réformées, le divorce leur est permis - selon les procédures généralement suivies pour la déclaration d'invalidité du mariage - dans une série d'hypothèses typiques, parmi lesquelles figure même l'"avversione invincibile, per cui l'uno o l'altro dei coniugi domandi lo scioglimento del matrimonio" (§115 de la version entrée en vigueur le 1 janvier 1815

qui n'arrivent pas à s'imposer par leurs vertus intrinsèques deviennent l'objet d'une "mission civilisatrice": l'universalisme inclusif des années naïves de la révolution se mue en ce même *universalisme agressif et hiérarchisant* qui sera le soutien idéologique principal de l'entreprise coloniale française dans la deuxième moitié du siècle.

3.1.5. Ce vaste cadre ne doit pas s'effacer de devant nos yeux, lorsqu'on s'approche - avec l'objectif d'une compréhension historiquement correcte de sa signification originale - de celle qu'on peut tranquillement définir la *Grundnorm* des systèmes de droit international privé de la famille, en Europe continentale. On se réfère, naturellement, aux lignes fatidiques de l'article 3 du Code civil français:

"Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étrangers".

Dans la France napoléonienne - où cette formule fait sa première apparition - l'ampleur de ses applications futures n'est pas prévisible. Le jugement de Louis De Winter à ce propos est net et intéressant, bien qu'il soit vicié par la préférence ouverte que - sur le plan dogmatique et pratique - le juriste hollandais accorde au critère du domicile:

"The famous Section 3, paragraph 3, the first manifestation of the principle of nationality, is evidently not the result of careful analysis and thorough discussion, but rather the expression of a cheap type of juridical patriotism phrased by lawyers who were first and foremost politicians, and who evidently did not comprehend the full significance and implications of the provision [...] It is even doubtful whether the break with the principle of domicile was consciously intended" (De Winter, 1969, p.367).

En effet, comme le remarquait déjà Niboyet dans son "Traité de droit international privé", l'usage par le législateur du terme "résidant" et la coexistence de la norme en question avec l'article 17 du Code civil¹⁴¹ nous laissent douter fortement que les rédacteurs du Code aient voulu rompre avec le critère traditionnel du domicile. Selon cette interprétation restrictive,

dans les provinces italiennes). Pour ce qui concerne, en outre, les sujets de confession juive, tous les aspects de leur mariage - depuis les formalités constitutives jusqu'aux modalités de la dissolution - sont réglés en renvoyant aux prescriptions de la loi mosaïque et en investissant de tâches officielles de certification les autorités confessionnelles.

¹⁴¹Cet article - abrogé en 1889 - disposait que le français d'origine s'établissant à l'étranger "sans esprit de retour" perdait automatiquement sa nationalité.

la nouvelle règle n'aurait donc concerné que les français qui résidaient temporairement hors de France; et la seule raison pour laquelle le législateur de 1804 aurait utilisé pour ceux-ci la nationalité comme critère de rattachement, au lieu du vieux domicile, serait que le domicile d'avant tenait "lieu de nationalité, faute d'unification législative" (Batiffol et Lagarde, 1983, p.10)¹⁴².

3.1.6. En dépit de la formulation clairement unilatérale de la norme originale, à partir de 1814¹⁴³ les juges français déduisent de l'article 3 que, symétriquement, les étrangers en France sont soumis à leur propre loi nationale.

Les divers arguments juridiques qui ont été utilisés pour justifier cette interprétation extensive sont bien connus: le souci de réciprocité, le raisonnement *a contrario*, l'existence d'un principe général selon lequel le statut personnel serait régi par la loi nationale, et dont l'article 3, alinéa 3, énoncerait un cas particulier¹⁴⁴. Et pourtant - si on soulève le rideau des argumentations juridiques - on s'aperçoit que la 'bilatéralisation' de la norme se produit juste alors que la France abandonne définitivement ses rêves d'expansion européenne. A la lumière de cette constatation, la règle du rattachement à travers la nationalité des parties nous apparaît comme un effet collatéral du nouvel ordre international qui s'instaure avec le congrès de Vienne.

En se convertissant à l'application des droits étrangers aux controverses opposant des étrangers entre eux, l'Etat français renonce à une dimension pratique importante de sa prétention universaliste et se plie à une conception paritaire et 'relativiste' des relations internationales de droit privé dans l'espace européen.

¹⁴²Si cette interprétation est exacte, l'adoption de la nationalité comme critère de rattachement n'est donc que l'adaptation du vieux système, basé sur le domicile, à une situation historique nouvelle marquée essentiellement, dans le domaine juridique, par l'unification du droit privé et par la réglementation précise de l'acquisition et de la perte de la nationalité. La réédification simultanée de ces trois piliers fondamentaux du système juridique apparaît, dans ce cadre, comme un des chiffres de l'époque.

¹⁴³Dans une décision du Tribunal de Paris (13 juin 1814, in *Sirey* 1815.2.67, maintenant in Ancel et Lequette, 1987, p.1) on trouve la première attestation d'un courant jurisprudentiel qui a eu d'innombrables manifestations et reste absolument prédominant encore aujourd'hui.

¹⁴⁴Voir: Batiffol et Lagarde, 1983, pp.3-4.

3.2. *Le 'nationalisme internationaliste' de Pasquale Stanislao Mancini et la diffusion européenne du critère de nationalité.*

3.2.1. La révision interprétative du contenu de l'article 3 du Code civil ne s'accompagne pas, dans la France de Louis-Philippe, à un repensement théorique général des relations de droit privé entre états souverains. La première tentative de fonder une théorie générale du droit international privé sur une règle de conflit bilatéralisé ne s'observe en effet que plus tard - à partir de la moitié du siècle dernier - dans l'entité politique qui deviendra ensuite le royaume d'Italie. Le protagoniste de cette entreprise scientifique - qui aura des retombées pratiques importantes sur le plan politique aussi bien que strictement juridique - est le juriste napolitain Pasquale Stanislao Mancini.

Le personnage et son oeuvre - qu'aujourd'hui se trouvent habituellement réduits à une référence inmanquable mais de circonstance dans les manuels de droit international privé¹⁴⁵ - justifieraient un intérêt historiographique plus profond. En effet, une étude, quoique sommaire, des idées de Mancini dans leur formation et puis dans leur parcours à travers l'Europe de la deuxième moitié du XIXème siècle semble jeter une lumière significative sur la dimension politique du droit international privé et, plus en général, sur une période cruciale dans le développement de l'Etat-Nation.

3.2.2. La première formulation organisée du principe de nationalité remonte notoirement à l'année 1851: elle est contenue dans la leçon inaugurale du cours universitaire de "Diritto Pubblico Esterno ed Internazionale Privato" qui est confié à Mancini lors de son arrivée à Turin, où il parvient en qualité d'exilé fuyant Naples et les persécutions dont il était y menacé¹⁴⁶.

¹⁴⁵L'attention purement conventionnelle à la figure de Mancini a été dépassée, dernièrement, par les études que Erik Jayme a consacré au juriste italien (1980, 1988, 1994). La démarche de Jayme, assurément intéressante, présente néanmoins quelques limites: un certain aplatissement sur l'individualité de Mancini, qui conduit à négliger quelque peu le contexte de son oeuvre et son activité, aussi bien qu'un effort vaguement naïf de 'découvrir l'actualité' du sujet étudié.

¹⁴⁶En 1848 Mancini fut élu député dans le nouveau parlement du Royaume des Deux Siciles; il fut cependant obligé d'abandonner bientôt la capitale, après avoir pris ouvertement position contre la surveillance trop stricte du parlement de la part du pouvoir exécutif.

Ce fameux discours, articulé et ambitieux, contient l'esquisse d'une théorie politique générale, qui investit les relations entre les Etats aussi bien que celles entre les personnes à l'intérieur de l'Etat et qui fondera les élaborations plus proprement juridiques qui suivront.

La clef de voûte de la philosophie politique de Mancini est un concept de "Nation" qui fond des traits naturalistes (tout en rejetant le déterminisme de Montesquieu, perçu comme trop rigide) avec un élément volontaire et subjectif qui assume un poids décisif: la conscience de soi pour la Nation est comparée au *cogito, ergo sum* pour le philosophe (Mancini, 1994 [1851], p.43).

L'indépendance politique de la Nation¹⁴⁷ est présentée comme le couronnement nécessaire d'une construction politique libérale:

"Il diritto di nazionalità adunque non è che la stessa libertà dell'individuo estesa al comune sviluppo dell'aggregato organico degli individui che formano le Nazioni; la Nazionalità non è che la esplicazione collettiva della libertà, e però è santa e divina cosa quanto la stessa libertà." (Mancini, 1994 [1851], p.45).

3.2.3. Malgré sa sacralisation au niveau des adjectifs, la Nation mancinienne contient en soi ses propres limites et les termes de sa relativité, inscrits dans les mêmes axiomes libéraux qui en justifient la reconnaissance; la référence à Kant est souvent transparente, comme là où on lit que:

"...poichè nello stato di fatto coesistono sulla terra molteplici Nazioni, il principio di nazionalità non può significare che la eguale inviolabilità e protezione di tutte; e quindi il medesimo principio siccome violato sarebbe se la nostra Nazionalità soffrisse dalle altre ingiuria ed ostacolo al suo libero svolgimento, non lo sarebbe meno qualora essa invadesse per contrario il dominio delle altre ed alla loro legittima libertà recasse offesa." (ibid., p.60).

Nous avons, dans ces lignes, une formulation exemplaire de ce 'nationalisme internationaliste'¹⁴⁸ qui avait une circulation très vive dans la culture européenne pendant les

¹⁴⁷Quant aux formes institutionnelles de l'unification nationale, le Mancini de 1851 montre une grande élasticité, qui était d'ailleurs fort raisonnable, face aux incertitudes du processus d'unification politique: "Questa unità nazionale non richiede però necessariamente l'assoluta unità dello Stato e molto meno quel concentramento unico di poteri [...] E' parte di legittima libertà che una Nazione secondo le contingenze del suo passato, i suoi bisogni presenti ed i mezzi di possibilità, si ordini internamente in forma unitaria o federale..." (ibid. p.47).

décennies centrale du siècle. Dans cette conception, la nationalité était utilisée comme paramètre de reconnaissance mutuelle entre les états, et devenait l'unité constructive fondamentale pour une certaine idée d'Europe: il n'est pas fortuit qu'une telle vision se soit épanouie particulièrement dans un Etat national en construction, dont la puissance économique et militaire n'était certainement pas de premier rang¹⁴⁹.

3.2.4. Dans les années suivantes, les principes énoncés dans la leçon turinoise de 1851 inspireront - avec une cohérence remarquable - une activité politique intense et multiforme, qui permettra à Mancini de traduire une partie de ces mêmes principes en règles de droit positif.

Sur le plan interne, le résultat le plus significatif obtenu par Mancini dans sa campagne réformiste personnelle est sans doute représenté par les *Disposizioni preliminari*

¹⁴⁸Le "paradoxe apparent" contenu dans cette définition a été souligné par Henri Batiffol et Paul Lagarde (1983, I, p.277). A ce même propos, l'historien italien Renato Chabod a observé que, pour Mancini: "il limite razionale del diritto di ciascuna nazionalità è costituito dalle altre nazionalità" (1979, p.82). Chabod rapproche, en outre, l'internationalisme du juriste napolitain à celui, humanitaire et fervent, de Giuseppe Mazzini qui, dans *La Santa Alleanza dei Popoli* (1849, en *Scr. ed. in.*, LXIV, p.164, cité par Chabod, p.80), écrivait ainsi:

[le nazioni sono] "...gl'individui dell'umanità come i cittadini sono gl'individui della nazione...Patria ed Umanità sono dunque egualmente sacre".

En effet, la vision d'une société mondiale pacifique et harmonieuse, où les nations soient des entités intermédiaires entre individus et humanité et constituent les garanties d'un ordre global, était fortement enracinée au sein des mouvements nationalistes et indépendantistes européens du siècle dernier (de celui italien, en particulier). A ce propos, il ne faut cependant pas taire une différence essentielle: dans la pensée de Mazzini, profondément imprégnée de messianisme, l'Italie est la "troisième Rome" (après celle des Césars et celle des Papes), qui est investie d'une mission de guide dans le renouveau de l'Europe. Ce genre d'exaltation romantique est presque absente de la vision, toujours suffisamment pratique, de Mancini.

¹⁴⁹Bien que la construction doctrinale de Mancini fut visée principalement à fournir une nouvelle règle pour les rapports entre les puissances européennes, des applications en dehors du 'cercle des nations civilisées' n'étaient pas exclues; au contraire, c'est sur la base du principe de nationalité que, en 1875, le député Mancini soutient passionnément - en qualité de président de la commission chargée d'examiner le projet - l'abolition de la juridiction consulaire italienne en Egypte et l'instauration des "Tribunaux Mixtes" (cf. supra...). Dans une ample relation faite à la Chambre des Députés dans la séance du 13 février 1875, le théoricien du principe de nationalité défie ouvertement le dogme de l'époque qui exclue les nations extra-européennes de l'application des principes généraux du droit international:

"...niuno certamente contrasterà che, giudicandole coi criteri razionali, esse [le Capitolazioni] rappresentano un istituto giuridico il quale deroga ai veri principi di giustizia internazionale, costituiscono una reliquia de' rozzi ordinamenti del medio evo, sono un'offesa permanente all'indipendenza nazionale de' popoli a quali compete la sovranità territoriale ne' rispettivi paesi, uno stato di cose incompatibile con l'attuazione piena e rigorosa del Diritto delle Genti" (Mancini, 1895, vol.IV, p.577).

Cette position de principe n'empêchera pas à Mancini - lorsqu'il assumera la charge de ministre des affaires étrangères (1881-1885) - de soutenir l'expansion italienne en Afrique orientale; et c'est précisément une question controversée de politique coloniale qui forcera Mancini à la sortie de la vie politique, avec une démission qui entrainera une crise passagère du cabinet Depretis (17 juin 1885).

au Code civil de 1865, dont les articles de 6 à 12 composent un des tout premiers essais de codification du droit international privé à niveau européen. Ainsi que ses deux seuls précédents européens¹⁵⁰, ce texte est marqué par une forte influence doctrinale qui s'explique peut-être - comme le suggère Erik Jayme - par le caractère expérimental d'une démarche dont on percevait la nécessité, mais pour entreprendre laquelle la tradition normative n'offrait aucun modèle utile:

"Soprattutto il Regno di Sassonia si era trasformato in pochi decenni da un paese di agricoltura ad uno Stato industrializzato orientato verso la esportazione. La codificazione precisa del diritto internazionale privato corrispondeva a delle esigenze pratiche. I tribunali avevano seguito vie divergenti e la certezza del diritto richiedeva che la codificazione comprendesse anche i conflitti di leggi. Siccome non c'erano esempi di legislazioni adatte per una recezione, gli autori dei disegni di legge si orientavano verso la dottrina contemporanea che aveva elaborato nuovi sistemi di diritto internazionale privato. Così le parole di Savigny diventarono legge a Zurigo tramite la codificazione di Bluntschli, mentre Wächter trionfava in Sassonia. Il potere politico influenzava la codificazione soltanto in modo generico..." (Jayme, 1988, p.110).

Mais, sans doute, le rôle de guide assumé par la doctrine dans la formation du droit international privé moderne est particulièrement évident dans le cas italien, où Mancini apparaît comme l'auteur unique de normes qui seront approuvées - sur la base de ses propositions - par une sous-commission législative composée de trois personnes, que lui-même présidait¹⁵¹.

C'est aussi en raison de cette genèse particulière que les règles de conflit contenues dans les Dispositions préliminaires au Code civil de 1865 constituent le reflet unitaire et ordonné d'une idéologie juridique précise.

3.2.5. Bien qu'il n'ait jamais compilé un traité organique de droit international privé, Mancini a exposé en plusieurs occasions¹⁵² les fondements théoriques de ses prises de

¹⁵⁰Il s'agit du Code civil du canton de Zurich (1854) et du Code civil du royaume de Saxe (1863).

¹⁵¹Cf. Jayme, 1988, p.111.

¹⁵²La plus notable desquelles est le rapport présenté, le 31 août 1874, à la session genevoise de l'*Institut de Droit International*, sous le titre "De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles". Voir aussi le

positions techniques et politiques dans cette matière. Dans sa doctrine, la composition harmonieuse des pouvoirs normatifs et judiciaires de chaque Etat national devrait résulter de l'interaction entre trois principes normatifs fondamentaux (appelés respectivement: "principe de nationalité", "de liberté" et de "souveraineté"¹⁵³), auxquels correspondent trois sphères fondamentales de l'activité de production normative de l'Etat.

Le principe de nationalité - dont la centralité est affirmée - impose l'application du droit national dans la sphère du *diritto privato necessario*; cette dernière expression indique l'ensemble des normes auxquelles les individus ne peuvent pas déroger, parce qu'elles sont le produit 'naturel' du milieu national et on les présume donc entièrement adaptées au tempérament des nationaux. Mancini écrit à ce propos que:

"Personne ne peut renoncer à l'état et aux rapports de famille qui lui sont attribués par la loi de sa patrie" (Mancini, 1994, p.155).

Il faut cependant souligner que, contrairement à un certain nombre d'idées reçues, le lien 'naturel' entre les membres d'une nation donnée et son propre droit civil n'est pas pour cela même - dans la construction mancinienne - un lien indissoluble:

"Un homme pourrait changer de nationalité en acceptant la nationalité d'un autre pays, mais il ne pourrait pas la garder et en répudier les conditions, car ces conditions sont comme le miroir qui reflète sa nationalité même" (Mancini, 1994, p.155-156).

Il n'est donc pas exclu qu'à travers un changement volontaire de nationalité un individu se libère de son statut personnel d'origine. Cet aspect de flexibilité fondamentale de la pensée de Mancini est confirmé par l'attitude que notre auteur, cette fois-ci en qualité d'avocat, tient - au début des années quatre-vingt - dans la célèbre controverse Samama. Pour affirmer les droits héréditaires de ses clients, Mancini soutient face à la cour d'appel de Lucca que la succession d'un riche juif tunisien mort à Livorno après avoir fait testament à Paris n'est pas soumise à la loi mosaïque applicable selon le droit tunisien; l'établissement "sans esprit de retour" en Italie doit faire présumer - tel est l'argument décisif - l'intention de renoncer à la nationalité tunisienne; dès lors, les actes du feu Samama, devenu apolide, se

volumineux mémoire en défense des héritiers testamentaires du feu caid Nissim Samama présenté par Mancini, en qualité d'avocat, à la Cour d'appel de Lucca, et publié à Rome en 1880 (cité par Jayme, 1988, p.20; v.aussi Nadelmann, 1969, p.432 et suivantes).

¹⁵³Pour une analyse détaillée de cette tripartition, voir en particulier: Vitta, 1980, et Jayme, 1980.

trouveraient donc régis par la *lex domicilii* qui, dans le cas d'espèce, reconnaît pleine validité au testament¹⁵⁴.

Si on considère les manifestations pratiques du principe, on s'aperçoit que la sphère du "droit privé nécessaire" rejoint - dans la codification italienne de 1865 - une extension extrême, qui ne sera plus égalée en époques plus récentes: outre à "l'état et la capacité des personnes" et aux "rapports de famille" (art.6), aux "successions légitimes et testamentaires, quant à l'ordre de successibilité, à l'extension des droits successifs et à la validité intrinsèque des dispositions testamentaires" (art.8), la catégorie s'élargit en arrivant à inclure le régime des biens meubles (art.7: "soumis à la loi de la nation de leur propriétaire, sauf les cas de dispositions contraires dans la loi du pays où ils se trouvent") ainsi que "la substance et les effets des donations et des dispositions de dernière volonté" (art.9, al.2).

3.2.6. Dans la sphère du *diritto privato volontario* - qui, au sein de l'harmonieuse construction mancinienne coïncide avec l'ensemble des activités économiques, encore essentiellement interprétées à l'échelle individuelle selon l'optique libérale classique - les sujets de droit peuvent choisir de soumettre leurs rapports à une loi différente de la *lex patriae*. C'est dans ce domaine que se manifeste, donc, le principe de liberté - qu'on appellerait plutôt, aujourd'hui, de "l'autonomie de la volonté" des parties - concrétisé en forme positive dans le troisième alinéa de l'article 9 de *Disposizioni preliminari*:

"La substance et les effets d'autres obligations [c'est à dire: qui n'aient pas leur origine dans un acte de donation ou dans une disposition de dernière volonté] sont censés réglés par la loi du lieu où les actes sont passés, et, si les étrangers contractants appartiennent à une même nation, ils sont censés réglés par leur loi nationale. Dans tous les cas, s'il résultait de l'acte une volonté différente des parties, cette volonté serait observée".¹⁵⁵

Il faut observer que l'ouverture qui s'accomplit ici envers l'autonomie des parties n'est pas limitée par des conditions de 'proximité': le texte dessine un modèle pur de "free choice of

¹⁵⁴ Les juges de la Cour de Cassation de Florence rejeteront les arguments de principe de Mancini en soutenant dogmatiquement que: "L'animo di ritorno alla patria, come conforme ai sentimenti di natura si presume sempre conservato nonostante lo stabilimento in altro paese, fino a prova in contrario." La controverse sera enfin accommodée à travers une transaction (voir Jayme, 1988, p.66 et ss.).

¹⁵⁵ La traduction de l'article est celle fournie par Mancini même dans son rapport à l'Institut de Droit International (Genève, 1874, voir: Mancini, 1994, pp.161-163).

law" qui apparaît nettement dépassé dans le contexte actuel de globalisation des échanges et d'internationalisation des procès productifs.

3.2.7. Le troisième volet de la théorie est constitué par le principe de souveraineté, qui agit en légitimant l'application territoriale et immédiate des lois de droit public et d'ordre public.

Sur ce terrain spécifique, le code civil italien¹⁵⁶ se rapproche fortement du modèle français (art.3, al.1, Code Napoléon). Cet aspect de continuité entre deux textes qui sont autrement - de notre point de vue - très différents, peut s'expliquer par deux considérations qui ne s'excluent pas mutuellement: d'un côté, il est probable que la formulation 'positive' de la clause d'ordre public soit le reflet d'un droit privé encore strictement lié à la norme morale bourgeoise et religieuse, et qui contient donc un taux d'impérativité plus élevé que dans la moyenne des ordres juridiques contemporains; d'autre côté, il apparaît indiscutable qu'une notion positive d'ordre public soit plus conforme à une conception encore strictement positiviste des rapports entre la fonction juridictionnelle et le pouvoir législatif¹⁵⁷.

3.2.8. Au sein du Code de 1865, les trois principes décrits assument une fonction portante: ils agissent comme des principes généraux et ils jouent un rôle qu'on pourrait définir 'quasi-constitutionnel'.

Dans le nouveau système, la valeur juridique suprême qui guide l'opération de choix de la loi applicable n'est plus la "courtoisie" (*comitas*) internationale. Une notion implicite d'autonomie de l'individu dans ses rapports avec les normes juridiques semble s'affirmer comme le nouveau paramètre fondamental qui inspire les options législatives dans le domaine du conflit de lois. Il s'agit, il est vrai, d'une autonomie qui est partiellement prédéterminé par l'action du principe de nationalité, et qui rencontre des fortes limites

¹⁵⁶Art.11: "Les lois pénales et les lois de police et de sûreté publique sont obligatoires pour tous ceux qui se trouvent sur le territoire du royaume".

Art.12: "Malgré les dispositions des articles précédents, dans aucun cas les lois, les actes et les jugements d'un pays étranger, et les dispositions et conventions privées, ne pourront avoir d'effet contre les lois prohibitives du royaume concernant les personnes, les biens ou les actes, ni contre les lois qui regardent d'une manière quelconque l'ordre public et les bonnes mœurs".

¹⁵⁷Dans le *Codice civile* italien de 1942 la vieille méthode sera abandonnée et on accueillera une notion purement négative de l'ordre public, semblable à celle proposée en Allemagne par Savigny (art.31 des *Disposizioni preliminari* du *Codice civile* de 1942). Sur ce point, voir: Edoardo Vitta, 1980, p.347.

extérieures dans les notions jumelles d'ordre public et de bonnes moeurs, mais la substance de l'inversion de perspective philosophique dans le domaine du droit international privé subsiste.

La primauté de l'individu sur l'Etat, qui caractérise l'idéologie juridique du nouvel Etat italien, se montre - outre que dans le domaine des conflits de lois - dans la réglementation fort libérale de la condition des étrangers¹⁵⁸. L'article 3 du Code civil de 1865 - qu'on a défini "la prima attuazione pratica della concezione manciniana" (Castangia, 1983, p.21) - énonce un principe absolu:

"Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini".

La pleine assimilation du traitement de l'étranger et du citoyen s'ensuit au rejet de la proposition - faite pendant les travaux préparatoires - de subordonner le fonctionnement du principe à la résidence en Italie¹⁵⁹. La radicalité du choix final est d'autant plus remarquable si on considère que la tendance dominante en Europe était opposée: en France notamment, fermée la parenthèse révolutionnaire, l'article 11 du Code civil avait consacré le principe pragmatique de la réciprocité:

"L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la Nation à la quelle cet étranger appartiendra".

¹⁵⁸Dans sa leçon inaugurale de 1851, Mancini énonçait ainsi la nécessité de dépasser l'approche traditionnelle au droit des étrangers - entièrement centrée sur les exigences des Etats - et de refonder la même matière sur des bases universelles et antipositivistes:

"Cercate nella sola idea dello Stato la radice dei diritti e dei doveri internazionali; e sarete condotti ad ammettere che nell'individuo straniero non rispettate l'uomo e le facoltà che sono un prodotto della sua natura, ma il governo dal quale egli dipende: e quindi non vi crederete astratti da un obbligo giuridico a rispettar la vita di un selvaggio disperso che cada nelle vostre mani, del membro di una tribù ancora errante nei deserti, di uno straniero qualunque che nella sua patria sia incorso nella morte civile, ed a maggior ragione del pacifico cittadino di una nazione con la quale la vostra sia in istato di guerra. Voi così renderete impossibile o falsa una metà della scienza." (Mancini, 1994 [1851], p.49).

Il faudra attendre plus d'un siècle pour que ces idéaux se traduisent partiellement en normes de droit international à travers, par exemple, la convention de Genève sur le statut des réfugiés.

¹⁵⁹La solution intermédiaire, qui subordonne la pleine reconnaissance de droits civils aux étrangers à l'établissement du domicile officiel sur le territoire national, était adoptée dans le royaume des Deux Siciles (art.9, n.2, *Codice delle Due Sicilie* du 21 mai 1819). La faveur modérée du royaume méridional envers les étrangers n'était d'ailleurs pas limitée à ce domaine du droit: les règles en matière d'accès des étrangers à la justice et de reconnaissance des jugements étrangers reflétaient la même ouverture, et s'éloignaient - sur ces points - du droit français qui était en vigueur auparavant. A ce propos, Erik Jayme fait observer, avec sensibilité historique, que cette particularité avait sans doute des rapports avec "la particolare condizione dell'Italia d'allora", où: "Giuridicamente parlando, i romani o i fiorentini erano certamente stranieri a Napoli; ma tuttavia non lo erano nella stessa misura degli italiani in Francia" (Jayme, 1988, p.49).

Les deux articles (l'italien et le français) expriment de façon exemplaire deux orientations opposées dans l'usage politique sur le plan international d'un instrument juridique interne, comme la condition des étrangers. Le choix du législateur français s'explique par:

"La necessità per la Francia napoleonica ed espansionista di disporre di un arma di negoziato e di ritorsione nei confronti dei paesi che non concedevano la parificazione dei francesi ai loro cittadini" (Giardina, 1978, p.3).

Au contraire, la démarche 'idéaliste' italienne représente:

"...un preciso invito agli altri Stati a fare altrettanto. La previsione del Mancini al riguardo era, così come in materia di diritto internazionale privato, la conclusione di tutta una serie di accordi interstatali che avrebbero rese internazionalmente obbligatorie le scelte operate unilateralmente dal legislatore italiano" (*ibidem*, p.4).

Les divergences franco-italiennes en matière de condition civile des étrangers s'expliquent - outre que par des considérations générales sur la position internationale des deux Etats - par une circonstance particulière: dans la deuxième moitié du siècle dernier, la colonie des émigrants italiens en France se stabilise et s'accroît sensiblement¹⁶⁰ et - comme le fait remarquer Nadelmann (1969, p.421) - la préoccupation concrète pour le sort de ces travailleurs émigrés n'est certainement pas étrangère aux choix législatifs de l'Etat italien.

3.2.9. Le projet réformiste de Mancini est ambitieux et ne se tient debout qu'en vue d'une réalisation à l'échelle internationale: il s'agit, en effet, d'introduire un nouveau paradigme dans les relations juridiques internationales, en dictant des règles proportionnées aux temps et aux circonstances, pour la reconnaissance mutuelle entre les ordres juridiques¹⁶¹. Mancini est conscient que la vasteté de l'entreprise exige l'utilisation de tous

¹⁶⁰Les italiens présents en France passent de 63.307 en 1851, à 330.465 en 1901: ils deviennent ainsi la communauté immigrée plus nombreuse, en dépassant les polonais et les allemands. La colonie italienne s'accroîtra davantage dans les décennies suivantes, jusqu'à toucher un pic de 808.038 unités en 1931 (d'après les recensements nationaux).

¹⁶¹Mancini n'a jamais pensé d'aller au-delà d'une harmonisation des règles de conflits (sauf, comme on verra plus bas, pour ce qui concerne le droit des étrangers); l'objectif d'une codification civile unitaire lui a toujours paru vain, et même dangereux. Dans le rapport à l'Institut de Droit International il est très clair à ce propos: "Mais si l'on voulait songer à étendre cet accord des peuples jusqu'à une codification complète et universelle, les efforts même restreints dans cette fausse direction, ne pourraient jamais conduire à un résultat pratique et utile. Un tel accord serait avant tout impossible, [...]. Et si, par un prodige, on pouvait obtenir ou imposer cet accord, il constituerait la plus manifeste offense aux lois nécessaires de la nature humaine, la violence la plus flagrante, l'injustice la plus évidente."

Mais notre auteur ne se limite pas à des arguments négatifs 'de droit naturel', il appuie sa contrariété aussi sur des raisons pratiques, qui conservent aujourd'hui une certaine actualité:

les moyens disponibles, diplomatiques ainsi que culturels¹⁶²: c'est donc sur ces deux terrains qu'il s'engage pour la réalisation de son dessin.

Le tracé de l'intense activité diplomatique conduite par l'Etat italien dans les décennies 1860-1890, pour promouvoir l'harmonie entre les systèmes juridiques nationaux, a été reconstruit, dans ses lignes essentielles, par Erik Jayme (1994); l'auteur allemand a compulsé à ce propos la correspondance officielle échangée entre Pasquale Stanislao Mancini - à l'époque où il recouvrait la fonction de Ministre des affaires étrangères dans les trois gouvernements de la Gauche historique qui se succédèrent en Italie, sous le guide d'Agostino Depretis, entre 1881 et 1885 - et les représentants diplomatiques italiens dans les principales capitales européennes et américaines.

Ces missives montrent clairement que, depuis les premières tentatives faites en 1867 par Mancini - chargé d'une mission *ad hoc* par le Premier ministre de l'époque, Urbano Rattazzi - une redéfinition graduelle des objectifs en sens restrictif se produit: si au départ l'effort diplomatique investissait une vaste rangée de matières, parmi lesquelles la condition civile des étrangers, en 1881, au contraire, un plein respect de la souveraineté nationale en matière de droit substantiel est affichée:

"La portée de notre initiative me paraît désormais clairement établie. Tout en respectant l'indépendance de l'action législative de chaque pays, dans le présent et pour l'avenir, et en laissant à chaque législateur le soin d'accorder aux étrangers le traitement qu'il juge équitable, il s'agit uniquement de se mettre d'accord pour la solution uniforme d'une question qui dépasse le ressort des différentes législations nationales. [...] La formule nous paraît devoir être la suivante: 'Déterminer laquelle, entre plusieurs législations en conflit, est applicable à chaque fait ou rapport de droit concernant les personnes, les biens, ou les actes des étrangers, désigner les matières respectivement régies par la loi nationale, par celle du domicile, par celle

"Supposons un instant l'Europe soumise à un Code unique par le consentement de tous les Etats. Il est évident que si cette immense et majestueuse unité était permanente et durable, et ne devait pas se dissoudre à la première difficulté, pour se réduire à un fait passager et éphémère, il deviendrait impossible d'y introduire la moindre modification sans le consentement de tous les Etats contractants." (Mancini, 1994, [1874], p.129).

¹⁶²"The switch from domicile to nationality, particularly critical for the field of succession, but serious also for capacity and the safety of commercial transactions, was bound to multiply conflicts between legal systems. Fully aware of this, Mancini saw from the beginning the need for international agreements on uniform application of rules of conflict" (Nadelmann, 1969, p.421).

où les biens sont situés, ou par celle du lieu où l'acte est passé" (Mancini, 1994, p.78)¹⁶³.

En absence de résultats concrets, l'occasion pour réduire ultérieurement la portée de l'initiative italienne naît d'une résolution votée par l'"Association pour la Réforme et Codification du Droit des Gens" dans sa conférence de Milan, du septembre 1883; il s'agit d'un projet d'accord international sur "l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale"¹⁶⁴, que la conférence soumet officiellement au gouvernement italien en demandant son soutien "affinché sia inaugurata, sotto la bandiera di *Roma caput mundi*, una concordanza dei governi del concerto europeo"¹⁶⁵.

Conscient des difficultés de sa démarche originaire, Mancini accueille l'invitation de la conférence, et il réoriente les efforts de l'appareil diplomatique italien vers l'organisation une conférence internationale à Rome, pour l'harmonisation des règles en matière de conflits de juridictions, tout en espérant que:

"questa sarebbe stata propizia opportunità, mercè la simultanea presenza in Roma di persone versate nelle discipline giuridiche e di delegati de' rispettivi governi, per scambiare idee preliminari e più precise spiegazioni circa l'altro tema più generale..."¹⁶⁶.

Mais, cette fois-ci aussi et définitivement, les efforts résultent vains: en dépit du pragmatisme montré dans la redéfinition constante des objectifs et des méthodes, la campagne mancinienne d'harmonisation juridique par voie diplomatique s'échoue.

¹⁶³Le passage est extrait d'un mémoire intitulé "Négociation diplomatique du gouvernement italien pour un essai de codification conventionnelle du droit international privé", envoyé en Septembre 1882 par Mancini, en qualité de Ministre des affaires étrangères, aux représentants diplomatiques italiens dans les suivantes villes: La Haye, Athènes, Berlin, Berne, Bruxelles, Buenos Aires, Copenhague, Lima, Lisboa, Londres, Madrid, Montevideo, Paris, Saint Petersburg, Rio de Janeiro, Santiago, Stockholm, Wien.

¹⁶⁴Le noyau du projet est contenu dans ces lignes:

"VI. Le juge requis pour l'exécution ne doit pas examiner au fond le débat, mais seulement s'enquérir de l'existence des conditions légales susmentionnées [*contradictoire, absence de contrariété à l'ordre public etc.*].

VII. Un jugement étranger, qui remplit ces conditions, doit produire les mêmes effets qu'un jugement national, soit qu'on en requière l'exécution, soit qu'on s'en serve comme de chose jugée".

¹⁶⁵Extrait de la lettre du Président de la conférence de Milan, Sir Travers Twiss, au ministre des affaires étrangères italien, cit. in Jayme, 1994, p.88.

¹⁶⁶Extrait d'une dépêche envoyée aux représentants diplomatiques italiens en date 28 juin 1885, cit. in Jayme, 1994, p.92-93.

3.2.10. Une des causes majeures de cet enlèvement doit sans doute s'identifier avec l'hostilité explicite du gouvernement allemand à l'entreprise. Voilà comment cela émerge d'une lettre envoyée par Mancini à l'ambassadeur d'Italie à Berlin, en novembre 1884:

"L'ambasciatore germanico, tornato che fu negli scorsi giorni a Roma, mi ha confermato la ritrosia del principe di Bismarck; nello stesso tempo, però, mi ha confidato che tale ritrosia muove essenzialmente dalla sua ferma risoluzione di non ammettere che possano avere efficacia e forza esecutiva in Germania, e a danno di sudditi germanici, giudicati di taluni tribunali stranieri, nella imparzialità e competenza dei quali egli ha mediocre fiducia"¹⁶⁷

A posteriori, on peut observer que l'échec des pourparlers avec l'Allemagne ne peut pas se reconduire entièrement à une circonstance particulière, - comme le manque personnel de confiance du Chancelier envers les juges étrangers; une raison plus profonde existe, et elle réside dans une conception du droit international privé réfractaire à toute codification, fonctionnelle à une politique extérieure agressive, pour laquelle il est préférable garder 'les mains libres' envers les étrangers¹⁶⁸.

3.2.11. La faillite sur le terrain diplomatique n'empêche pas, cependant, la diffusion large et rapide du critère de nationalité dans le droit international privé de la famille de plusieurs Etats européens. Le modèle proposé par le code italien de 1865 circule et s'impose: le code civil espagnol, d'abord (1889), le BGB allemand quelques années plus tard (1896), et - après la première guerre mondiale - les codes de la Pologne, de la Finlande et de la Tchécoslovaquie accueillent le critère de rattachement que Mancini avait érigé en fondement d'un système organique de régulation des rapports juridiques entre individus et Etats.

¹⁶⁷Cit. in Jayme, 1994, p.97.

¹⁶⁸Jayme (1988, p.113-114) cite le texte d'une lettre envoyée le 30 septembre 1887 par un fonctionnaire du Bureau des Affaires Etrangères au Secrétaire d'Etat Von Schelling du Ministère de la Justice, où le premier s'oppose au projet de codification du d.i.p. à l'échelle nationale, en faisant appel à l'autorité de Von Bismarck:

"Fürst Bismarck ist der Meinung, dass Bestimmungen über das internationale Privatrecht auch nicht in ein Gesetzbuch hineingehören, sondern dem Völkerrecht in seiner fortlaufenden Entwicklung zu überlassen sind. Von dem politischen Standpunkt ist es bedenklich, wenn wir Normen für Beurteilung internationaler Privatrechtsfragen in einem deutschen Gesetzbuch festlegen und uns dadurch in perpetuum binden".

Dans le vaste processus de propagation spontanée des nouvelles idées juridiques à l'échelle européenne, un rôle propulsif important a été joué par certaines institutions culturelles, dont la plus significative et influente fût sans doute l'Institut de Droit International. Cet organisme, dont Mancini fût parmi les fondateurs ainsi que le premier président en 1873, représente un objet fort intéressant pour la recherche historique: ses traits typiques - qu'on peut identifier avec un internationalisme humanitaire alternatif à l'internationalisme universalisant d'inspiration socialiste, et avec une conception aristocratique et technocratique de la production des normes internationales - sont indiscutablement associés à une 'Belle Epoque' qui est restée enfouie sous les débris de la Guerre mondiale; ces mêmes caractéristiques, cependant, survivent dans le droit international actuel, et elles en définissent une des méthodes fondamentales de production de normes, fondée sur une impulsion doctrinale initiale et sur l'adhésion successive et volontaire des Etats¹⁶⁹.

L'intense activité de l'Institut de Droit International dans les dernières décennies du siècle dernier¹⁷⁰ produit des résultats notables, quoique caducs, en matière de mariage, séparation, effets du mariage, divorce et tutelle, avec une utilisation constante du critère de la nationalité.

3.3. Le critère de nationalité et l'émigration européenne: le cas des italiens en Amérique.

3.3.1. Dans la longue période de paix interne que l'Europe traverse de 1870 à 1913, la convergence spontanée des ordres juridiques nationaux vers un critère unique de rattachement en matière familiale n'est pas un phénomène fortuit et isolé: elle apparaît, au contraire, comme une des manifestations essentielles d'un plus vaste mouvement de

¹⁶⁹Graduellement, à partir de la fin du siècle dernier, le rôle scientifique et promotionnel qui avait été joué par l'Institut de Droit International est assumé, cette fois en forme officielle, par la Conférence de La Haye, dont les quatre premières sessions se tiennent en 1893, 1894, 1904 et 1905. Les travaux de la Conférence reprendront ensuite, assez infructueusement, entre les deux guerres (Vème session en 1925 et VIème en 1928) et puis à nouveau, avec plus de régularité et d'efficacité, en 1951 (cf. Jessurun d'Oliveira, 1966).

¹⁷⁰Depuis 1867, les congrès de l'Institut se tiennent - à intervalles irréguliers (1874, 1880, 1887, 1888) - jusqu'en 1908.

juridicisation des conflits de souveraineté. On pourrait même, en inversant l'analyse, soutenir que la diffusion du principe de nationalité dans le domaine du droit international privé de la famille ait joué un rôle propulsif dans l'affirmation de cette éphémère *koïnè* politico-juridique entre les Etats du vieux continent, qui fût appelée "Europe des Nations".

Ce décor, où les Etats se partagent d'un commun accord la souveraineté sur les personnes, est historiquement inédit au moins sous deux aspects. Du point de vue des relations entre pouvoirs publics et organisation familiale, on assiste à l'accomplissement du processus qu'on a défini ci-dessus la "nationalisation des familles". D'un autre point de vue, si on considère les rapports structurels entre les droits nationaux dans l'espace européen, on peut affirmer que - dans l'Europe *fin de siècle* - la nationalité est adoptée comme instrument conceptuel privilégié, pour discipliner la coexistence sur le plan international de modèles normatifs différents, établis à niveau national: la nationalité devient, en somme, la clef de voûte d'un ordre pluraliste. Dans une perspective socio-juridique, cela peut s'exprimer en faisant l'hypothèse de la formation d'un système pluraliste et polycentrique de régulation juridique des situations transnationales¹⁷¹.

3.3.2. Si tout cela est vrai à l'intérieur d'un cadre européen fermé, les termes d'une analyse fonctionnelle du critère de nationalité changent lorsqu'on fait rentrer dans le champ d'observation les relations juridiques de ce continent en pleine expansion avec l'extérieur. Il faut rappeler en effet que l'Europe traverse, au siècle dernier, une phase de croissance spectaculaire, que le grand démographe français Alfred Sauvy décrit ainsi:

¹⁷¹ Parler de système à ce propos ne veut pas dire refuser l'inversion radicale de perspective méthodologique sur le droit international privé proposée par François Rigaux, qu'on considère, au contraire, essentielle. On va s'expliquer. L'auteur belge rejette, dans un ouvrage fondamental, le point de vue qu'il qualifie, avec un léger dépit, de ptolémaïque:

"Acceptable - sous certaines réserves - pour un praticien [...], la méthode du droit international privé qui accepte de se laisser enfermer dans la boucle formée par l'ordre juridique d'un seul Etat ne saurait satisfaire aux exigences d'une science du droit international privé" (Rigaux, 1989, p.26). Accomplie sa révolution copernicienne, et au sein de sa nouvelle vision relativiste, Rigaux abandonne toute perspective systémique sur le droit international privé: "...à défaut d'institutions qui y seraient propres, il n'existe pas d'ordre juridique international privé. Les situations juridiques transfrontières comme les sujets de droit qui y participent relèvent de la compétence des Etats, ce sont en principe les seuls organes des Etats, juridictions et autorités administratives, qui appliquent ou font exécuter les règles de conflit de lois. [Il en résulte] qu'une définition systématique du droit international privé est dénuée de pertinence scientifique..." (Rigaux, 1989, p.29). L'acceptation, sur le terrain strictement juridique, de cette conclusion tranchante sur l'inexistence d'un système de droit international (en sens propre) privé n'empêche pas de formuler l'hypothèse sociologique que, à un moment historique donné, le degré d'accord à l'intérieur d'un ensemble donné d'ordres juridiques soit tel qu'on puisse parler, d'un point de vue socio-juridique, de système.

"Au XIXe siècle, se produit soudain une véritable éruption démographique. Longtemps contenue dans les étroites limites imposées par la nature, la population s'en est affranchie et progresse en un siècle plus qu'elle ne l'avait fait dans les dix précédents. [...] Au total, la population de l'actuelle Europe de l'Ouest est passée, en 150 ans, de 125 millions à 310 millions environ. En outre, une intense émigration s'est produite vers les autres parties du monde" (Sauvy, 1953, p.21).

Les surplus de personnes, de marchandises et de capitaux que ce continent en explosion produit cherchent des débouchés: le Nouveau Monde, conquise son indépendance, absorbe les masses exubérantes, pendant que la vieille Afrique est soumise à un gigantesque expériment d'exploitation concurrentielle et de transformation forcée.

L'expansion européenne pose au droit et à la culture juridique des importants défis: il s'agit d'un côté d'adapter les catégories juridiques traditionnelles à des situations sociales et à des rapports politiques inédits, d'autre part le problème se pose d'établir des règles pour les relations, désormais habituelles, avec des systèmes juridiques étrangers et mal connus.

La nationalité comme critère de classification des personnes - avec ses divers usages possibles dans le domaine du droit public et du droit privé - se révèle immédiatement un des instruments décisifs que la pensée juridique européenne tient à sa disposition pour affronter ces défis.

Dans le premier chapitre, on a donné quelques exemples de la relative élasticité avec laquelle les droits européens répondent aux nouvelles sollicitations, en situation coloniale. On va suivre maintenant l'autre grande ligne directrice de l'expansion européenne, en recherchant les évolutions correspondantes dans le domaine juridique: on s'interrogera alors sur les réponses du droit au phénomène de l'émigration européenne¹⁷².

Notre brève analyse sera focalisé sur les usages de la nationalité dans le cadre des politiques d'émigration mises en place par certains Etats européens dans les décennies à

¹⁷²On estime qu'environ 60 millions d'émigrants quittent l'Europe entre 1815 et 1930. Les destinations les plus importantes sont les Etats-Unis (32,6 millions), l'Argentine (6,4 millions), le Brésil (4,3 millions), l'Australie (3,5 millions) et le Canada (4,7 millions). Cette immense multitude est composée ainsi: 11,4 millions de personnes viennent du Royaume-Uni, 10 millions d'Italie, 7,3 millions d'Irlande, les ressortissants des Etats allemands sont environ 5 millions, 4,4 millions sont ceux qui laissent l'Espagne et 1,8 millions le Portugal: ces six derniers pays, considérés ensemble, produisent plus des 3/4 du flux global. Ces données impressionnantes sont fournies par Dudley Baines (1991), qui souligne aussi comment un siècle d'exodes conduit à une redistribution de la population européenne: "Only 4 per cent of ethnic Europeans were living outside Europe and Siberia around 1800. By the First World War this proportion was 21 per cent and rising" (Baines, 1991, pp.11-12).

cheval du siècle. Plus précisément, la question à laquelle on veut donner une réponse est si le critère de nationalité qui inspire le droit international privé de la famille des Etats européens d'où vient la majorité des émigrés produit des effets pratiquement considérables sur la condition quotidienne des ces personnes. Mais, pour ne pas se réduire à un exercice formaliste et improductif, ce problème de sociologie historique du droit doit être inséré dans le contexte plus vaste d'une recherche sur les usages du droit comme instrument d'une politique de l'émigration¹⁷³.

3.3.3. Les politiques européennes de l'émigration, en tant que spécifique objet d'étude, peuvent être approchées efficacement en se tenant à la division habituellement pratiquée par la culture politique et juridique de l'époque entre *politiques de contrôle* et *politiques de protection*: les premières étaient finalisées à discipliner le mouvement émigratoire, les autres visaient à influencer le processus d'insertion dans le pays d'accueil. Dans la plupart des pays, à un activisme modéré dans le premier domaine correspond l'absence presque totale d'engagement direct et concret dans le deuxième.

En prenant l'exemple de l'Italie - très significatif pour la durée, les dimensions et la variété de destinations de son émigration - on constate que la politique de régulation des flux de sortie a toujours été marquée par un certain opportunisme et que l'idéologie y a joué un rôle marginal. Ercole Sori, auteur d'un texte fondamental sur l'histoire de l'émigration italienne, résume ainsi son analyse sur ce point:

"...la politica emigratoria italiana si venne definendo come oggetto di comportamenti politici trasformistici, inclini a privilegiare la via amministrativa a quella legislativa e tutto sommato ad assumere posizioni attendiste. Rispetto a un fenomeno largamente spontaneo e in ogni caso 'autonomo' nei confronti dei pubblici poteri, si restò il più delle volte alla finestra.." (Sori, 1979, p.255).

¹⁷³La conscience que l'étude du droit de l'émigration, en tant que droit de l'intervention publique sur la société, ne pouvait pas être dissociée de l'étude des politiques relatives était déjà claire chez les juristes du début du siècle. A ce propos, la profession de méthode faite par Raggi en principe de son ouvrage est exemplaire:

"Onde poter esporre, spiegare e criticare la ragione, la genesi, la portata e l'efficienza delle norme che governano l'azione dello Stato sui fenomeni della vita sociale, occorre che siano noti i motivi che debbono indurre lo Stato ad intromettersi, quale metodo è desiderabile ch'esso prescelga nell'esercitare la propria ingerenza, in qual senso e verso qual mèta esso nelle condizioni attuali deve con preferenza far convergere gli sforzi della propria attività" (Raggi, 1903, p.4).

3.3.4. En voulant esquisser une périodisation des oscillations de cette branche spécifique de la politique émigratoire italienne, on peut distinguer - en allant de 1860 au deuxième conflit mondial - cinq grandes phases¹⁷⁴.

Dans les années qui suivent immédiatement à l'unification nationale, l'émigration est freinée et traitée essentiellement comme un problème d'ordre public; une telle fermeture est due surtout à la pression des propriétaires fonciers méridionaux, qui voient dans l'exode des campagnes une menace à leur contrôle presque féodal sur une main d'oeuvre agricole surabondante.

Dans un deuxième phase, qui s'ouvre au début des années '90, on voit s'affirmer l'idée que l'hémorragie migratoire puisse être utile, du point de vue politique (en allégeant la tension sociale engendrée par le haut chômage), aussi bien qu'économique (à travers les remises en devises étrangères et l'ouverture de nouveaux espaces d'investissement et de vente pour les entreprises italiennes)¹⁷⁵. Cette inversion d'attitude se mesure concrètement dans la distance, conceptuelle et pratique, qui sépare la loi 31 décembre 1888 - qui conçoit encore l'émigration essentiellement comme un problème d'ordre public et s'engage surtout pour créer des formes de protection des partants contre les escroqueries des *agenti di emigrazione* et l'exploitation sauvage des compagnies de navigations - de la loi 31 janvier

¹⁷⁴On résume ici les cinq phases, qu'on décrit de façon plus détaillée dans le texte:

- I. (1860 - 1890 environ): hostilité de fonds à l'émigration, traitée essentiellement comme un problème d'ordre public;
- II. (1890 environ - 1915 environ): attitude favorable à l'émigration conçue comme une ressource et encouragée;
- III. (1915-1918): parenthèse de fermeture forcée des frontières à cause de la guerre;
- IV. (1918 environ - 1925 environ): reprise d'une politique promotionnelle et croissante institutionnalisation du secteur;
- V. (1925 environ - 1940): fermeture progressive à l'émigration, décrite comme un appauvrissement de la communauté nationale qui doit être remplacée par la colonisation interne et externe.

¹⁷⁵Un rôle d'avant-garde dans la promotion, sur le terrain scientifique aussi bien que politique, d'une attitude plus favorable à l'émigration fût joué par Francesco Saverio Nitti; son pamphlet de 1888, intitulé *L'emigrazione italiana e i suoi avversari*, eut un poids décisif sur l'opinion du temps. A partir d'une vision engagée (mais rigoureusement documentée) de l'émigration comme seule voie d'émancipation possible pour les masses paysannes d'une Italie encore sous-développée, l'auteur y lançait une dure attaque à l'hypocrisie des "adversaires de l'émigration":

"L'emigrazione ha trovato in tutti i tempi fautori ed avversari numerosi. Però dalle opere di coloro che l'hanno combattuta come dannosa, si vede chiaramente la miseria di argomenti degli avversari; quando tutte le ragioni sono esaurite e la statistica ha dimostrato chiaramente i numerosi vantaggi che da una larga e continua emigrazione possono venire, essi invocano i vecchi argomenti, che facevano commuovere i nostri nonni, e tirano fuori l'amor della patria [...] Parlar d'amor di patria a chi emigra per fame, perchè il lavoro gli manca, perchè la ricompensa che nella dolce patria riceve è così esigua da non poter nemmeno bastare ai primi bisogni della vita, è una stupidità che non ha nome. La patria intesa in questo senso è un carcere duro" (Nitti, 1888, pp.74-75).

1901, dont l'approche au phénomène est beaucoup plus complexe, et va jusqu'à régler les activités de protection des émigrants dans le pays de destination.

A la veille de la première guerre mondiale le flux se tarit et on enregistre même de nombreux rapatriements, mais le mouvement reprend toute son haleine en 1918, avec le soutien et l'encouragement des autorités.

En 1921, les Etats-Unis - qui avaient représenté jusqu'alors une des destinations privilégiées - introduisent des quotas d'immigration par nationalité: pour les italiens, un toit maximum de 41.721 immigrants par an est établi (le chiffre correspond au 3% des italiens résidents aux Etats-Unis en 1910). La fermeture soudaine - quoique partielle - du débouché américain a des répercussions macroscopiques sur l'émigration italienne et sur la politique relative: des masses importantes de personnes en mouvement sont dérouterées vers des destinations plus proches, la France en particulier.

L'Etat italien réagit au choc en intensifiant l'intervention publique en matière d'immigration: on essaie notamment de maintenir un taux d'émigration élevé à travers deux types d'instruments: initiatives de "valorisation" de la main d'oeuvre destinée à l'exportation (p.e. au moyen de cours spéciaux d'instruction professionnelle) et traités internationaux avec les pays récepteurs. Cette méthode de gestion, qui est définie polémiquement *statalizzazione dell'emigrazione* par les libéristes, est maintenue dans les premières années du fascisme.

Vers 1925, il devient cependant de plus en plus évident que la crise économique et politique de l'occident n'est pas passagère, et qu'on est en présence de:

"un mondo in progressiva chiusura [... et de] una spirale tra crescita economica e sviluppo delle correnti migratorie internazionali che si avvita in senso negativo"

(Sori, 1979, pp.424-425).

Le régime de Mussolini oppose à cette tendance inéluctable de l'économie mondiale une rhétorique de l'isolement orgueilleux, basée sur le mythe de l'autosuffisance économique (*l'autarchia*).

Le détour politique est imposé autoritairement, en décourageant par voie administrative toute émigration non temporaire¹⁷⁶. La nouvelle attitude envers l'émigration

¹⁷⁶L'instrument institutionnel de la nouvelle politique est la *Direzione Generale Italiani all'Estero*, créée par le *Regio Decreto Legge* du 28 avril 1927, n.628 (ensuite converti en loi: n.1783 du 6 janvier 1928), rattachée au Ministère des Affaires Etrangères, qui remplace le vieil organe indépendant, le *Commissariato Generale dell'Emigrazione*.

émerge clairement d'une circulaire, signée Mussolini, adressée le 3 juin 1927 par la *Direzione Generale Italiani all'Estero* aux préfets des villes italiennes:

"...non basta difendere la salute della razza, incoraggiare l'aumento delle nascite, diminuire le morti, se si permette che attraverso l'esodo degli elementi più forti e più produttivi venga indebolita quantitativamente e qualitativamente la compagine della Nazione. [...] Per ogni emigrante che esce per sempre dall'Italia, in compenso di poco oro che giunge dall'estero, il Paese perde: economicamente, tutto ciò che ha speso per nutrirlo, educarlo, per metterlo in grado di produrre; militarmente, un soldato; demograficamente, un elemento giovane e forte, che feconderà terre straniere e darà figli a Paesi stranieri. Richiamo i prefetti del Regno ad una rigida sorveglianza su tutti gli organismi esistenti nelle loro giurisdizioni, aventi comunque attinenza con l'emigrazione. E pertanto le Regie Questure dovranno esercitare la massima severità e parsimonia nel rilascio di passaporti per emigranti".

La fermeture à l'émigration procède en parallèle avec la tentative de remplacer l'émigration transocéanique par la *colonizzazione interna* (on désigne ainsi les entreprises de bonification de terrains marécageux ou montagneux) et externe¹⁷⁷.

Mais les terres âpres et pierreuses de l'*Africa Orientale Italiana* n'attirent que quelques dizaines de milliers de colons: le projet d'expansion et de développement autarcique du régime fasciste aboutit à une impasse. La guerre mondiale sera cueillie, par

¹⁷⁷ En réalité, la transition d'une politique de soutien actif à l'émigration à une politique impérialiste est graduelle. En 1924 (11 décembre), dans un discours au Sénat, Mussolini parlait encore de l'émigration comme d'un phénomène nécessaire, sinon positif:

"Quando voi considerate la sproporzione grandissima, quasi angosciosa, fra le possibilità del nostro territorio che non ha in sé grandi pianure, e la popolazione esistente che è in aumento, voi comprendete che il problema è veramente importante. Quali le soluzioni? Giammai io raccomanderò le propagande più o meno malthusiane [...]. Né si può, né si deve pensare a guerre per la conquista di territori di colonizzazione. Allora il problema non offre che una soluzione, o meglio due: una di ordine interno, l'altra di ordine esterno. Quella di ordine interno consiste nell'utilizzazione fino all'ultimo centimetro quadrato del territorio nazionale e di tutte le energie del territorio nazionale. Seconda soluzione: la emigrazione" (Mussolini, 1937, pp.63-64).

Dix ans après, le pragmatisme de ces débuts est abandonné:

"Gli obiettivi storici dell'Italia hanno due nomi: Asia ed Africa. [...] Nessuno fraintenda la portata di questo compito secolare che io assegno a questa e alle generazioni italiane di domani. Non si tratta di conquiste territoriali, e questo sia inteso da tutti e vicini e lontani, ma di una espansione naturale, che deve condurre alla collaborazione fra l'Italia e le genti dell'Africa, fra l'Italia e le nazioni dell'oriente immediato e mediato" [discours à la deuxième "Assemblea Quinquennale del Regime", 19 mars 1934] (Mussolini, 1937, pp.151-152).

L'impérialisme 'humanitaire' de ces lignes - fondé sur une mystique de la primauté spirituelle et de la mission internationale de l'Italie qui était déjà centrale chez certains penseurs du *Risorgimento* (Gioberti, Mazzini) - naufrage dans la brutalité de l'invasion de l'Éthiopie, en 1936.

un bloc de pouvoir désormais en voie de désagrégation, comme "una occasione per trarsi di impaccio dal crescente numero di nodi politici, economici e sociali venuti ormai al pettine" (Sori, 1979, p.440).

3.3.5. Si, comme on vient de voir, le fait de l'expatriation forme l'objet d'une attention politique directe, quoique intermittente, on ne peut pas en dire autant de l'insertion des émigrants dans les pays d'arrivée. Par incapacité d'organisation et par absence d'intérêt, l'Etat italien néglige tout effort sérieux pour maintenir des liens vivants avec ses ressortissants, au point que:

"...la politica migratoria italiana [...] ha finito per scongiurare il rientro degli emigrati e per favorire, o almeno lasciare che avvenisse, la loro integrazione nei Paesi di accoglimento" (Sacchetti, 1978, p.37)¹⁷⁸.

D'ailleurs, outre que la volonté politique, c'est les instruments qui manquent: le réseau consulaire traditionnel est absolument inadéquat pour soutenir une politique sociale envers les masses immigrées; le personnel diplomatique - habitué à traiter avec une classe homologue de ministres et plénipotentiaires - considère une telle tâche avec dédain. Quant aux institutions administratives créées exprès (les *Uffici per gli italiani all'estero*¹⁷⁹, les écoles d'Etat à l'étranger), elles ne démarrent pas.

L'inertie et l'inefficacité de l'appareil public font que les activités d'assistance et de patronage soient déléguées aux associations privées, en majorité catholiques (p.e., les *Padri Scalabriniani*)¹⁸⁰: une modalité d'action typique de l'Etat libéral sur le terrain social est ainsi transplantée à l'extérieur¹⁸¹.

¹⁷⁸La marginalité de l'engagement de l'Etat dans la protection des migrants à l'étranger est dissimulée par une rhétorique répandue dont ces lignes - tirées d'un manuel de l'époque - nous fournissent un bon exemple: "Nessuno può negare, che con l'emigrazione si distacchi dalla patria la parte più viva e attiva del popolo, quella che effettivamente rappresenta il lavoro, sventurato forse, ma certamente coraggioso. E il gettar via queste parti di se stesso, come se si trattasse di un corpo canceroso e disfatto non può appagare nessun uomo di cuore. D'altra parte l'emigrante che nulla porta via dalla patria, oltre sé stesso, può ritornarvi arricchito, o perlomeno rimettervi i suoi risparmi, dirigendoli alle persone amate rimaste; e questo produce un indiscutibile bene economico specialmente nelle regioni stesse che la emigrazione immiscisce" (Apuzzò, s.d., pp.217-218).

¹⁷⁹Ces bureaux, institués par le règlement pour l'application de la loi du 31 janvier 1901 (art.33), devaient avoir la fonction de "tener vivi i rapporti morali ed economici con la Madrepatria". Voir: Mastellone, 1978, p.245.

¹⁸⁰Le règlement pour l'application de la loi de 1901 prévoit explicitement cette possibilité:

La prise du pouvoir par le fascisme marque un revirement de politique aussi en matière de rapports avec les communautés émigrées: les *Fasci dell'estero*, notamment, naissent comme des agences décentralisées de contrôle et d'assistance aux *italiani all'estero*; mais l'empreinte nationaliste et autoritaire de ces organismes provoque bientôt les réactions irritées des gouvernements des pays d'accueil et la conséquente paralysie de leur activité.¹⁸²

3.3.6. L'absence ou la faiblesse d'action des pays d'origine laisse aux gouvernements des pays d'accueil - pour qui l'immigration a essentiellement une fonction de peuplement - l'espace pour des politiques actives d'assimilation.

Pour les Etats américains, qu'on considère en particulier ici, la gestion unilatérale du statut politique et juridique des immigrants représente un des terrains privilégiés de l'action assimilatrice. Les instruments techniques de cette démarche sont ceux classiques, importés du Vieux Continent: c'est à dire l'assujettissement immédiat de tous les immigrants au droit local à travers l'adoption du domicile comme critère de rattachement de droit international privé, et l'ouverture de voies d'accès facile à la nationalité, à partir de la première génération.

Malgré l'ample diffusion et la profonde influence qu'exercent en Amérique Latine les doctrines de Von Savigny¹⁸³ - âpôtre d'une large utilisation du domicile comme critère de rattachement - à la première Conférence américaine pour la codification du droit international privé (Lima, 1878), les Etats participants se prononcent en faveur de la

Art.38: "Il Commissariato [dell'emigrazione] promuoverà la costituzione di patronati per la protezione degli emigranti tanto nel regno quanto all'estero, e potrà riconoscere quelli già istituiti o da istituirsi per iniziativa privata.

A questi patronati potranno essere deferite alcune delle facoltà che la legge concede agli uffici dipendenti dal Commissariato [...].

Il Commissariato potrà anche nell'intento di proteggere l'emigrazione temporanea affidare speciali incarichi a società filantropiche o di mutuo soccorso...".

¹⁸¹ Celui-ci est d'ailleurs un domaine d'activité de l'Etat, où les continuités ont un poids plus grand que l'on ne suppose habituellement: le schéma d'intervention à travers la délégation des activités d'assistance aux organisations bénévoles sera reproduit tel quel face à l'émergence de l'immigration non-européenne en Italie, à partir de la fin des années soixante-dix de notre siècle.

¹⁸² Sur le syndrome de la "cinquième colonne" engendrée en France, à la veille de la deuxième guerre mondiale, par ce genre agressif de politique de l'émigration, voir: Luquin et Schnapper, 1988, p.411 et suivantes.

¹⁸³ Cette influence est évidente, par exemple, dans le Code civil argentin de 1871.

nationalité. Mais, déjà en 1889, à la conférence de Montevideo, c'est le critère du domicile qui prévaut. La transition est achevée en 1928, avec l'adoption à La Havane du "Code de droit international privé américain" (*Code Bustamante*), où le domicile a un rôle central, quoique non exclusif. Au moment de l'approbation du Code, les délégations de Colombie et Costarica font une déclaration conjointe où se trouve bien exprimé le noyau du nationalisme égalitaire et assimilationniste de ces jeunes Etats:

"Peuples d'immigration comme le sont ou doivent l'être ces Républiques, elles ne peuvent songer sans une suprême inquiétude que les immigrants européens auraient la prétention d'invoquer en Amérique leurs propres lois nationales pour régir ici leur état civil et leur aptitude à contracter. Admettre cette possibilité [...] c'est créer en Amérique un Etat dans l'Etat et nous mettre presque sous le régime des capitulations que l'Europe a imposé pendant des siècles aux nations de l'Asie, considérées par elle comme inférieure dans leurs relations internationales."¹⁸⁴

Après l'adoption de ce texte, seul le Brésil - parmi les Etats d'Amérique Latine - reste encore longtemps fidèle au principe de nationalité, qu'il abandonnera à son tour en 1942.

3.3.7. L'absence d'études ponctuelles sur les relations des communautés immigrées avec la justice laisse dans l'ombre un aspect important du processus d'insertion dans la société d'accueil¹⁸⁵. Cependant, pour ce qui nous concerne ici, le manque même d'intérêt scientifique et le silence même des sources nous permettent de supposer que les Etats américains n'ont pas subi d'entraves systématiques de la part des diplomaties européennes dans l'application de la loi du domicile aux controverses internes aux familles immigrées. On a, en somme, l'impression que le rattachement à la loi nationale, nettement affirmé sur le

¹⁸⁴Cité par Cassin, 1930, p.743, note 1.

¹⁸⁵Une exception importante est représentée par l'ouvrage de Kate Holladay Claghorn intitulé *The Immigrant's Day in Court*, qui fait partie d'une importante série d'études originairement parue aux Etats-Unis dans les années '20, avec le titre global *Americanization Studies. The Acculturation of Immigrant Groups into American Society*. La série a été entièrement republiée par la maison d'édition américaine Patterson Smith (Montclair, New Jersey); le volume sur la justice, le neuvième de la série, est paru en 1971. L'auteur nous fournit une description empirique de grande richesse et vivacité des rapports des immigrés avec la justice américaine (les polonais et les italiens sont les communautés les plus souvent citées). Il en ressort un cadre où les différentes conceptions normatives de l'ordre social, ainsi que les différences culturelles dans l'approche à la justice étatique, jouent un rôle important dans la formation des pratiques. Cependant, on ne trouve aucune trace, dans l'ouvrage de Holladay Claghorn, d'une conflictualité spécifique concernant le choix du droit applicable: l'application du droit du for apparaît absolument incontestée.

plan théorique par les Etats d'origine, perde - dans les relations avec les communautés émigrées *oltreoceano* - ses effets pratiques, en ne conservant qu'une valeur de symbole¹⁸⁶.

L'absence de conflictualité manifeste entre la *lex patriae* des immigrés et la *lex fori* est probablement due, en partie, au taux réduit d'accès à la justice; mais il est raisonnable de penser qu'il y a aussi des raisons inhérentes le fonds des droits en conflit potentiel: le substrat commun constitué par la tradition de droit romain et l'empreinte profonde du catholicisme engendrent une remarquable homogénéité des structures de base du droit de la famille, qui dissout les présupposés mêmes du conflit de lois. Une telle hypothèse semble confirmée indirectement par quelques témoignages relatifs aux Etats-Unis où, au contraire, la nature différente et plus 'moderne' du droit des relations familiales - marquée notamment par la possibilité du divorce - paraît ouvrir la voie à une conflictualité plus vivace; voilà, par exemple, ce qu'écrit à ce propos Nissim Samama, auteur d'un pamphlet sur la double nationalité publié en 1910:

"Un immigrante italiano che si trovi in America, in un paese dove il divorzio è permesso, potrà dunque, invocando la legge del suo domicilio, far divorzio ed esigere dipoi dai giudici italiani la sanzione degli effetti? Se ciò si stabilisse, sarebbe uno spalancar la porta alla frode. Un Italiano che volesse compiere un atto proibito nel suo paese, ma permesso in America, non avrebbe da far altro che emigrare, compie l'atto, e ritornarsene in Italia a riprendervi domicilio; potrebbe dunque secondo i suoi fini e in considerazione dei pericoli a cui si trovasse esposto, far valere oggi la sua qualità d'Italiano, domani quella di Americano; farebbe presso a poco come il pipistrello della favola, che secondo l'opportunità si dava ora per topo ora per uccello"¹⁸⁷ (Samama, 1910, pp.31-32).

¹⁸⁶Isabella Castangia (1983, pp.40-41) parle à ce propos de "fiction":

"la conservazione della cittadinanza e la sua trasmissione illimitata, mediante l'adozione del principio del *jus sanguinis*, da parte dei paesi europei, si dimostrano, ai fini del mantenimento della soggezione politica, una finzione che, oltre tutto, non serviva a sottoporre gli emigranti alla legge nazionale per quanto riguardava i loro rapporti personali e familiari".

La façon de Castangia de trancher sur la question me paraît cependant trop hâtive: il ne faut pas négliger, en effet, l'importance que le rattachement formel au cadre juridique et politique du pays d'origine pouvait avoir, surtout pour les classes instruites.

¹⁸⁷Il s'agit de la fable de LaFontaine intitulée *La chauve-souris et les deux belettes*. Livre II, fable 5.

3.3.8. Outre que par l'application du droit local aux ménages étrangers, l'objectif de l'assimilation des nouvelles populations est poursuivi à travers des règles très libérales en matière d'acquisition de la nationalité. Dans ce domaine, les signes d'une conflictualité ouverte entre systèmes sont beaucoup plus évidents que sur le terrain du droit international privé: le cas des relations entre le Brésil et l'Italie est, à ce propos, exemplaire.

Depuis la Constitution de 1824, le principe du *jus soli* était appliqué, en forme pure, sur les terres de l'empire brésilien. La Constitution républicaine de 1891 - anticipée sur ce terrain par une série de décrets gouvernementaux - va au-delà en élargissant énormément les voies normales d'accès à la nationalité brésilienne; de plus, une procédure exceptionnelle est ouverte: tous les étrangers qui se trouvaient dans le pays à la date du 15 novembre 1889, jour de la proclamation de la République deviennent automatiquement brésiliens sauf qu'ils ne déclarent, dans un délai de six mois à partir de l'entrée en vigueur de la Constitution, leur intention de conserver la nationalité d'origine¹⁰⁰.

Cette mesure, dite la "Grande Naturalisation", poursuit bien sûr des finalités de long terme de nature économique et démographique, mais elle vise aussi des objectifs politiques plus proches et urgents: il s'agit pour les Constituants de former la 'masse critique' de population nationale qui est considérée nécessaire pour stabiliser la jeune République. Les dynamiques sociales sous-tendues par la réforme sont analysées ainsi par Gian Fausto Rosoli:

"le Brésil, désormais doté d'institutions républicaines et électives élargies, avait fondamentalement besoin d'une base sociale nouvelle et plus évoluée, capables de vaincre les anciennes élites monarchistes et la masse réfractaire de l'ancienne main-d'oeuvre esclave" (Rosoli, 1986, p.71).

Concrètement, le gouvernement brésilien se propose, à travers la réforme, de produire en série des électeurs et des soldats: ce double objectif ne peut ne pas soulever les protestations des gouvernements des Etats d'origine des immigrants. A cela s'ajoutent d'autres sources de conflit, comme les affaires de successions, "où un statut imposé de citoyen du pays de résidence pouvait compromettre gravement les droits des héritiers directs restés dans le pays d'origine" (Rosoli, 1986, p.71).

¹⁰⁰La norme est contenue dans l'article 69 de la Constitution de 1891, qui attribue également la nationalité brésilienne aux catégories suivantes de personnes: personnes nées au Brésil d'un père étranger demeurant au Brésil; étrangers possédant des biens immobiliers au Brésil; étrangers mariés avec des Brésiliennes ou ayant des enfants Brésiliens, sauf manifestation de volonté contraire.

3.3.9. Le pays le plus touché par la Grande Naturalisation est sans doute l'Italie, qui essaie de s'y opposer, en organisant un front diplomatique commun avec les autres pays intéressés (Portugal, Espagne, Autriche-Hongrie). Mais les résultats obtenus sont très modestes¹⁸⁹: le pouvoir de la distance, de l'ignorance des masses de *fazendeiros* et des intimidations mises en oeuvre par les autorités locales est trop fort pour que la campagne diplomatique lancée par le gouvernement de Francesco Crispi puisse changer en profondeur le cours des choses. L'initiative italienne n'obtient pas, d'ailleurs, le soutien - qui aurait été décisif - des élites immigrées des villes: c'est à eux, en effet, que le 'contrat d'assimilation' proposé par le gouvernement brésilien de changement offre les plus grands avantages; c'est à eux que se réfère Lahalle quand elle écrit:

"[La Grande Naturalisation] fut généralement approuvée par les immigrés italiens au Brésil, qui mirent en parallèle l'attitude généreuse et 'chevaleresque' du Brésil, accueillant sans restrictions les travailleurs étrangers, et celle de la France, pays qui avait décrété les droits de l'homme, et qui manquant à ses glorieuses traditions veut expulser de son sol l'ouvrier étranger" (Lahalle, 1990, p.5).

La défaite italienne dans le contentieux avec le Brésil fait apprécier, par contraste, l'efficacité de la stratégie juridique adoptée sur le même terrain par l'Etat allemand: le *Reich* n'essaie pas de s'opposer frontalement à la Grande Naturalisation, il cherche en revanche d'adapter son droit de la nationalité aux circonstances, en facilitant énormément, par la suite, la récupération de la nationalité allemande pour les descendants des émigrés.

3.3.10. Dès le début du siècle, l'opportunité de déplacer l'attention politique et juridique sur le droit interne de la nationalité devient manifeste aussi en Italie. La controverse avec le Brésil et, plus généralement, l'impossibilité évidente de bloquer la vague

¹⁸⁹ Avec une série de décrets (n.396 du 15 mai 1890, nn.479 et 490 du 13 juin 1900) le gouvernement brésilien fait quelques concessions: le délai accordé aux étrangers pour refuser la naturalisation est prorogé de quelques mois, les procédures relatives sont simplifiées, il est enfin établi que l'inscription des étrangers sur les listes électorales n'implique pas nécessairement une reconnaissance de nationalité brésilienne. A ce dernier propos, Rosoli observe que:

"Si cette dernière loi avait eu une application cohérente et non contradictoire au niveau jurisprudentiel, elle aurait eu une grande importance et une valeur novatrice dans le domaine de la participation des immigrés; elle aurait placé le Brésil à l'avant-garde dans l'octroi des droits politiques et sociaux des étrangers" (1986, p.79).

massive d'acquisitions de nationalité de la part des migrants italiens aux Amériques conduisent, en 1912, à une réforme profonde du droit italien de la nationalité.

En anticipant une tendance qui s'affirmera plus nettement dans la deuxième moitié du siècle, la loi n.555 du 1912 atténue la rigidité du dogme juridique de la nationalité unique, qui était exprimé dans le vieux brocard "*Nemo duarum civitatum esse potest*"¹⁹⁰. Alors que, sur ce point, l'article 11, n.2, du Code civil italien de 1865 n'admettait aucune exception ("La cittadinanza si perde: [...] 2°) da colui che abbia ottenuto la cittadinanza in paese estero")¹⁹¹, l'article 8 de la nouvelle loi prévoit que:

"Perde la cittadinanza:

1°) chi spontaneamente acquista una cittadinanza straniera e stabilisce o ha stabilito all'estero la propria residenza;

2°) chi, avendo acquistata senza concorso di volontà propria una cittadinanza straniera, dichiara di rinunciare alla cittadinanza italiana e stabilisca o abbia stabilito all'estero la propria residenza".

Certes, la sanction de la privation de la nationalité d'origine pour qui choisit expressément la naturalisation agit encore comme un puissant facteur de découragement. Pour abattre même cet obstacle à une assimilation totale (en termes juridiques) de la première génération d'immigrés, une position doctrinale et politique favorable à la naturalisation automatique des étrangers résidents prend pied en Argentine dans les décennies centrales de notre siècle (cf. Petriella, 1961). Le mouvement d'opinion semble obtenir son résultat avec une norme introduite avec la réforme constitutionnelle de 1949 (art.31), mais la petite révolution sera substantiellement vanifiée par la loi de mise en oeuvre (19 octobre 1954), dont l'article 14 réintroduit la nécessité d'une démarche positive de la part du candidat à la naturalisation.

En revenant à l'Italie, le mouvement vers une flexibilité du droit de la nationalité qui s'amorce en 1912 ne parvient pas, dans l'immédiat, à la définition d'un régime clair de la

¹⁹⁰Mais, dans l'édition de 1880 de son célèbre *Traité de droit civil international* (Tome 3, n°144), Laurent parlait encore de la double nationalité comme d'une "impossibilité naturelle et juridique".

¹⁹¹D'ailleurs, la jurisprudence du siècle dernier allait même au-delà, en prévoyant que: "chi trasferisce in paese estero il suo domicilio con animo di non più ritornare, incorre nella perdita della cittadinanza italiana, per estensiva interpretazione dell'articolo 1, par.1°, Codice civile" (Samama, 1910, p.70). Cf., par exemple: Cour de cassation de Torino, 9 décembre 1879, *Rolando c. Vacca*, in: G.I., 1880, I, 264; Cour de cassation de Firenze, 27 novembre 1893, *Coen c. Laschi*, in: T.V., 1894, 120.

situation de double nationalité¹⁹². Une comparaison s'établit naturellement avec l'Espagne, qui choisit, dans la même période, une voie différente, qui se démontrera aisée: avec une série de traités bilatéraux stipulés avec les pays où résident des communautés espagnoles importantes (Chili, Perù, Paraguay, Guatemala, Nicaragua), et fondés sur une distinction de principe nette entre la titularité et l'exercice des droits (et des devoirs) inhérents à la nationalité, la diplomatie ibérique dessine un modèle de 'nationalités alternatives' où le critère décisif est le domicile actuel du double national.

Dans l'Italie de la grande émigration, en fin de comptes, malgré la stipulation de quelques traités sur le service militaire des doubles nationaux¹⁹³, "la celeberrima questione della doppia cittadinanza" (Raggi, 1903, p.41) reste en suspens¹⁹⁴. Aucun principe clair ne se cristallise en matière d'allégeance politique des communautés émigrées.

Le problème d'ailleurs, de temps à autre, refait surface: c'est peut-être un des signes du caractère inaccompli de la dimension nationale dans l'histoire italienne.

¹⁹²Une proposition de loi, fondée sur la 'mise en sommeil' de la nationalité d'origine, qui eut un certain retentissement à l'époque est celui qui fut présentée par le professeur G.C. Buzzati au premier congrès des *Italiani all'Estero* (Roma, octobre 1908). Une analyse et une critique détaillées du projet se trouvent en Samama (1910).

¹⁹³On peut rappeler, par exemple, un traité stipulé avec la Suisse. A ce même propos, il est utile de rappeler qu'une certaine flexibilité de l'obligation militaire pour les jeunes émigrés avait déjà été introduite par la loi sur l'émigration du 31 janvier 1901. Son article 33, en effet, suspendait l'obligation pour les jeunes de nationalité italienne qui pouvaient prouver avec certitude d'être nés, ou d'avoir émigré avant leur seizième anniversaire en Amérique, en Océanie, en Asie (sauf la Turquie) et en Afrique (sauf les colonies italiennes, l'Égypte, la Tripolitanie, la Tunisie, l'Algérie et le Maroc). L'exemption devenait définitive, si les sujets en question demeuraient encore à l'étranger à l'accomplissement de leur trente-deuxième année.

¹⁹⁴"La questione della cittadinanza, spesso doppia, e quella del diritto a una rappresentanza politica e al voto in Italia, tipici strumenti di integrazione subalterna di chi era lontano dalle vicende del paese da parte di un sistema istituzionale parlamentare, restarono irrisolte" (Sori, 1979, p.272).

Chapitre quatrième

LA CRISE DU PARADIGME

**L'internationalisation des familles et la
recherche de nouvelles solutions aux conflits
internationaux de lois**

4.1. Les défaillances 'politiques' du principe de nationalité dans l'Europe des nationalismes.

4.1.1. Il a été remarqué que, dans la conscience des contemporains ainsi que dans l'historiographie courante, un siècle "non è soltanto una serie temporale ma si trasforma quasi in un organismo che ha come tutti gli organismi un percorso prestabilito, segnato da una nascita, da uno sviluppo prima ascendente e poi discendente, e infine da una morte" (Bobbio, 1981, p.1). Le tournant entre deux siècles - dans un tel cadre de représentation - "è di solito percepito come il risolversi di una crisi o spirituale o morale o politica o economica (quante volte troviamo congiunti i due concetti di 'crisi' e di 'fin di secolo') e insieme come la premessa di un rinnovamento" (*ibidem*, p.2).

Une telle vision 'organiciste' du temps historique - qui correspond probablement à un besoin profond de l'esprit humain et contribue souvent à réaliser ses propres prémisses - a gouverné les interprétations, pourtant variées et souvent en conflit réciproque, du passage entre le XIXème et le XXème siècle de l'histoire européenne. Dans la culture de l'époque, l'emphase était posée sur l'exigence d'un renouveau et de dépassement d'une raison bourgeoise, condamnée comme stérile et paralysante. Les historiens de notre siècle ont, au contraire, cristallisé une image de cette date-clé, comme le début d'un âge funeste d'irrationalisme.

Dans cette dernière perspective, la dégénérescence du principe de nationalité en nationalisme est généralement identifiée comme un des aspects essentiels de la métamorphose de l'esprit du temps.

4.1.2. L'angle de vue limité qui est ici le nôtre nous impose de chercher des manifestations sectorielles concrètes d'une telle prétendue transition culturelle générale. On

découvre ainsi que, dans les décennies initiales du XXème siècle, l'utopie du principe de nationalité comme *Grundnorm* d'un ordre international pacifique fait naufrage dans la multiplication des usages conflictuels, agressifs et défensifs, de ce même principe.

La fragilité du principe de nationalité dans un contexte international instable et conflictuel commence à se manifester dès la veille de la première guerre mondiale, avec l'affaire des mariages de déserteurs allemands à l'étranger¹⁹⁵. Le gouvernement allemand exige que les "traîtres" soient déclarés inaptes au mariage par les autorités locales sur la base de l'empêchement de caractère militaire prévu par la loi allemande, applicable en tant que loi nationale en vertu de l'article 1 de la convention de La Haye de 1902 sur le mariage¹⁹⁶. Pour ne pas se plier à cette prétention, légalement justifiée mais politiquement inacceptable, les gouvernements français et belge dénoncent les conventions de 1902¹⁹⁷. Pour justifier sa démarche, le gouvernement français soulève une question de principe:

"la distinction du droit public et du droit privé ayant été à la base des conventions de La Haye [n'est] pas respectée par certains Etats contractants".

Dans un langage moins feutré, on peut dire, avec René Cassin, que la démarche française s'explique par "la conception allemande [qui] tendait à utiliser tout l'édifice des accords de La Haye pour maintenir la soumission des Allemands à l'étranger, non seulement à leurs lois nationales, mais à leurs autorités" (Cassin, 1930, p.730)¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Il s'agissait surtout de citoyens allemands d'origine alsacienne, s'établissant en France ou en Belgique pour échapper à l'appel aux armes.

¹⁹⁶ Cet article dispose que: "le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux". L'article 3 du même texte n'autorise les autorités du lieu de célébration à ignorer les prohibitions de la loi nationale que "lorsque celles-ci sont exclusivement fondées sur des motifs d'ordre religieux", ce qui n'est pas le cas dans la situation examinée.

¹⁹⁷ La France notifie la dénonciation des trois conventions de 1902 (en matière de mariage, tutelle, séparation de corps et divorce) le 12 novembre 1913, pour prendre effet du 1er juin 1914; la Belgique suit en 1918. Cet épisode se situe dans le cadre d'un mouvement général d'abandon des instruments internationaux de La Haye qu'on a décrit ainsi:

"Le progressive defezioni dalle convenzioni sul diritto di famiglia, dinanzi all'incapacità mostrata dalla Conferenza di trovare soluzioni soddisfacenti in relazione alle difficoltà di applicazione della legge nazionale, facevano ritenere che il lavoro svolto all'Aja fosse destinato ad uno scacco completo, almeno sintanto che il principio di nazionalità avesse mantenuto il ruolo di regola fondamentale" (Castangia, 1983, p.173).

¹⁹⁸ L'accentuation des fondements idéologiques du droit international privé pour des fins politiques caractérisera de façon encore plus nette l'époque national-socialiste. Une telle déformation extrême de la doctrine de la nationalité est clairement exemplifiée par les passages suivants, extraits d'un article du juriste allemand Franz Schlegelberger:

"Den Gesetzen dieses Staates muss der Deutsche unterworfen sein, wo immer er sich bewegt; allüberall in der Welt muss er seinem Heimatstaat verbunden bleiben. Im ganz besonderen Masse

L'affaire des déserteurs allemands n'est d'ailleurs qu'une manifestation particulière d'un mouvement bien plus vaste de révision globale des normes en matière de condition des étrangers. Comme l'explique Gérard Noiriel par rapport à la France, les règles 'modernes' - en ce domaine - naissent dans le climat crispé qui précède l'explosion de la guerre:

"La guerre de 1914 parachève le processus de fermeture nationale en rendant à nouveau obligatoires les passeports. Mais, à la différence du XIXe siècle, ceux-ci ne sont plus désormais exigés que des étrangers car les passeports intérieurs ont définitivement disparu. [...] Désormais, c'est l'Etat national du titulaire du document et, lui seul, qui est autorisé à le délivrer. Le pays d'accueil accorde un visa aux étrangers qu'il souhaite recevoir. Mais cela ne suffit plus pour être autorisé à séjourner en France. A partir de 1917, il faut en effet obtenir une 'carte d'identité' délivrée par la police sur présentation du passeport et qui vaut autorisation de séjour. Dès ce moment, avoir une nationalité est devenu pour un individu aussi vital que le nez au milieu de la figure" (Noiriel, 1991, p.92).

4.1.3. L'issue de la guerre bouleverse le réseau des frontières intra-européennes et impose une révision radicale du système des relations entre Etats et populations sur le continent (notamment, dans sa partie orientale). Cet oeuvre immense de restructuration géopolitique est poursuivi à travers deux séries de mesures gérées internationalement¹⁹⁹: des immenses manoeuvres de déplacements de populations sont d'abord accomplies²⁰⁰,

muss diese Verbindung bestehen auf den Rechtsgebieten, die für uns heute die wichtigsten sind, auf den Gebieten des Personen- und Familienrechts. Nur das deutsche Recht kann darüber bestimmen ob und mit wem ein Deutscher die Ehe eingehen kann, unter welchen Voraussetzungen die Ehe eines Deutschen gelöst werden darf, wie das Rechtsverhältnis zwischen den deutschen Eltern und ihre Kindern zu gestalten ist, welche Rechtsbeziehungen zwischen Ehegatten untereinander bestehen sollen usw., und zwar ohne rücksicht darauf, ob der Deutsche im Reiche oder ob er im Auslande lebt. Das bedeutet aber die Beibehaltung des Staatsangehörigkeitsprinzip [...]. Das kommende deutsche internationale Personen- und Familienrecht wird also dem Staatsangehörigkeitsprinzip treu bleiben, vielleicht auch bei manchen Rechtsverhältnissen der Staatsangehörigkeit der Beteiligten noch grössere Bedeutung beimessen als das heute geltende EGBGB. [...] Das deutsche Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und insbesondere das seit 1933 neugestaltete Personen- und Familienrecht ist ein dem deutschen Menschen artgemässes Recht; es eignet sich nicht zur Anwendung auf fremde Volkszugehörige, jedenfalls dann nicht, wenn ein Aufgehen dieser fremden Volkszugehörigen im deutschen Volk unerwünscht ist. Für diese fremden Volkszugehörigen wird also entweder das Recht, das bisher für sie galt, in Geltung zu lassen oder es wird ein neues, ihnen artgemässes Recht zu schaffen sein" (Schlegelberger, 1942, pp.2-4-13, cité in Basedow et Diehl-Leistner, 1990, pp.17-18).

¹⁹⁹Pour une panoramique de ces mesures, voir par exemple: Akzin et al., 1933.

²⁰⁰La voie suivie est généralement celle de l'échange de populations entre deux entités politiques limitrophes. L'échange est parfois volontaire mais, dans la plupart des cas, aucun choix n'est laissé aux populations

dans un dessin général de rétablissement de l'homogénéité nationale à l'intérieur des frontières de chaque Etat; parallèlement, pour faire face aux situations que la démarche orientée à la séparation ethnique n'arrive pas à débrouiller, un système de protection internationale des minorités est mis en place par la Société des Nations²⁰¹.

Mais on s'aperçoit bientôt que la double démarche entreprise est insuffisante: la dérive autoritaire de l'Etat en Europe reprend son cours, en parvenant même à s'aggraver, en sens totalitaire. Un indicateur juridique de cette transition - dont la nature et la substance sont fort discutées parmi les historiens - peut être fourni par la pratique des dénationalisations de masse, qui se succèdent nombreuses en Europe entre les deux guerres.

La France, en tant que 'terre de refuge', est particulièrement touchée par les mesures décidées par les autorités bolchéviques entre 1923 et 1924, et par le régime fasciste italien en 1926²⁰². Le système juridique s'adapte à cette injection massive de nouveaux sujets avec une certaine élasticité, en disposant que les apatrides soient soumis au statut personnel du lieu de domicile²⁰³; mais c'est un autre signe clair des défaillances du critère de nationalité dans un cadre international fragmenté et conflictuel.

4.1.4. Dans la France des années Trente, la conscience de l'inadéquation de la nationalité en tant que paramètre essentiel pour l'individuation du droit applicable refait

concernées: c'est, par exemple, le cas du dramatique exode croisé entre la Grèce et la Turquie, qui intéresse 1.200.000 personnes d'origine grecque et environ 350.000 personnes de religion musulmane.

²⁰¹ Cf., par exemple: Corsini et Zaffi, 1994.

²⁰² Les mesures soviétiques de privation de la nationalité des "ennemis du peuple" produisent plus d'un million de *Heimatlose*. Les réfugiés arméniens qui fuient à la double persécution bolchévique et kémaliste subissent le même sort. Quelques années plus tard les juifs allemands (avec les lois de Nuremberg de 1935) et italiens (avec les lois raciales de 1938) seront frappés de telle forme d'"anéantissement juridique", qui sera la prémisse de l'anéantissement physique.

²⁰³ Le choix de la loi du domicile pour les apatrides s'imposera au niveau international avec le traité de New York sur le statut des apatrides (28 septembre 1954), dont l'article 12 dispose:

"The personal status of a stateless person shall be governed by the law of the country of his domicile or, if he has no domicile, by the law of the country of his residence."

Auparavant, des solutions divergentes à ce problème juridique étaient fournies par les pays européens. L'évolution du droit allemand sur ce point offre des motifs particuliers d'intérêt: jusqu'en 1938 les apatrides étaient soumis à leur ancienne loi nationale ou à la dernière de leurs anciennes lois nationales (art.29 de la loi d'introduction au BGB). La loi 12 avril 1938 réforma cet article en adoptant la résidence habituelle (ou, à défaut, la résidence) comme critère de rattachement dans le but spécifique de soustraire les anciens russes réfugiés en Allemagne à l'empire des lois soviétiques.

surface et se précise, en parvenant même à produire la théorisation d'une solution alternative. Puisque ce débat montre des affinités significatives avec la discussion actuelle, il vaut la peine de s'arrêter brièvement sur le contexte historique où il s'origine.

Dès la fin du siècle dernier, la croissance naturelle de la population française est très faible; le déficit démographique qui en résulte est aggravé par les 1.400.000 morts causés par la guerre de 1914-1918. L'absorption de populations étrangères, qui n'est pourtant pas une nouveauté pour la France, devient une nécessité absolue et se traduit en une vague d'immigration de proportions jamais vues auparavant: le nombre des étrangers recensés passe de 1,15 millions en 1921 à 2,9 (soit 7% de la population globale) en 1931.²⁰⁴

En comparaison avec les migrations des décennies précédentes la Grande Guerre, on observe un nombre croissant d'initiatives officielles de recrutement, gérées par les syndicats d'employeurs pour faire face aux besoins de la reconstruction.²⁰⁵

Tout le long de la période 1921-1931 les Italiens demeurent le groupe plus nombreux (ils sont estimés à un million en 1931), mais en pourcentage ils reculent de 37,1% en 1921 à 28,5% en 1931: c'est l'effet de l'afflux impétueux de Polonais (qui passent de 46.000, en 1921, à 508.000, dix ans plus tard!) et d'Espagnols (352.000 en 1931), qui finissent par dépasser numériquement - tous les deux - l'ancienne présence d'origine belge.

La condition sociale de ces populations reste marquée par une forte mobilité, qui est décrite ainsi par Yves Lequin:

"...même quand la migration s'allonge, la patrie n'est jamais loin et, au bout du compte, c'est le retour au pays qui constitue la finalité de l'immigration. Son espoir explique en partie la mobilité des étrangers en France, puisqu'ils n'y ont point de petite patrie, et qu'aucun attachement local ne résiste au souci d'augmenter un salaire, une situation, un pécule qui permettra justement de revenir au pays, le vrai" (Lequin, 1988, p.355).

L'instabilité de la main d'oeuvre étrangère n'empêche pas qu'au cours des années vingt celle-ci acquière, face au refus de certains travaux par les français, un poids extraordinaire dans le secteur industriel: à la fin de la décennie les ouvriers immigrés sont 22% du total dans la

²⁰⁴ Les données statistiques utilisées dans ce paragraphe sont tirées, s'il n'est pas indiqué autrement, de Lequin (dir.), 1988.

²⁰⁵ La plus importante de ces sociétés de recrutement est la *Société Générale d'Immigration* (S.G.I.), "créée conjointement en mai 1924, par les compagnies charbonnières, les maîtres de forge et les milieux ruraux" (Lequin, 1988, p.345-346).

verrière, 33% dans les houillères et la sidérurgie, 50% dans les cimenteries, 50 à 70% dans la fabrication de la soie artificielle et 70% dans les mines de fer.

La société française réagit à ce bouleversement avec une inquiétude croissante. C'est d'abord dans les milieux ouvriers qu'émergent des comportements de fermeture et de rejet; ils sont inspirés par la "concurrence déloyale" des travailleurs immigrés qui, à cause de leur faiblesse contractuelle et de leur mobilité professionnelle, sont accusés de faire baisser les salaires et empirer les conditions de travail.

L'hostilité 'économique' s'aggrave pendant les années '20, lorsqu'on commence à percevoir les symptômes de la récession. C'est alors que plusieurs "syndicats libres" (comme la Société des chauffeurs français) se ferment aux étrangers; même la modérée C.G.T. "n'est pas insensible à la concurrence de 'ces éléments peu recommandables' qui provoquent, de la base jusqu'aux instances confédérales, un permanent soupçon" (Lequin, 1988, p.401).

La dramatisation de l'image sociale de la main d'oeuvre étrangère est accentuée par la politique syndicale 'internationaliste' de la confédération communiste (C.G.T.U.). Face au partage du marché du travail entre une aristocratie ouvrière française et une couche inférieure immigrée - dont les intérêts, s'ils ne sont pas en conflit, divergent - c'est "vers les travailleurs étrangers que les dirigeants du syndicalisme avancé tournent maintenant les yeux pour 'reconstituer la masse de manoeuvres'".²⁰⁶

La politisation de l'opposition français/immigrés est favorisée aussi par la constitution de liens entre Etats d'origine et communautés émigrées. Aussi bien l'Italie (v. par.3.3.), que la Belgique et la Pologne, développent, à travers une série de conventions bilatérales²⁰⁷, une politique active de protection sociale de leurs ressortissants et de réduction des différences de traitement entre eux et les travailleurs autochtones.

On a illustré dans le chapitre précédent, de quelle façon l'avènement du fascisme en Italie change la nature et les objectifs de l'engagement de l'Etat d'origine vis-à-vis des communautés transplantées. Des situations paradoxales fleurissent: pendant qu'à Marseille est active une importante section des *Fasci dell'estero* (les cellules étrangères du parti

²⁰⁶G. Mauco, *Les étrangers en France*, Armand Colin, Paris, 1932, pp.475-476, cité par Lequin, 1988, p.408.

²⁰⁷Conventions avec la Belgique en 1896 et 1906, et avec l'Italie en 1901, 1910 et 1913.

fasciste), les exilés antifascistes se concentrent à Paris où, en 1928, le *Centro Estero* du Parti Communiste Italien est ouvert.

Ces événements, amplifiés par la presse, font monter le syndrome de l'invasion dans la population française. Ce sentiment diffus dégénère en ouverte et brutale xénophobie dès 1931, lors de l'écroulement de la conjoncture économique générale²⁰⁸.

En rupture avec une tradition politique et juridique établie, les pouvoirs publics se plient au sentiment populaire. Le 10 août 1932, une loi qui introduit un système de contingentement souple de la main d'oeuvre étrangère est votée à l'unanimité. Mais le vrai saut de qualité arrive avec le décret du 6 février 1935, qui "porte l'exclusion sur un autre plan, puisqu'il conditionne la délivrance d'une carte d'identité au préalable d'un contrat, limite la possibilité de réunion des familles, restreint la liberté de circulation. Du côté des professions libérales, la loi Ambruster, d'avril 1933, aggravée en 1935, impose la naturalisation et la possession de diplômes français pour les médecins, et un texte de juillet 1934 requiert une période probatoire de dix ans pour les étrangers qui veulent embrasser une profession judiciaire" (Lequin et Schnapper, 1988, p.416). La rigidité accrue de l'appareil administratif et une rigueur policière croissante complètent l'action.

A la suite de ce tour de vis, on enregistre une stagnation de la population étrangère: entre 1931 et 1936 les statistiques officielles montrent une diminution de près de 20% (de 2,7 millions à 2,2 millions). C'est une réduction imposante, même si elle n'équivaut pas à autant de départs puisqu'il faut mettre en compte aussi l'augmentation des naturalisations (210.000 entre 1931 et 1935) et la diminution de l'immigration clandestine²⁰⁹.

4.1.5. Une manifestation significative de la crise de rejet envers les étrangers que la société française traverse au cours des années Trente est représentée, sur le terrain

²⁰⁸Gérard Noiriel (1988, p.249 ss.) utilise la catégorie historiographique de la "crise" pour expliquer cette période de l'histoire de l'immigration en France. Sur cette base, il essaye d'établir une comparaison entre "trois grands moments de l'histoire française récente où la 'haine de l'étranger' a été portée à son paroxysme: les années 1880 qui débouchent sur l'Affaire Dreyfus; les années trente qui précèdent le régime de Vichy et les années quatre-vingt" de notre siècle. Il constate ensuite que chacune de ces crises coïncide avec une phase de stabilisation des communautés étrangères "dans la société d'accueil, au moment où celle-ci est agitée par des transformations structurelles fondamentales" (p.250), et il relie la montée de la xénophobie à "une prise de conscience du caractère irréversible de l'implantation des nouveaux venus" (p.257).

²⁰⁹Voir Noiriel, 1988, p.253.

juridique, par la mise en discussion radicale du principe de nationalité tel qu'il s'était développé dans le climat confiant du XIXème siècle.

Le mouvement pour l'adoption du critère du domicile qui se développe regroupe plusieurs parmi les meilleurs spécialistes de l'époque: Niboyet, Lerebours-Pigeonnière, Cassin. Ce dernier, dans son cours à la Haye en 1930, expose clairement l'argument politique qui est à la base de sa prise de position:

"L'application de la loi nationale aux étrangers domiciliés ne constitue plus seulement un gêne, mais peut même devenir un danger pour la cohésion et la souveraineté de l'Etat, lorsque des colonies compactes d'immigrants de même nationalité se forment en certain point du territoire, ce qui est le cas en France depuis que les pertes très lourdes de la guerre et les nécessités de la reconstitution des régions dévastées ont créé un appel de main-d'oeuvre étrangère, principalement italienne et polonaise" (Cassin, 1930, p.745).

Outre que pour des "sérieuses difficultés pratiques", le critère de nationalité est rejeté pour permettre de mieux assimiler les nouvelles populations²¹⁰ et pour se défendre des tentatives de "mainmise des autorités politiques ou administratives de leur pays d'origine".

Ce mouvement d'opinion est à l'origine d'un projet de loi, élaboré en 1930 par la "Société d'études législatives" et introduit par un rapport de Niboyet; dans le texte le principe de l'article 3 alinéa 3 du Code civil garde sa centralité, mais on lui impose des limites en prévoyant l'application de la loi française "d'une part, aux effets personnels du mariage, même si le mari est étranger, quand la femme est française et réside habituellement en France; d'autre part, à la capacité juridique et à la tutelle du mineur domicilié en France à la date de sa naissance" (Cassin, 1930, pp.732-733).

Le projet Niboyet finalement n'aboutira pas, mais les inquiétudes dont il naissait persistent, et on les verra émerger à nouveau. Entre-temps le système français reste solidement fondé sur le principe de nationalité auquel sont soustraites seulement, par

²¹⁰L'assimilation est d'ailleurs présentée comme une tendance naturelle:

"L'étranger établi durablement dans un pays entend vivre comme les indigènes, se soumettre aux mêmes lois civiles, non seulement en ce qui concerne son activité patrimoniale, mais même en ce qui concerne l'organisation de la famille et la protection des individus." (Cassin, 1930, p.741).

C'est une conception 'volontariste' qui s'oppose nettement à celle 'naturaliste' de Mancini, tout en étant formulée de façon également apodictique.

tradition, les matières des successions *mortis causa*²¹¹ et des effets patrimoniaux du mariage²¹².

4.1.6. Dans la tempête politique qui investit l'Europe entre les deux guerres mondiales, ce n'est pas seulement le contenu dispositif de plusieurs normes de droit international privé qui est mis en discussion, c'est aussi - et bien plus radicalement - la fonction même de cette branche juridique ainsi que ses fondements méthodologiques.

Une division fondamentale émerge entre la traditionnelle approche *universaliste* et une nouvelle approche *particulariste* à la discipline. La substance de la querelle est illustrée par Henri Batiffol:

"...pour les premiers le droit international privé ayant pour objet des relations internationales devait être le même pour tous les Etats, ce qui était non seulement satisfaisant pour l'esprit, mais pratiquement beaucoup plus avantageux pour les personnes privées destinataires de ces règles de droit. Pour les particularistes le fait de la diversité des systèmes nationaux ne devait pas être considéré comme un pis-aller méritant à peine le nom de droit, mais comme une réalité qui avait des explications très légitime dans la diversité des structures des Etats, et plus particulièrement de leurs systèmes de droit privé, inséparables des règles de conflit de lois" (Batiffol, 1973, p.79).

Dans l'affrontement entre ces deux conceptions opposées, l'universalisme abstrait 'à la Mancini' perd rapidement du terrain: pour expliquer les raisons de ce revirement de paradigme on puise encore à l'excellente synthèse proposée par Batiffol:

"L'entre-deux-guerres a vu le déclin de l'universalisme abstrait. La cause principale s'en trouve sans doute dans le simple fait que le développement des relations privées internationales rendait de plus en plus pressante l'obligation d'utiliser les

²¹¹En matière de succession: "le système positif français est ainsi nettement défini: les successions immobilières sont régies par la loi de la situation de chaque immeuble [...], les successions mobilières par la loi du domicile du défunt" (Batiffol et Lagarde, 1983, p.390).

²¹²La jurisprudence affirme constamment "le principe de la détermination par la volonté des parties de la loi applicable au régime matrimonial, cette volonté se manifestant normalement [en absence de contrat matrimonial] par le domicile matrimonial, c'est-à-dire le lieu d'établissement du foyer conjugal au moment du mariage" (Batiffol et Lagarde, 1983, p.357).

Le passage à la loi nationale du mari décidé avec la convention de La Haye de 1905 sur les effets du mariage fut éphémère: la dénonciation de la convention eut lieu le 5 décembre 1916.

systèmes nationaux existants, donc de les considérer comme le droit positif qu'il fallait bien utiliser et comprendre. On peut ajouter que les ressentiments laissés par la première guerre mondiale ont encouragé un certain nationalisme dans notre matière qui s'est manifesté particulièrement chez un auteur comme Niboyet" (Batiffol, 1973, pp.79-80).

4.2. *Les inconvénients techniques du critère de nationalité face à l'évolution du droit de la nationalité au XX^{ème} siècle.*

4.2.1. La transition d'un paradigme normatif à un autre est toujours le résultat d'une évolution complexe, influencée par de nombreux facteurs dont le poids réciproque ne peut pas être quantifié avec précision.

Dans certains cas, cependant, un diagramme approximatif des causes de phénomènes si vastes peut être tracé. C'est le cas, il me semble, du dépassement partiel du paradigme fondé sur le critère de nationalité, en droit international privé de la famille.

On vient de voir que les conflits, les discriminations de masse et les déplacements de populations qui caractérisent dramatiquement la première moitié de notre siècle créent des obstacles politiques de taille à l'utilisation systématique de la nationalité pour résoudre les conflits de lois. Nous avons certainement ici un premier facteur de crise du paradigme traditionnel, qu'on pourrait définir *exogène*²¹³.

Mais, dans la même période, les systèmes de droit international privé issus du XIX^e siècle subissent l'impact d'un processus de transformation profonde de la culture juridique occidentale, qui investit notre champ d'études avec des effets fortement déstabilisants. Je me réfère au vaste mouvement de libéralisation dans le domaine du droit de la nationalité, qui se poursuit jusqu'à des années récentes, en se révélant un puissant facteur *endogène* de crise des systèmes fondés sur la *lex patriae*.

²¹³ On utilise ici le terme "exogène" pour identifier un facteur de crise représenté par une transformation des conditions externes (i.e. non juridiques) d'application d'une norme ou d'un système de normes juridiques. On définit "endogène", au contraire, le facteur de crise qui s'identifie avec une évolution du droit, laquelle se produit dans un domaine différent de celui observé mais qui a des répercussions immédiates et profondes sur celui-ci.

4.2.2. Au siècle dernier, les règles de droit en matière de nationalité des Etats européens forment un système rigide et exhaustif de classification des individus. Elles fondent une méthode d'étiquetage national qui permet de répartir les personnes entre les pouvoirs, en les encadrant sans bavures dans l'une ou l'autre des sphères nationales de souveraineté.

Un tel système de régulation est basé sur certains axiomes fondamentaux qui concernent la nature du lien de nationalité.

En premier lieu, la nationalité est considérée comme une *qualité essentielle et immuable de l'individu*, qui lui est conférée par l'appartenance à un groupe humain donné. Que le lien d'appartenance dérive de la descendance ou de la naissance sur le territoire national, il s'agit d'un lien résistant, qui ne peut pas être coupé ni transféré avec facilité. La naturalisation, c'est à dire "l'octroi discrétionnaire par un Etat de la nationalité de cet Etat à l'étranger qui la demande" (Lagarde, 1989, p.151), revêt - au XIXe siècle - une importance tout à fait secondaire.

Même en France, pays à l'avant-garde en Europe dans l'utilisation de la nationalité comme instrument d'intégration, la naturalisation se présente - sauf quelque brève parenthèse plus libérale (comme en 1803 et en 1848) - comme une distinction honorifique, "un honneur précieux corrigé par le lourd risque du service militaire" (Schnapper, 1988, p.210). Ce n'est que dans le passage au siècle suivant, que "la crise démographique [...] eut pour effet d'adoucir progressivement les conditions de la naturalisation (loi du 26 juin 1889 et surtout du 10 août 1927). Mais en même temps un certain sentiment de xénophobie issu de la première guerre, aggravé considérablement au cours des dix années qui précédèrent la seconde s'est manifesté par une restriction des droits des naturalisés et par une augmentation des cas de déchéance de la nationalité française" (Lagarde, 1989, p.152).

Le deuxième caractère essentiel de la nationalité dans les droits européens du siècle dernier est sa prétendue *exclusivité*. Les Etats sont encore porteurs d'une idéologie *propriétaire* de la nationalité qui les porte à refuser toute double appartenance. Dans un premier temps, cette attitude se traduit dans la règle, très répandue, pour laquelle l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère entraîne la perte automatique de celle d'origine²¹⁴. Mais, autour du tournant du siècle - à mesure que le souci de développer les

²¹⁴Voir, par exemple, l'article 6 du *codice civile* italien de 1865 et l'article 17 du code civil français de 1804.

armées nationales, et donc de réduire la fuite devant la conscription, augmente - l'automatisme dans la privation de la nationalité d'origine ne satisfait plus.

Dès 1889, en France, la perte de la nationalité pour 'infidélité' est subordonnée à une autorisation gouvernementale. Le même problème est résolu en Italie d'une façon moins soucieuse des formes, à travers l'article 8 de la loi n.555 du 13 juin 1912:

"Perde la cittadinanza italiana:

1) chi spontaneamente acquista una cittadinanza straniera e stabilisce o ha stabilito all'estero la propria residenza; [...]

La perdita della cittadinanza nei casi previsti da questo articolo *non* esime dagli obblighi del servizio militare...".

Le dernier aspect essentiel du droit moderne de la nationalité, tel qu'il s'affirme dans les codifications nationales européennes, s'identifie avec la position centrale que, sur le plan logique et pratique, y recouvrent les hommes. Seul le mâle adulte est un sujet juridique autonome dans ce domaine, tandis que la femme mariée²¹⁵ et les enfants suivent automatiquement la nationalité du mari ou du père. La famille est donc une entité juridique nécessairement mono-nationale.

4.2.3. Avant la première guerre mondiale, le principe dit de "l'unité de nationalité des époux" "était admis dans tous les pays du monde, à quelques rares exceptions près" (Makarov, 1937, p.119). La rigueur du principe est tempérée seulement dans le but de limiter les cas d'apatridie. C'est le cas, par exemple, de l'article 10 § 3 de la loi italienne sur la nationalité de 1912 (n.555) qui prescrit:

"La donna cittadina che si marita ad uno straniero perde la cittadinanza italiana, sempreché il marito possieda una cittadinanza che pel fatto del matrimonio a lei si comunichi".

La convention de La Haye de 1930, malgré la participation aux travaux de délégués féminins des gouvernements et l'ampleur des débats au sein de la commission compétente, n'ira pas au-delà d'une telle approche limitative au problème de la nationalité de la femme

²¹⁵Le caractère relativement moins lourd de l'infériorité juridique de la femme célibataire s'explique par l'exceptionnalité et la marginalité de cette condition dans la société de l'époque:

"La donna che non ha mai avuto un marito è una eccezione nella società, anche se le nubili sono tante nel XIX secolo. La donna senza marito non interessa quindi il diritto. Minorenne, dipende dal padre. Se poi non si sposa, è una solitaria, con capacità giuridica e civile, ma socialmente ai margini..." (Arnaud-Duc, 1991, p.82).

mariée. L'article 8 se borne en effet à énoncer une clause de sécurité pour réduire les risques d'apatridie:

"Si la loi nationale de la femme lui fait perdre sa nationalité par suite du mariage avec un étranger, cet effet sera subordonné à l'acquisition par elle de la nationalité de son mari".

On peut bien comprendre que, comme nous le témoigne Alexandre Makarov:

"Les organisations féministes, tant nationales qu'internationales, furent peu satisfaites des résultats modestes de la codification réalisée à La Haye en matière de nationalité de la femme mariée" (Makarov, 1937, p.154).

4.2.4. Il faut rappeler, en passant, que l'assujettissement de l'épouse à la nationalité du mari est rendu sans doute plus facile par le contenu réduit que la nationalité de la femme avait il y a cent ans. La position que le droit attribue à la citoyenne est circonscrite à la sphère privée. La femme est soustraite aux devoirs fondamentaux de nature publique mais, corrélativement, ses droits de participation économique et politique sont fortement limités: elle subit (comme fille mineure, d'abord, comme épouse, ensuite) des lourdes restrictions de sa capacité civile, elle est exclue des professions libérales, on lui nie la faculté d'agir en justice, elle est, enfin, dépourvue du droit de vote.²¹⁶

4.2.5. Un droit de la nationalité basé sur les principes qu'on vient d'illustrer, constitue un complément parfait de l'adoption du critère de nationalité en droit international privé²¹⁷. De toute évidence, une appartenance nationale stable, exclusive et commune à

²¹⁶Les premiers pays occidentaux où les femmes conquièrent le droit de vote au niveau national sont les Etats-Unis (*XIXth Amendment*, 1919) et les pays scandinaves (à commencer par la Norvège, en 1910). Dans l'Europe continentale et méridionale le chemin de la modernisation sociale est plus long: en France, par exemple, les femmes doivent attendre l'ordonnance du 21 avril 1944 émanant du gouvernement provisoire, et puis - définitivement - la Constitution de 1946; en Italie, ce n'est qu'à la chute du régime fasciste que le principe du suffrage universel s'affirmera sans limitations: avec le décret législatif du 1er février 1945 n.23 d'abord, et finalement avec la Constitution de 1948. Voir, par exemple: Arnaud-Duc, 1991; Galoppini, 1980.

²¹⁷La cohérence fonctionnelle apparente qui existe entre le concept juridique de nationalité en vigueur au XIXe siècle et l'usage qu'on en fait en d.i.p. cache une profonde inconséquence logique qui touche à la position de la femme dans le système. Alors que, du point de vue du droit de la nationalité, la nationalité de la femme est un pur accident lié aux vicissitudes du mariage, dans le domaine des conflits de lois, règne la prétention que la nationalité (de l'homme comme de la femme) constitue l'essence primaire et fondamentale de l'individu en tant que sujet juridique, celle qui justifie qu'on lui applique un certain droit plutôt qu'un autre. Dans cette direction, sur la coexistence de deux notions contradictoires de nationalité dans l'oeuvre de François Laurent, voir Jessurun d'Oliveira, 1989.

tous les membres de la famille peut être utilisée facilement et efficacement comme critère de rattachement pour sélectionner le droit applicable aux rapports internes à la famille même.

Cette complémentarité se perd au cours de notre siècle, à mesure que les droits européens de la nationalité s'évaluent le long de trois directrices principales: l'affirmation progressive d'une notion volontariste et élective de nationalité, l'atténuation progressive de l'hostilité des Etats envers les situations de double nationalité, la rupture du dogme de l'unité de nationalité au sein de la famille.

4.2.6. Pour les Etats européens issus de la Restauration, la nationalité exprimait un lien d'allégeance bien plus qu'elle ne constituait un facteur neutre de rattachement politique et juridique. La preuve en est qu'un individu pouvait perdre automatiquement sa nationalité, ou bien en être privé dans un certain nombre de cas; en revanche, il n'était pas autorisé à y renoncer volontairement. Entre la fin du XIXe siècle et le deuxième après-guerre, cette situation se renverse progressivement: l'existence d'un "droit à la nationalité" s'affirme²¹⁸. Les cas de perte de la nationalité par décision de l'autorité publique deviennent de plus en plus rares et la faculté de renonciation est largement reconnue. A la fin du siècle dernier, la notion d'allégeance perpétuelle survit seulement en Russie²¹⁹.

Mais, tandis que le libre choix individuel assume un poids déterminant dans la discipline de la perte de la nationalité, sur le terrain de l'acquisition de la nationalité la progression des idées libérales est plus lente et circonscrite. En dépit de l'emphase parfois déployée par les contemporains²²⁰, tous les pays européens soumettent la naturalisation au filtre du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

²¹⁸L'aboutissement de ce processus fera suite aux abus totalitaires et aux bouleversements causés par la deuxième guerre mondiale: l'énonciation la plus générale d'un droit fondamental à la nationalité est contenue dans l'article 15 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

²¹⁹Voir Castangia, 1983, p.45.

²²⁰Edouard Bourbousson, par exemple, ouvre ainsi son *Traité général de la nationalité dans les cinq parties du monde* (Paris, 1931):

"Le problème de la naturalisation a pris au cours du XXe siècle une importance considérable à la suite d'une interdépendance économique de plus en plus grande entre les Etats.

Les échanges d'idées devinrent tels que l'individualisme réussit partout à triompher et servit alors de fondation première à l'internationalisme. L'idée de patrie semblait même succomber devant l'idée de personnalité: de là un courant si marqué qui entraînait tout individu expatrié vers le refuge que lui offrait dans un décor attirant la naturalisation".

Si on peut parler de la consolidation d'une notion électorale de la nationalité, ce n'est donc que dans un sens relatif. Il est cependant vrai que, par l'effet de ce processus, la nationalité comme qualification juridique fondamentale de l'individu perd la stabilité qui lui était propre.

4.2.7. Soit dans les conceptions romantiques de la nation, soit dans celles contractualistes inspirées des Lumières, le lien d'allégeance nationale était (et devait être) unique et exclusif. En d'autres termes, les nations étaient représentées comme des entités sociales nettement distinctes les unes des autres, dépourvues d'intersections et de superpositions.

Mais, dès la fin du siècle dernier - comme nous le signale De Groot - l'aversion théorique envers le cumul de nationalités ne s'accorde pas toujours avec les solutions adoptées en concret:

"Mehrfache Staatsangehörigkeit wurde seit jeher als eine Ausnahmerecheinung betrachtet. Erinnert sei an die Worte von P.Weis: *On ne peut pas avoir deux patries, comme on ne peut pas avoir deux mères*. Dennoch wurde die mehrfache Staatsangehörigkeit nicht systematisch bekämpft" (De Groot, 1989, p.320)²²¹.

La contradiction existante entre la profession du dogme de l'unicité du lien de nationalité et la pratique tolérante du droit s'explique par l'intérêt politique qui peut surgir auprès d'un Etat à maintenir ou à conduire sous sa pleine souveraineté des individus possédant aussi une nationalité étrangère²²². Cet intérêt a deux manifestations typiques qui nous intéressent particulièrement ici, puisqu'elle sont liées à des situations d'émigration ou, à l'inverse, d'immigration importante.

²²¹La maxime que De Groot attribue à Weis est faite remonter par d'autres auteurs à Proudhon: l'appartenance des phrases, comme celle des personnes, peut être complexe!

²²²De Groot explique par des considérations de ce genre le relatif manque de succès de la Convention de Strasbourg (6 mai 1963) pour la réduction des cas de pluralité de nationalités. Il écrit: "Die Zielsetzung des Strassburger Abkommens kollidiert jedoch mit dem in den meisten westeuropäischen Staaten bestehenden Wunsch, bereits lange im Inland lebende Ausländer und namentlich die im Inland aufgewachsenen Ausländer auch staatsangehörigkeitsrechtlich zu integrieren. Die Einbürgerungsbereitschaft bei diesen Ausländer ist aber häufig gering, wenn sie in Folge der Einbürgerung die Staatsangehörigkeit ihres Heimatstaates [...] aufgeben müssen. Eine grundlegende Änderung des Strassburger Abkommens ist deshalb wünschenswert. Eine Einbürgerung unter Beibehaltung der bisheriger Staatsangehörigkeit muss ermöglicht werden" [De Groot, 1989, p.321].

4.2.8. A propos des interactions entre la politique d'émigration d'un Etat et son droit de la nationalité, on a déjà rappelé les débats qui accompagnèrent la naissance de la loi italienne de 1912 en matière de nationalité. Dans ce cas:

"da un lato i giuristi avevano la preoccupazione di non sancire il principio della doppia cittadinanza, dall'altro però la legge veniva elaborata proprio nel periodo in cui più imponente era il flusso della nostra emigrazione, specialmente verso paesi transoceanici. La questione si poneva in termini particolarmente gravi per i nati all'estero da genitori italiani, i quali erano considerati dallo stato locale come suoi cittadini²²³, senza che peraltro, in applicazione del principio del *jus sanguinis*, perdessero, per ciò solo, la cittadinanza" (Monaco, 1950, p.639).

Au cours du débat, les *Congressi degli italiani all'estero*²²⁴, en raison de la crainte des émigrés de perdre la nationalité italienne, se déclarent en faveur de la double allégeance.

L'article 7 de la loi accueillira, enfin, ces revendications, en exprimant une position moderne et libérale:

"Salve speciali disposizioni da stipulare con trattati internazionali, il cittadino italiano nato e residente in uno Stato estero, dal quale sia ritenuto proprio cittadino per nascita, conserva la cittadinanza italiana, ma divenuto maggiorenne o emancipato, può rinunziarvi"²²⁵.

4.2.9. Mais la tolérance envers le cumul de nationalités caractérise aussi, bien qu'avec des finalités politiques opposées, la pratique juridique d'Etats qui ont été une destination traditionnelle de migrations internationales. C'est notamment le cas de la France qui, depuis 1889, accorde la nationalité à tout individu né sur le territoire national, si au

²²³Pour une revue des lois des Etats américains en matière de nationalité, voir Kojanec (dir.), 1977.

²²⁴Il s'agit d'organes représentatifs des communautés émigrés, exerçant des fonctions consultatives dans l'élaboration de la politique de l'émigration de l'Etat italien.

²²⁵Monaco, sur la base d'arguments pragmatiques, juge favorablement cette formule:

"...qualche formula, la quale possa rendere più facile la vita e l'attività delle persone che devono spostarsi da uno ad altro Stato dovrebbe in ogni caso essere accolta con favore" (1950, p.639).

L'auteur rapporte, cependant, que la plus grande partie de la doctrine de son époque continue à voir la double nationalité comme un mal nécessaire qu'il faut éviter autant que possible et qu'on doit sinon limiter rigoureusement à travers des traités bilatéraux. Monaco juxtapose au dogmatisme de ses collègues européens l'intéressante position soutenue dans les années '20 par le juriste argentin Garay, qui soutenait l'opportunité de séparer la nationalité de la citoyenneté (acquise automatiquement après 5 ans de résidence), dans le but d'aller à la rencontre des besoins spécifiques des immigrants européens. Cf. Garay, 1925.

Sur tout le débat au sujet de la double nationalité des émigrants, voir De Castro, 1961, pp.611-614.

moment de sa majorité "il a en France sa résidence et s'il a eu, pendant les cinq années qui précèdent, sa résidence habituelle en France"²²⁶. Selon ce modèle, qui s'est largement répandu ensuite, la nationalité est accordée en faisant abstraction de la situation de double nationalité qui peut en surgir.

4.2.10. Mais ce n'est pas seulement par effet d'un usage ouvert du *jus soli* que le dogme de l'unicité de la nationalité est trahi dans la pratique: des limites à sa rigueur proclamée émergent aussi en matière de naturalisation.

Même après l'entrée en vigueur de la Convention du Conseil d'Europe "sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités"²²⁷, certains parmi les Etats parties ont continué à utiliser l'instrument de la naturalisation en fonction d'intégration des immigrés, sans se soucier des situations de double nationalité qui s'engendrent ainsi. A ce propos Helmut Rittstiegl écrit:

"The provisions on naturalization in chapter I [*de la Convention de Strasbourg*] intend to ease naturalization by obliging the states, whose citizens want to acquire another nationality, to release them. This article is not meant as an obligation to the other state to delay naturalization until the state of the original nationality releases its subject. This understanding of the words and the Convention is supported by the practice of some convention states such as Great Britain, France and Belgium who naturalize immigrants without regard to former nationality" (Rittstiegl, 1992, p.6).

L'argumentation de Rittstiegl se situe en polémique ouverte avec la pratique allemande en matière, encore ancrée à un respect rigoureux du principe d'unicité et exclusivité de la nationalité.

²²⁶ Art.44 Code de la Nationalité. La condition de la résidence habituelle pendant les cinq ans précédant la majorité n'existait pas en 1889; elle fut introduite en 1938 dans le cadre d'un mouvement général de fermeture du droit envers les étrangers.

Il faut signaler que, à partir de 1993, l'acquisition de la nationalité française à la majorité n'est plus automatique: l'article 11 de la loi n°93-933 du 22 juillet 1993 réforme l'article 44 du code de la nationalité en prévoyant que:

"Tout étranger né en France de parents étrangers peut, à partir de l'âge de seize ans et jusqu'à l'âge de vingt et un ans, acquérir la nationalité française à condition qu'il en manifeste la volonté et qu'il justifie d'une résidence habituelle en France pendant les cinq années qui la précèdent".

²²⁷ Adoptée à Strasbourg le 6 mai 1963.

Le conservatisme du droit allemand sur ce terrain est confirmé par la réforme du droit des étrangers adoptée en 1990²²⁸ qui, tout en ouvrant une nouvelle voie d'accès à la nationalité allemande pour la 'deuxième génération' d'immigrés (§85) et (bien que temporairement) pour les étrangers régulièrement résidents en Allemagne depuis au moins quinze ans (§86), subordonne la possibilité de la naturalisation (*erleichterte Einbürgerung*) à la répudiation de la nationalité précédente. Cette condition ne s'efface qu'en deux cas:

"§ 87: Einbürgerung unter Hinnahme von Mehrstaatigkeit.

1) Von der Voraussetzung des § 85 Nr.1 und des § 86 Abs.1 Nr.1 wird abgesehen, wenn der Ausländer seine bisherige Staatsangehörigkeit nicht oder nur unter besonders schwierigen Bedingungen aufgeben kann. [...].

2) Von der Voraussetzung des § 85 Nr.1 und des § 86 Abs.1 Nr.1 kann abgesehen werden, wenn der Heimatstaat die Entlassung aus der bisherigen Staatsangehörigkeit von der Leistung des Wehrdienstes abhängig macht und wenn der Ausländer den überwiegenden Teil seiner Schulausbildung in deutschen Schulen erhalten hat und im Bundesgebiet in deutschen Lebensverhältnisse und in das wehrpflichtige Alter hineingewachsen ist".

4.2.11. Du point de vue pratique, il faut remarquer que le tabou de la double nationalité peut devenir un obstacle infranchissable pour toute politique de pleine intégration juridique des immigrés, lorsque le pays d'origine de ces derniers n'admet pas la faculté de renoncer librement à la nationalité acquise à la naissance. Ce n'est pas un cas de figure, car la plupart des États arabo-musulmans contemporains codifie la nationalité comme un lien d'allégeance direct et perpétuelle du sujet avec le souverain (ou avec son hypostatisation moderne qui est l'État post-colonial) qui se transmet par filiation paternelle, sans possibilité de répudiation.²²⁹

²²⁸Loi du 9 juillet 1990, publié en *Bundesgesetzblatt*, I, 14 juillet 1990, p.1354 et ss..

²²⁹Au Maroc, par exemple, "Le principe de l'allégeance perpétuelle s'est maintenu, tout en évoluant. Il rend nécessaire l'autorisation du gouvernement marocain pour la perte de la nationalité marocaine" (Carlier, 1990, p.6).

Il est peut-être superflu ajouter que cette discipline "n'est guère conforme à l'article 15 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme qui ne permet à aucune personne ni à aucun organe d'empêcher un individu de changer de nationalité" (id.).

On reviendra sur ce point, qui est un noeud décisif pour les développements futurs de notre problématique.

4.2.12. Dans les toutes dernières années, en Europe, on observe les signes d'un renversement de l'attitude officielle à l'égard des situations de double nationalité: d'une simple disposition à déroger occasionnellement à l'aversion traditionnelle, en fonction d'objectifs contingents de politique migratoire, on s'achemine vers la pleine acceptation du cumul de nationalité comme fait physiologique dans un monde caractérisé par un taux élevé de circulation des personnes:

"Perçue par les uns comme un danger pour l'identité nationale, par d'autres comme une source de difficultés et de conflits pour le double national lui-même, la double nationalité paraît plutôt devoir être appréhendée aujourd'hui comme une donnée historique et culturelle que le droit se doit d'aborder de façon pragmatique" (Lagarde, 1989, p.20).

A l'échelle européenne, la manifestation la plus remarquable de cette évolution est représentée par l'élaboration d'un projet de Convention européenne en matière de nationalité, qui devrait remplacer la Convention de Strasbourg de 1963. Ce texte - qui, au moment où on écrit, doit encore recevoir l'approbation du Comité des Ministres du Conseil d'Europe - ouvre à la plurinationalité des espaces plus larges qu'en passé. En effet, tout en admettant, dans le préambule, que "les Etats ont des positions différentes sur la question de la pluralité de nationalités et reconnaissant le droit de chaque Etat de décider s'il permet à ses ressortissants de posséder une ou plusieurs nationalités", le projet contient une norme qui limite - dans deux cas importants et fréquents - la faculté des Etats de s'opposer au cumul de nationalités:

"Art.13: *Cas de pluralité de nationalités.*

Les Etats Parties doivent permettre:

- a) aux enfants ayant acquis automatiquement des nationalités différentes, de garder ces nationalités;
- b) à ses ressortissants d'avoir une autre nationalité, lorsque cette autre nationalité est acquise automatiquement par mariage."

En revanche, dans une autre série de cas, le projet élaboré par les experts du Conseil d'Europe n'impose pas un standard unique:

"Art.14: *Cas possibles de pluralité de nationalités.*

Un Etat Partie peut autoriser:

- a) ses ressortissants voulant acquérir la nationalité d'un autre Etat à garder la nationalité qu'ils possèdent;
- b) les ressortissants d'autres Etats qui acquièrent sa nationalité à garder la nationalité qu'ils possèdent déjà;
- c) la possession d'une autre nationalité dans d'autres cas également."

4.2.13. Dans certains pays d'ancienne immigration (comme la Belgique et les Pays-Bas, outre que la France), des courants importants d'opinion scientifique et politique vont même a-delà d'une simple 'normalisation' dans la perception des situations de double nationalité, en parvenant à soutenir l'opportunité d'un usage systématique de la double nationalité en fonction d'intégration des jeunes descendants des immigrés. Une telle approche se trouve, par exemple, en forme très nette, à la base d'une conférence organisée par Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira en 1992²³⁰, dont le titre significatif est "Plural Nationality: Changing Attitudes" et qui se composait essentiellement d'une série de rapports nationaux sur "La pluralité de nationalités comme moyen d'intégration des résidents étrangers". Dans son rapport, consacré à la situation en Belgique, François Rigaux parvenait à des conclusions très explicite:

"Au demeurant, qu'elle soit permanente ou seulement temporaire (à la suite de la répudiation d'une des deux nationalités, quand celle-ci est permise), la hi-nationalité de l'immigré est, au même titre que celle de l'enfant dont le père et la mère n'ont pas la même nationalité, l'expression d'une appartenance partagée entre deux communautés, celle du pays d'origine, celle du pays de résidence. La signification socio-culturelle de nationalités multiples a aujourd'hui pris le pas sur le rattachement à plusieurs Etats conçus comme le siège de pouvoirs antagonistes et exclusifs" (Rigaux, 1992, p.22).

4.2.14. Les voies historiques concrètes qui conduisent, dans chaque pays, à la reconnaissance d'une pleine égalité des sexes dans la titularité d'un "droit à la nationalité"

²³⁰Florence, 15-16 juin 1992. Les actes de la conférence ont été imprimés, en forme provisoire, par l'Institut Universitaire Européen de Florence.

sont diverses. Comme il arrive la plupart des fois, en effet, les formes dans lesquelles s'affirme un principe juridique reflètent la variété des contextes politiques de départ.

Dans le cas de l'Union Soviétique - le premier pays européen qui proclame l'autonomie réciproque des époux en matière de nationalité (article 103 du Code de famille de 1918) - le principe s'affirme comme corollaire d'un plus général principe d'égalité, posé par le régime bolchévique comme fondement de la société nouvelle.

Presque simultanément, aux Etats-Unis, une innovation juridique tout à fait analogue est, en revanche, le résultat d'une bataille politique spécifique:

"Les attaques subies aux Etats-Unis par le principe de l'unité de la nationalité furent particulièrement violentes à la fin de la guerre, où des organisations féministes très puissantes inscrivirent à leur programme l'autonomie de la nationalité de la femme mariée, et contribuèrent à faire adopter ce nouveau principe lors de l'élection présidentielle de 1920 par les deux partis politiques américains, unité de vue des républicains et des démocrates qui a singulièrement facilité l'approbation de la loi du 22 septembre 1922 sur la nationalité de la femme mariée" [*Cable Act*] (Makarov, 1937, p.124).

4.2.15. Dans plusieurs Etats d'Amérique Latine (Chili, Argentine, Brésil), même en l'absence de prises de position législatives, la pratique administrative et la jurisprudence admettent, dès le tournant du siècle, que le mariage n'a pas pour conséquence nécessaire de modifier la nationalité de la femme. Dans ce cas, encore une fois, derrière les orientations libérales on entrevoit les intérêts typiques de pays qui reçoivent des courants imposants d'immigration de peuplement: on veut éviter que le mariage avec un immigré prive la femme autochtone de sa nationalité d'origine et entrave ainsi le processus d'assimilation du mari.

En 1933, à la VIIème Conférence panaméricaine de Montevideo, cette démarche obtient une sanction officielle: une Convention sur la nationalité est signée, qui prévoit entre autres:

"Art.6: Ni le mariage, ni sa dissolution, n'affectent la nationalité des conjoints ou de leurs enfants."

4.2.16. Après cette genèse complexe, les nouvelles idées égalitaires en matière de nationalité parviennent enfin en Europe occidentale (dont le rôle propulsif dans l'affirmation à l'échelle universelle des droits de l'homme et de la femme n'est pas toujours - comme on peut bien voir - tout à fait évident).

La gradualité avec laquelle le "principe de la dualité de la nationalité des époux" (selon la terminologie adoptée par Alexander Makarov) se diffuse en Europe engendre, en un premier temps, des asymétries entre les droits nationaux, qui donnent lieu à des conflits de nationalité, fréquents surtout dans les relations entre Etats 'progressistes' et Etats 'conservateurs'.

Un rôle décisif pour le dépassement de ces déséquilibres sera joué par la Convention sur la nationalité de la femme mariée, approuvée à New York, dans le cadre institutionnel des Nations Unies, le 22 février 1957²³¹. Ce texte accueille inconditionnellement le principe de l'autonomie de la nationalité de la femme mariée, tout en engageant les Etats signataires à introduire ou maintenir des procédures privilégiées de naturalisation pour les femmes de leurs ressortissants ayant une nationalité étrangère. Ce choix de principe est justifié, dans le Préambule du traité, en faisant référence à l'article 15 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948²³².

4.2.17. Aujourd'hui que la plupart des droits occidentaux a complété son évolution dans la direction décrite, on peut constater que le trajet vers la pleine reconnaissance de l'autonomie de la nationalité de la femme mariée a été habituellement parcouru en deux étapes: d'abord on a concédé à la citoyenne qui se mariait avec un étranger la faculté de conserver sa nationalité d'origine; plus tard on est parvenu à tolérer la conservation de sa première nationalité de la part de l'étrangère qui épousait un national, sans que cela lui empêchait d'acquérir aussi la nationalité du mari²³³.

²³¹"Eine ungeheuer wichtige Position in der Entwicklungsgeschichte der Staatsangehörigkeitsregelungen nimmt die am 22. Februar 1957 in New York im Rahmen der Vereinten Nationen zustandgekommene Konvention betreffend die Staatsangehörigkeit der Ehefrau ein" (De Groot, 1989, p.32).

²³²1. Everyone has a right to a nationality. 2. No one shall be arbitrarily deprived of his nationality nor denied the right to change his nationality.

²³³Une étape ultérieure dans ce parcours évolutif pourrait être identifiée avec l'affirmation de la pleine égalité entre les sexes dans la capacité de transmettre la nationalité d'origine au conjoint étranger, ce qui avait longtemps été une prérogative exclusive de l'homme. Mais, en vérité, ce développement ne concerne pas l'affirmation d'un droit des femmes 'à la nationalité' (donc la dimension de la 'résistance passive' de la nationalité de la femme face à la nationalité du mari), qu'on a suivi

Dans le cas français, cette même évolution s'accomplit en trois phases, qui reflètent autant d'orientations politiques différentes:

"La première, qui va du Code civil à la loi du 10 août 1927, est marquée par [...] la prééminence de la nationalité du mari sur celle de la femme. La seconde, qui va de la loi de 1927 à celle du 9 janvier 1973, se caractérise [...] par le souci de lutter contre la crise démographique en faisant servir le mariage à la politique d'extension de la nationalité française. La troisième période, ouverte par la loi de 1973, révisée sur ce point par la loi du 7 mai 1984, revient aux préoccupations d'ordre familial, mais sur la base cette fois de l'égalité entre les époux consacrée par les récentes réformes du droit civil" (Lagarde, 1989, p.220).

En Italie, on observe une évolution semblable, bien que le système dissymétrique (pour lequel la nationale qui épouse un étranger conserve sa nationalité tandis que l'étrangère se mariant à un national acquiert automatiquement la nationalité du mari) - qui a subsisté pendant quelque temps - n'a pas été l'instrument d'une politique 'assimilationiste'.²³⁴

4.2.18. L'égalité de droits, en révélant des différences originaires, que la disparité de traitement tendait à raboter, produit des situations complexes de nature inédite. C'est ainsi que la reconnaissance de l'autonomie de la nationalité de la femme mariée fait naître des figures juridiques auparavant presque inexistantes tels le couple mixte (on parle de couples légitimes, bien entendu) et la famille plurinationale.

Cette tendance à la multiplication des nationalités à l'intérieur de la famille s'accroît au fur et à mesure que, dans un délai plus ou moins long, une réaction en chaîne se produit, qui propage les effets du principe d'égalité entre femmes et hommes jusqu'à

jusqu'ici, mais plutôt la 'capacité expansive' de la nationalité de la femme (sa transmissibilité au conjoint étranger). Les deux dimensions sont logiquement distinctes et peuvent être analysées de façon séparée. Du point de vue des répercussions sur le droit international privé, tandis que l'égalisation de la 'résistance passive' de la nationalité de la femme multiplie les nationalités (et donc les rattachements possibles) à l'intérieur du couple, l'égalisation de la 'capacité expansive' est susceptible de réduire le nombre de ces mêmes rattachements.

²³⁴Comme en plusieurs autres domaines importants, l'évolution du droit italien en matière de nationalité de la femme mariée a été guidée par les interventions de la *Corte Costituzionale*. La décision n.87 du 16 avril 1975 a déclaré l'illégitimité constitutionnelle (par contraste avec les articles 3 et 29 de la Constitution) de l'article 10 de la loi du 13 juin 1912 n.555 qui disposait la perte automatique de la nationalité italienne pour la femme italienne qui épouse un étranger. La loi du 19 mai 1975 n.151 (contenant une réforme générale du droit de la famille) a établi le même principe dans l'article 143-ter. Un rôle semblable a été joué par l'ordonnance de la *Corte* du 31 décembre 1982 (n.258) par rapport à la loi n.123 du 21 avril 1983, qui a rendu facultative l'acquisition de la nationalité italienne pour l'étrangère se mariant à un italien. Pour une analyse complète: Bariatti, 1989.

affecter la nationalité des enfants. Le père perd alors le monopole de la faculté de transmettre héréditairement le 'patrimoine national' et les enfants de couples mixtes deviennent pour cela-même des doubles nationaux.²³⁵

4.3. La reconstruction: lignes fondamentales de l'évolution du d.i.p. de la famille dans le deuxième après-guerre.

4.3.1. Dans les deux paragraphes précédents, on a essayé d'identifier les facteurs déchaînants du vieillissement rapide des systèmes de droit international privé de la famille fondés sur la nationalité, en soulignant que leur perte progressive de fonctionnalité se manifeste à deux niveaux: sur le plan politique (par.4.1.) et sur le plan technique (par.4.2.).

En rappelant l'oeuvre de René Cassin, on a montré que la vasteté des processus en question est perçue, dans certains milieux doctrinaux, à partir de la fin des années Vingt: mais l'analyse la plus lucide et précoce des transformations du droit international privé de la famille, conduite en termes de "crise" historique et globale d'une branche juridique toute entière, est celle fournie en 1929 par le professeur hollandais R.D.Kollewijn. Dans un célèbre discours²³⁶, cet auteur situe la problématique du divorce entre époux de nationalité différente au centre de son champ de recherche; à partir de ce terrain, il parvient à une critique radicale, qui atteint aussi bien le dogme mancinien, mis en crise par la multiplication des nationalités à l'intérieur de la famille, que les nouvelles solutions unilatérales, qui conduisent à l'institution de 'privileges de nationalité' et seraient inspirées, selon Kollewijn,

²³⁵En France la faculté de la mère française de transmettre sa nationalité aux enfants s'affirme d'abord, en 1889, pour les fils naturels qui ne sont pas reconnus par le père; ensuite, la loi de 1927, "pour tenir compte des nombreux ménages mixtes établis en France et formés de françaises ayant épousé des étrangers immigrés, décida que ces femmes resteraient françaises malgré leur mariage et que leurs enfants, à la condition qu'ils soient nés en France, seraient français" (Lagarde, 1989, p.68-69).

Aujourd'hui, toute condition limitative abolie, chaque enfant né d'un parent français est français à la naissance (article 17 code de la nationalité).

En Italie, ce n'est qu'en 1983 (art.5, loi n.123 du 21 avril) que le 'droit du sang' devient égalitaire; dans ce cas aussi, comme en matière de nationalité de la femme mariée, le législateur intervient sous l'impulsion de la *Corte Costituzionale* (sentence du 9 février 1983 n.30). Toutefois, ce n'est qu'en 1992, avec la loi n.91 du 5 février, que la réforme en sens égalitaire produira ses effets multiplicateurs sur la nationalité des enfants; auparavant, dans le cas de double nationalité l'enfant devait en choisir une dans l'année qui suivait sa majorité.

²³⁶*Ontaarding van het nationaliteitsbeginsel in het moderne internationaalprivaatrecht* (G.Kolff & Co., Weltevreden, 1929). Une traduction italienne du discours se trouve en *Diritto Internazionale*, 1959, p.508.

par le "vent chauviniste" qui parcourt l'Europe du temps²³⁷. Avec une indiscutable modernité d'approche, l'auteur hollandais prône enfin la conversion au domicile commun des époux comme critère de rattachement, tout en maintenant une conception rigoureusement bilatérale de la règle de conflit.

4.3.2. Les polémiques scientifiques et les prises de positions fortement novatrices des années vingt et trente marquent un détour dans l'histoire du droit international privé européen de la famille: à partir de ce moment, on peut lire l'histoire de la discipline comme celle de la transition laborieuse d'un paradigme ancien et désormais inefficace vers des solutions nouvelles.

Dans leur mouvement évolutif, les systèmes personalistes continentaux rencontrent et se confrontent - au fur et à mesure que la sphère des rapports transnationaux et des contacts doctrinaux s'élargit - avec des modèles scientifiques et jurisprudentiels différents. C'est ainsi que le débat sur la crise du modèle mancinien se structure d'abord sur l'opposition avec les systèmes anglo-saxons inspirés au critère du domicile²³⁸ et se développe, par la suite, sous l'impulsion de la 'révolution pragmatique' éclatée aux États-Unis dans le deuxième après-guerre²³⁹.

L'interaction dialectique avec un modèle étranger semble, sinon gouverner, du moins conditionner profondément l'évolution des systèmes de droit international privé européens: comme on verra par la suite, le complexe réseau des rapports actuels de ces mêmes systèmes avec leurs homologues des principaux pays d'émigration, des pays arabo-musulmans en particulier, semble marquer, de nos jours, une nouvelle étape de ce parcours évolutif caractéristique.

²³⁷ Les solutions unilatérales au problème des divorces internationaux contre lesquelles s'adressent les critiques de Kolléwijn sont illustrées à travers deux modèles exemplaires: la jurisprudence *Ferrari* en France (on peut se borner ici à indiquer la dernière étape de cette longue affaire: le jugement de la Cour de Cassation prononcé le 14 mars 1928 et publié en *Clunet*, 1928, p.382) et la dénonciation par la Suisse en 1928 de la convention de La Haye sur le divorce.

²³⁸ Un exemple brillant de ce courant de pensée est représenté par le cours tenu à La Haye par Louis De Winter, en 1969: *Nationality or Domicile. The present State of Affairs*, Recueil, 1969, III.

²³⁹ Un rôle important dans la diffusion sur le Vieux Continent d'un pragmatisme méthodologique directement inspiré par les courants innovateurs américains a été joué par Gerhard Kegel, notamment avec son cours à La Haye: *The Crisis of the Conflict of Laws*, Recueil, 1964, II.

4.3.3. Lorsqu'un édifice juridique, jusque là bien ancré et solide, se fissure et commence à vaciller, les professionnels du droit l'abandonnent et se mettent à la recherche de nouvelles solutions à leurs problèmes concrets: le spectre des comportements jurisprudentiels commence alors à s'élargir et les styles de décision pragmatiques (*result-oriented*²⁴⁰) et équitatifs (*principle-oriented*) prennent pied au détriment des méthodes dogmatiques et strictement *rule-oriented*.

Une dynamique de ce genre s'observe dans le domaine du droit international privé de la famille dans les décennies centrales de notre siècle. La multiplication des rattachements possibles dans les litiges internationaux - engendrée par la diffusion de la double nationalité et par la rupture du dogme de l'unité de nationalité dans la famille - dilate l'espace discrétionnaire du juge dans le choix du droit applicable.

La liberté accrue du juge dans la phase du choix de la loi applicable n'est pas sans contreparties: une nouvelle tâche, souvent longue et difficile, s'impose ainsi à l'organe juridictionnel. Cet aspect pratique, souvent négligé par les spécialistes du droit international privé, devient impossible à ignorer lorsqu'on considère l'essor quantitatif du contentieux privé international dans la deuxième moitié de notre siècle: face à une multiplication formidable des controverses, prendre au sérieux les règles de conflit demande au juge qu'il révise profondément ses propres méthodes de travail.

Cette circonstance concrète produit des conséquences fort différentes, sinon opposées, dans les divers systèmes juridiques européens. Dans quelques cas, notamment en milieu francophone, la jurisprudence relève le défi et - sur la base d'une tradition prétorienne déjà bien établie - elle entame un oeuvre remarquable de reconstruction et valorisation du droit international privé. Ailleurs, comme en Italie, la complexité croissante de la discipline semble, au contraire, provoquer son atrophisation progressive²⁴¹. En l'absence d'études systématiques des pratiques jurisprudentielles, l'expérience quotidienne du droit montre que la technique définie par Albert Ehrenzweig comme "forum law by non-choice"²⁴² revêt un

²⁴⁰Cette terminologie est utilisée, entre autres, par Friedrich Juenger (1985).

²⁴¹L'existence en Italie d'un système de règles de conflit codifiées ne prévient pas le phénomène de marginalisation de la discipline conflictualiste dans la pratique; au contraire, on peut même supposer - bien que l'hypothèse serait à tester - que la codification du droit international privé, en déresponsabilisant la jurisprudence, ait entravé sa mise à jour.

²⁴²"We tend to ignore the undeniable fact that in the vast majority of cases involving such an element [a foreign element] neither the parties nor the court hesitate to resort to the forum's own substantive rule. Where a foreign rule is potentially applicable in such cases, courts and parties, nevertheless, reach this result

rôle décisif dans la définition des controverses familiales internationales par les cours italiennes. Sans pouvoir s'attarder ici dans l'analyse socio-juridique des causes de cette situation particulière, on se limitera à souligner son caractère paradoxal: alors que l'importance potentielle du droit international privé s'accroît, à cause de l'augmentation du contentieux international, son importance effective se réduit.

4.3.4. Du magma juridique qui résulte de la fusion du paradigme universaliste, quelques traces d'un nouvel ordre semblent émerger à partir du deuxième après-guerre: ce qui se dessine n'est pas un nouveau paradigme, dans le sens 'fort' qu'on a donné au terme jusqu'ici²⁴³; on aperçoit, cependant, des tendances communes et des nouvelles significatives convergences entre les systèmes nationaux.

Les nombreuses tentatives scientifiques qui ont été faites de fournir une description synthétique de ce nouveau scénario s'appuient, pour la plupart, sur les aspects méthodologiques. Le profond renouveau des *méthodes de production des normes de conflit de lois*, en effet, avant même que l'innovation dans les *méthodes de solution des conflit* (avec l'indiscutable expansion de l'unilatéralisme et du territorialisme), apparaît comme la donnée la plus évidente dans l'évolution récente de notre discipline.

Plusieurs, parmi les auteurs qui ont travaillé sur la vaste échelle comparative et diachronique - celle qui caractérise, par exemple, les Cours généraux de l'Académie de Droit International de La Haye - se sont concentrés sur des aspects tels la logique normative propre du droit international privé²⁴⁴, la transformation de son système de

on various grounds. They may feel satisfied that the foreign rule is substantially the same as that of the forum. Or they may not find it rewarding to engage in comparative research. Or they simply prefer to stay within their own legal system" (Ehrenzweig, 1968, pp.196-197).

²⁴³Le concept de "paradigme", tel qu'on l'a utilisé dans les pages précédentes, indique un modèle normatif qui parvient à s'imposer à l'intérieur d'une aire géographique et culturelle donnée, en produisant une forte tendance à la convergence spontanée, au niveau des règles de conflit, entre les systèmes juridiques intéressés. Reconnaître l'existence d'un tel paradigme ne nous emmène évidemment pas à admettre que l'utopie internationaliste de Mancini se soit réalisée: l'écart entre les deux affirmations est celui, infranchissable, qui existe entre un jugement historique et une représentation idéologique.

Dans le sens particulier qu'on vient de fournir, le concept de "paradigme" peut se rapprocher de celui de "superlaw", tel qu'il a été énoncé par Albert Ehrenzweig:

"Laws cannot 'conflict' or 'collide' if, in reality or fiction, they are subject to a *superlaw*. Concern with 'conflict' and 'collisio' did not begin until the independence and resulting competition of individual states and their laws has become irrefutable. But even then, doctrine, while rejecting the reality of a superlaw, continued to preserve its illusion" (1968, p.219).

²⁴⁴Plusieurs auteurs, à partir peut-être de Ernst Rabel (1958, t.I, p.24 et p.73 en part.), ont attiré l'attention sur le déplacement de la méthode déductive ("de la règle au cas") à celle inductive ("du cas à la règle") dans

sources²⁴⁵, ou bien encore la fonction politique du droit international privé aperçu dans le cadre international²⁴⁶.

Un regard centré sur les aspects méthodologiques de la transformation juridique me semble également le plus fertile pour les finalités spécifiques et limitées de ma recherche.

4.3.5. En assumant, comme j'ai essayé de montrer auparavant, que le problème technique fondamental du droit international privé de la famille dans la première moitié de notre siècle a son origine dans le cumul des nationalités à l'intérieur de la famille, du couple et de la personne même, l'analyse des techniques et des méthodes de solution de ce cumul - et de l'impasse décisionnelle qu'il engendre, notamment en matière de filiation et de divorce - s'impose comme point de départ naturel dans l'étude des développements de la discipline conflictualiste en matière familiale à partir des années cinquante.

Une confirmation de poids, bien qu'indirecte, de la centralité scientifique de l'aspect indiqué nous est fournie par le choix effectué par les organisateurs des Journées Turques (1988) de l'Association Henri Capitant - dont le thème général étaient les "Aspects de l'évolution récente du droit de la famille" - de limiter les interventions des internationalistes invités aux questions du divorce et de la filiation. Dans son Rapport général, Jean-Marc Bischoff explique les raisons d'un tel choix sur la base, d'abord, d'une évaluation d'importance sociologique:

"statistiquement, les questions de divorce et de filiation occupent une place de choix dans le contentieux des rapports privés internationaux, en conséquence du

le droit international privé des dernières décennies en Europe. On peut citer, à ce propos, les mots de Dimitrios Evrigenis:

"...la caractéristique principale de la doctrine européenne de droit international privé depuis, surtout, l'entre-deux-guerres a été une méfiance croissante à l'égard des constructions abstraites, une exclusion du raisonnement absolument déductif du domaine de notre discipline. Il est difficile de préciser quand et comment ce tournant s'est produit. [...] Ce qu'on peut en tout cas affirmer, c'est qu'avant la dernière guerre le droit international privé était entré, surtout en Europe, dans une nouvelle étape d'élaboration doctrinale, caractérisée principalement par trois traits: le positivisme, l'emploi de la méthode comparative et un équilibre entre nationalisme et internationalisme" (Evrigenis, 1966, p.410).

Dans sa conclusion, Evrigenis se réfère de façon explicite à un jugement de Ernst Rabel, selon qui la doctrine contemporaine de droit international privé se caractérise par son triple effort vers "realism, comparative method, and international understanding" (Rabel, 1958, I.I, p.105).

²⁴⁵L'importance accrue des conventions internationales, le rôle croissant de la jurisprudence, la diffusion des codifications sont des phénomènes macroscopiques qui ont donné lieu à d'innombrables études.

²⁴⁶Le couple analytique particularisme/universalisme semble attirer un nouvel intérêt de la part de la doctrine: cf. Barile, 1965; Evrigenis, 1966; Carrillo Salcedo, 1978.

fait bien connu de l'augmentation massive des mouvements de population qui caractérise notre époque" (Bischoff, 1988, p.397);

mais ensuite l'illustre rapporteur ajoute une considération proprement juridique de portée décisive:

"la deuxième raison qui justifie que divorce et filiation aient été plus particulièrement désignés à l'attention des internationalistes se trouve dans le fait que c'est précisément à leur propos que se sont manifestés les changements les plus frappants du droit international privé de la famille. A quelques rares exceptions près, il n'y a pratiquement pas un pays, parmi ceux ici représentés, qui ne puisse faire état d'une profonde modification intervenue au cours des vingt dernières années, dans son droit international privé du divorce et de la filiation. A quoi s'ajoutent les nombreuses conventions internationales, multilatérales ou bilatérales qui, dans le domaine qui est le leur, substituent les solutions qu'elles ont adoptées à celles antérieurement appliquées par les Etats qui en sont parties" (Bischoff, 1988, p.398).

Les observations de Bischoff ont pour objet déclaré les années soixante-dix et quatre-vingt, mais elle pourraient s'adapter aux deux décennies précédentes, auxquelles se rapportent les considérations qui suivent.

4.3.6. Au lendemain de la deuxième guerre mondiale, on assiste en Europe au déploiement de deux tendances importantes, qui vont dans le sens du dépassement de l'impasse décrite, à travers l'élaboration de nouveaux critères de rattachement en matière familiale. Ces deux tendances naissent précisément sur les deux terrains indiqués par Bischoff - la filiation et le divorce - et elles peuvent se caractériser, avant que par le contenu spécifique des normes de conflit adoptées, par la logique qui conduit à leur formulation ou, autrement dit, par la méthode intellectuelle de leur production.

Plus précisément, dans les cas illustrés ci-dessous, la recherche de solutions alternatives au rattachement par la nationalité est guidée soit par une *logique de justice matérielle* (par.4.3.9) soit par une *logique de justice formelle* de nouveau type (par.4.3.12.)²⁴⁷. Dans le premier cas, les catégories propres de la discipline conflictualiste,

²⁴⁷On reprend, ici, pour des propos analytiques, la distinction entre "internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit" et "materiellrechtliche Gerechtigkeit", rendue classique par Gerhard Kegel à travers son Cours de 1964 à l'Académie internationale de La Haye. Il sera cependant évident par la suite que l'argument

fondées sur la neutralité affichée de la règle de conflit²⁴⁸, sont vidées de l'intérieur; dans le deuxième cas, ces mêmes catégories subissent une profonde transformation, qui les rend plus flexibles et les ancre aux caractères concrets de la situation qui donne lieu à la controverse.

4.3.7. Après 1945, la défaite des totalitarismes ouvre la voie à l'élaboration d'une idéologie juridique avec des fortes prétentions d'universalité, fondée sur l'attribution de droits à la personne humaine "sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation"²⁴⁹.

Le rêve d'émancipation universelle incarné dans la Déclaration de 1948 porte en soi les germes d'une transformation profonde du rôle de l'Etat envers les dynamiques spontanées de la société: dans les années de la reconstruction et puis du *boom* économique, en effet, la 'main publique' assume une fonction cruciale de redistribution sur le terrain des rapports économiques, de protection et de promotion des parties faibles dans les relations privées. Sur le plan spécifiquement juridique:

"Il s'en est suivi une sorte d'effacement plus ou moins apparent de la distinction entre droit public et droit privé qui ne pouvait pas ne pas avoir de conséquences sur la conception antérieurement reçue du droit international privé" (Batiffol, 1973, p.82).

4.3.8. Dans le domaine des conflits de lois, la 'publicisation' du droit privé se manifeste avec l'adoption d'une série de conventions internationales qui réduisent fortement

principal de ces pages est que, dans la pratique, cette distinction - si jamais elle avait été nette dans le passé - se perd irrémédiablement dans les décennies centrales de notre siècle.

²⁴⁸ Aujourd'hui la conscience du caractère idéologique sinon mythique de l'affirmation de neutralité de la règle de conflit - trace particulièrement résistante du positivisme dogmatique du siècle dernier - semble définitivement acquise:

"Cette neutralité semble cependant difficile à retenir, si l'on considère, d'une part, que les règles de droit international privé sont le produit de la même société étatique dans laquelle le droit matériel se forme et, d'autre part, que dans ce cadre toute règle juridique est destinée, comme fin ultime, à une solution matérielle satisfaisante des relations matérielles qui touchent, même avec des éléments d'extranéité, la communauté nationale" (Pocar, 1984, p.355).

²⁴⁹ Article 2, Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, adoptée et proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 Décembre 1948.

l'espace d'application de la *lex patriae* dans le but déclaré d'améliorer la protection des parties faibles dans les relations privées²⁵⁰. Le contenu essentiel, ainsi que les objectifs, de la première de cette vague de conventions internationales sont exposés avec clarté dans le Rapport de Louis De Winter à la VIIIe session de la Conférence de La Haye:

"The application of the law of the habitual residence is in the very first place justified by the fact that it amounts to the application of the maintenance system obtaining in the country in whose territory the child will be brought up. Now, the authorities of the country in which the infant is living and growing up are those best qualified to lay down rules, in the light of the existing economic and social conditions, establishing in which cases, to what extent and up to what age the child needs support. Normally, the interests of the child will be safeguarded to a maximum by the application of the law of his residence..."²⁵¹.

En retournant, quelques années plus tard, sur le contenu de son Rapport, De Winter renforce son plaidoyer par un argument d'égalité, intéressant pour le relief constitutionnel qu'il pourrait encore avoir dans plusieurs systèmes juridiques européens:

"...these grounds are reinforced by the humanitarian consideration that it would be unjust and unsatisfactory that a child should be allowed no support or less support than other children in the same circumstances and living in the same country" (De Winter, 1969, p.439).

4.3.9. A la base de la Convention de 1961 en matière de protection des mineurs, on retrouve la même logique finaliste²⁵² qui caractérise le traité de 1956, mais les résultats sur

²⁵⁰Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants (La Haye, 24 octobre 1956), Convention sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (La Haye, 5 octobre 1961), Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires (La Haye, 2 octobre 1973).

A l'échelle nationale, l'instrument principal de 'matérialisation' des règles de conflit ("lorsque le législateur, par exemple, édicte une règle de conflit à finalité matérielle, il a en vue, dans l'abstrait, un certain résultat et il utilise pour l'atteindre le procédé de la règle de conflit, en prenant d'ailleurs le risque que ce résultat ne soit pas atteint", Lagarde, 1986, p.56) est représenté par les règles de conflit alternatives; voir p.e. l'art.311-18 du Code civil français, introduit par la loi n.72-3 du 3 janvier 1972:

"L'action à fin de subsides est régie, au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur."

²⁵¹Rapport de la Commission Spéciale, *Documents VIIIe Session*, 1956, p.127, cité par De Winter, 1969, p.437-438.

²⁵²La notion de *téléologie* a été exploitée fructueusement - en relation à la dimension méthodologique des conflits de lois - par Friedrich Juenger. Dans son cours de 1985, cet auteur utilise le terme comme équivalent

le plan technique sont significativement différents. Dans ce cas, la désignation de compétence judiciaire a la priorité logique sur l'indication du droit applicable: après que l'article 1 a conféré le pouvoir d'intervenir aux "autorités, tant judiciaires qu'administratives" de l'Etat ou le mineur à sa résidence habituelle, l'article 2 dispose que "les autorités compétentes prennent les mesures prévues par leur loi interne".

Cette correspondance forcée de *forum* et *jus* est inspirée par des soucis extrêmes d'efficacité; la stricte finalisation du mécanisme choisi à des objectifs concrets de protection est confirmée d'ailleurs par l'article 4 qui prévoit que, si "l'intérêt du mineur l'exige", des mesures protectrices peuvent être prises aussi par les autorités de l'Etat dont l'enfant est ressortissant, selon leur propre loi²⁵³.

4.3.10. A l'échelle nationale également, les exigences de protection des mineurs - qui attirent un consensus de plus en plus vaste au cours d'une décennie innovatrice comme les années soixante - produisent des effets de taille sur les systèmes de droit international privé.

Plusieurs pays anticipent les conséquences de l'entrée en vigueur de la Convention sur la protection des mineurs en forgeant de façon autonome des solutions internes. En France, notamment, on assiste au glissement depuis un mécanisme de protection fondé sur l'application de l'ordre public, vers une technique de sauvegarde plus tranchante, baptisée "règle d'application immédiate"²⁵⁴.

C'est une transition au territorialisme d'autant plus brusque que la tradition française était de signe opposé; du haut de sa modération pragmatique, Louis De Winter commente ainsi:

du *better law principle*, tout en dégagant ce dernier principe de la perspective strictement casuistique où il a eu son origine:

"...teleology is an integral part of the positive conflict of laws. There is growing recognition of the need for sound substantive results in multistate cases, especially in areas which have been the subject of major domestic reforms, such as family and tort law. The better law principle now permeates, openly or covertly, case law, statutes and conventions" (Juenger, 1985, p.286).

²⁵³Pour un encadrement comparatif et historique de la convention, voir: Von Steiger, 1964.

²⁵⁴Pour les premières manifestations jurisprudentielles du concept en France, voir: Cour d'appel de Paris, 21 juin 1962 et 20 février 1964 et Cass.Ch.civ., 27 octobre 1964, toutes en RCDIP, 1965, p.119, avec une chronique de Jacques Foyer (p.39); Cour d'appel de Paris, 28 avril 1967, en RCDIP, 1968, p.446, note Foyer, et en Clunet, 1968, p.98, note Ph.Kahn.

"It would seem that jurists in a country that has for so long and so faithfully espoused the nationality principle, can hardly stomach that it is sometimes preferable, i.a., more sensible to modify certain rules of conflicts in such a way that reference is made to the law of domicile of the person concerned rather than to his national law" (De Winter, 1969, p.468).

4.3.11. A côté de la tendance matérielle et finaliste, une autre ligne d'évolution importante s'observe dans le domaine du droit international privé de la famille au cours de la période centrale du siècle; à différence de la tendance décrite dans les paragraphes précédents, celle-ci reflète encore une conception formelle de la règle de conflit, qu'elle essaie d'adapter aux caractères nouveaux des relations privées internationales²⁵⁵. C'est une vaste mouvance qui, face au phénomène de la multiplication des appartenances nationales dans la personne et dans la famille, essaie de réorienter le choix de la loi applicable en recherchant la loi 'adéquate' à la controverse, non pas sur la base des conséquences matérielles du choix, mais en considération des caractères concrets de la controverse même.

Les changements juridiques examinés dans les lignes qui suivent s'insèrent dans un courant évolutif qui dépasse largement le domaine familial et qui a été efficacement encadré par Paul Lagarde à travers la catégorie du "principe de proximité" (1986).

4.3.12. "Ce principe exprime simplement l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, du rattachement d'un litige aux tribunaux d'un Etat avec lequel il présente, sinon le lien le plus étroits, du moins un lien étroit, enfin d'une subordination de l'efficacité d'une décision à l'étroitesse des liens qui la rattachent à l'autorité qui l'a prise" (Lagarde, 1986, pp.25-26).

²⁵⁵Il est peut-être exagéré d'opposer radicalement "conceptions formelles" et "conceptions substantielles" de la règle de conflit. En fait, il semble évident que - dans la plupart sinon dans toutes les décisions jurisprudentielles ou législatives en matière de conflits de lois - des considérations d'ordre matériel jouent un rôle ("Who can doubt that in their choice of law decisions judges and administrators are consciously or unconsciously influenced by what they know about the content of the laws from which the choice is to be made...?" (Kahn-Freund, cité par Juenger, 1985, p.269).

Il reste cependant vrai que, dans certains cas, la considération des conséquences du *choice of law* a un poids décisif, tandis qu'en d'autres elle n'est qu'un facteur secondaire de la décision. La façon la plus correcte de pratiquer une distinction est alors, peut-être, celle qui juxtapose "conceptions *plus* formelles" et "conceptions *plus* substantielles" de la règle de conflit, en les situant toutes sur une échelle de variation continue.

Dans son cours éclairant, Lagarde illustre d'abord le rôle central des démarches conflictualistes fondées sur la recherche de la loi (ou du tribunal) ayant les liens les plus étroits avec l'espèce dans le renouvellement récent du droit des obligations, spécialement contractuelles. L'auteur français ne s'arrête cependant pas à ce niveau sectoriel:

"On pourrait théoriquement généraliser le principe et l'étendre, par exemple, au statut personnel ou aux successions [...]. Dans ces domaines, le besoin de sécurité paraît l'emporter et les droits positifs nationaux contiennent en général une règle assez rigide, rattachant par exemple le statut personnel à la loi nationale ou à la loi du domicile. Une telle règle résulte le plus souvent de considérations historiques et ne peut se réclamer du principe de proximité qui précisément ne permet pas de choisir, *a priori* et abstraitement, entre le rattachement à la nationalité et le rattachement au domicile. [...] Cependant, même lorsque le principe de proximité n'inspire pas directement la règle de conflit, et c'est le cas en matière de statut personnel, il ne s'efface pas pour autant complètement" (Lagarde, 1986, pp.30-31).

Dans le domaine du statut personnel, le principe de proximité intervient à la place de la règle de rattachement principale (notamment, de la nationalité). "en profitant des failles de cette règle" (op.cit., p.66). Pour les finalités de notre recherche, les exemples les plus intéressants de ce remplacement se retrouvent dans les cas où la multiplication des rattachements au sein de la personne (cumul de nationalités) ou la famille (famille plurinationale) paralyse le fonctionnement de la règle de rattachement principale.

4.3.13. Au fur et à mesure que, au cours du XXe siècle, le dogme de l'unicité et exclusivité de la nationalité s'efface²⁵⁶ et que les situations de conflit de nationalités se multiplient, la tendance à privilégier la "nationalité effective" s'affirme. A partir du domaine du droit public²⁵⁷, le paramètre concret et casuistique de l'effectivité s'impose dans la plupart des pays pour la solution des conflits positifs de nationalités²⁵⁸.

²⁵⁶Voir les paragraphes de 4.2.10 à 4.2.17.

²⁵⁷La Convention de La Haye du 12 avril 1930 sur les conflits de nationalités fait prévaloir, dans le domaine du droit public justement, le lien d'allégeance du double national avec "the nation with which the party is most closely connected".

²⁵⁸En cette matière comme en bien d'autres, la jurisprudence italienne garde une attitude formaliste et montre une certaine difficulté à adapter ses solutions à l'internationalisation croissante des controverses: en effet, c'est la nationalité attribuée sur la base des critères les plus semblables à ceux de la loi italienne qui prévaut normalement, voir Bariatti, 1989, p.48. Ce critère, qui apparaît original du point de vue comparatif.

C'est justement le majeur théoricien de la proximité qui nous met en garde contre une interprétation de cette tendance évolutive qui se fonde exclusivement sur le concept de proximité. Une notion 'objective' et une notion 'subjective' de la nationalité effective - nous montre Lagarde - peuvent s'opposer et même se fondre dans l'élaboration concrète des juges et seulement la première peut se qualifier comme une véritable application du principe de proximité²⁵⁹. Face à l'alternative entre les deux méthodes de détermination de la nationalité effective, Lagarde déclare sa préférence pour la méthode subjective. "C'est elle - il soutient - qui sauvegarde le mieux la cohérence et la permanence du statut personnel. [...] la recherche de l'allégeance effective repose sur l'appréciation du comportement de l'intéressé sur une longue durée. Si l'on recherche auquel de ces deux Etats nationaux la personne intéressée a entendu se rattacher, on a donc de fortes chances de pouvoir retenir une loi nationale prépondérante plus constante que la loi nationale effective qui serait déterminée objectivement, à partir des circonstances concrètes et changeantes du moment considéré" (Lagarde, 1986, p.81).

Cette indication me semble opportune et condivisible, pourvu qu'elle soit interprétée sans extrémiser la valeur du facteur subjectif qui doit, en tout état de cause, s'appuyer sur un lien étroit avec le système choisi et ne doit pas se réduire à un choix arbitraire guidé par l'utilité immédiate.

4.3.14. La tendance générale à résoudre les conflits positifs de nationalités à travers un jugement d'effectivité rencontre une limite dans le cas où l'une des nationalités en conflit est celle du for. L'expérience de la grande majorité des pays européens nous révèle que lorsque le juge perd son équidistance par rapport aux nationalités en jeu, il abandonne aussi l'impartialité qui est implicite dans le concept de "nationalité effective"²⁶⁰. Au cours de la

ne s'applique qu'aux situations de cumul de nationalités étrangères; la préminence de la nationalité italienne, quand elle est en jeu, est indiscutée.

²⁵⁹Dans la détermination de la nationalité effective, "les tribunaux retiennent des éléments objectifs tels que la résidence de l'intéressé, la durée des séjours dans les deux pays concernés, les liens conservés avec l'un ou l'autre de ces pays, la langue parlée par l'intéressé, les conditions dans lesquelles il a acquis (ou lui a été attribuée) la seconde nationalité, son activité professionnelle, ses papiers d'identité, et ils essaient d'en déduire l'intention de s'attacher à l'un des deux pays plutôt qu'à l'autre. Cette ambiguïté entre une effectivité objective, qu'on pourrait appeler de proximité, et une effectivité subjective, qu'on pourrait qualifier d'allégeance, peut donner lieu, dans certaines espèces, à une grave incertitude." (Lagarde, 1989, p.29). Voir aussi Lagarde, 1986, pp.78-82.

²⁶⁰Le critère de "nationalité effective" conserve sa neutralité qu'il soit interprété en termes de proximité ou d'allégeance.

deuxième moitié de notre siècle, donc, un privilège de nationalité - qui était déjà solidement établi dans la doctrine continentale - s'affirme largement dans la pratique²⁶¹.

La préférence systématique à la loi du for, cependant, n'est pas absolue: elle est occasionnellement abandonnée pour faire place à la protection des droits acquis. En particulier, c'est à partir de la moitié des années soixante que l'exigence pratique de reconnaître les divorces obtenu par des doubles nationaux dans leur autre Etat d'appartenance pousse les juges de plusieurs pays européens à renoncer au privilège en reconnaissant la dissolution du lien conjugal sur la base d'une appréciation d'effectivité de la nationalité²⁶².

4.3.15. Le schéma qui caractérise la réponse des jurisprudences européennes au problème posé par la multiplication des cas de pluralité de nationalités se retrouve, en formes analogues, dans leur attitude face à l'autre grand noeud problématique du droit international privé contemporain: le cumul des nationalités à l'intérieur de la famille et, en particulier, à l'intérieur du couple légitime.

Il s'agit - comme on vient de voir - d'un schéma de réponse fondé sur l'utilisation généralisée d'un critère de rattachement neutre, changeant et appréciable en concret (la "nationalité effective" dans le cas de pluralité de nationalités, le domicile commun des époux - ou des critères fonctionnellement semblables - dans le cas de couples plurinationaux) qui tend cependant à céder à l'application de la loi du for lorsqu'un

²⁶¹Le seul système juridique national où il serait sans aucun doute impropre parler d'un "privilège de nationalité" est celui des Pays-Bas. En effet, la loi du 25 mars 1981 (*Règlements des conflits de lois en matière de dissolution du mariage et de séparation de corps, et de la reconnaissance de celles-ci, en rapport avec la ratification des Conventions de Luxembourg et de La Haye sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal et sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps* (*Staatsblad*, 1981, n.166, version française en RCDIP, 1981, p.809) a introduit un ensemble éctectique et fortement innovateur de règles qui prévoit, entre autres, à l'alinéa 3 de l'article 1:

"Si une partie possède la nationalité de plus d'un pays, son droit national est censé être celui dont elle a la nationalité, avec lequel - toutes circonstances considérées - elle a le lien le plus fort."

La norme ne fait aucune distinction pour le cas où l'une des nationalités en conflit soit celle néerlandaise.

En Allemagne, la préminence de la nationalité du for au détriment de la nationalité effective a été rétablie - après la révolutionnaire décision du *Bundesgerichtshof* qui disposait le contraire (1979, BGHZ, 75.32, NJW, 1979.1776) - par l'article 5, alinéa 1er, 2e phrase, du nouveau EGBGB, introduit par la loi du 25 juillet 1986.

²⁶²*Suisse*: Trib.Fédéral, 6 juin 1963, *Clunet* 1965, p.921; *Pays-Bas*: Cour de Cassation (Ch.civ.), 9 décembre 1965, RCDIP 1966, p.297, (note De Winter); *France*: Cour Cass. (1ère Ch. civ.), 10 mars 1969, RCDIP 1970, p.114, note Batiffol (qui souligne cependant le caractère contradictoire et confus de la motivation); *République Fédérale d'Allemagne*: Oberlandsgericht Düsseldorf, 17 mai 1974, *Fam RZ* 1974, p.528, note Beitzke, et *Clunet* 1979, I, p.422.

ressortissant du pays en question est impliqué. C'est donc un modèle normatif qui se distingue pour la combinaison d'un instrument nouveau et original, tel le rattachement fondé sur la proximité, et d'un mécanisme traditionnel, comme le privilège de nationalité.

4.3.16. A partir de la moitié de notre siècle, les systèmes de droit international privé européens se convertissent graduellement à l'utilisation de rattachements 'faibles'²⁶³ dans les litiges qui surgissent à l'intérieur de couples binationaux.

Ce processus - qui s'accompagne à l'abandon progressif de la loi nationale du mari comme loi du mariage en absence de nationalité commune - intéresse d'abord l'Europe continentale et, dans un deuxième temps, les pays de l'aire méridionale. Le Portugal franchit le seuil de l'égalité des sexes en matière de conflits de lois en 1977, avec le décret-loi du 25 novembre, la Grèce en 1983, avec la loi n.1329; en Italie, enfin, ce n'est qu'en 1987, par effet d'une décision de la Cour constitutionnelle (n.71 du 26 février 1987), que le rattachement inégalitaire est abandonné²⁶⁴.

Aujourd'hui, en Europe, la symétrie formelle des règles de conflit en matière de rapports entre époux et de divorce est définitivement rejointe mais - comme nous le rappelle à juste titre Hélène Gaudemet-Tallon - "...il faut prendre conscience que cette disparition [de la compétence de la loi nationale du mari] est loin d'être universelle. [...] La prééminence de la loi du mari s'affirme encore très largement dans les Etats dont le droit est d'inspiration islamique" (Gaudemet-Tallon, 1991, p.78)²⁶⁵.

²⁶³ J'utilise ce terme pour caractériser des rattachements tels le domicile commun ou la résidence habituelle des époux, passibles de changements fréquents, et pour les distinguer ainsi des rattachements 'rigides', tels ceux qui se fondaient sur la nationalité, soit qu'il s'agissait de la nationalité commune des époux, soit de la nationalité du mari.

²⁶⁴ Parmi les raisons de ce retard, qui sans nul doute sont d'abord culturelles, on peut cependant insérer aussi le fait que la règle de rattachement fondée sur la loi nationale du mari était contenue dans une explicite prévision législative (art.18 des Dispositions préliminaires au Code civil) qui fermait la voie de la réforme à la jurisprudence.

²⁶⁵ La compétence de la loi nationale du mari est affirmée nettement dans le Code civil égyptien (1948), syrien (1949), libyen (1953), irakien (1959), somalien (1973), jordanien (1976); c'est ainsi aussi dans le droit tunisien (décret 12 juillet 1956, modifié le 24 juin 1957) et algérien (Code de la famille, 1984). Le droit marocain fait exception, en prévoyant (art.9, Dahir sur la condition civile des étrangers de 1913) que chaque époux peut demander la dissolution du mariage selon sa loi nationale. L'équilibre apparent de cette norme est cependant miné par l'existence d'un rigoureux privilège de religion (cf.chap.2.par.4).

4.3.17. La voie nouvelle, qui permet de sortir de l'impasse engendrée par la multiplication des nationalités dans la famille sans retomber dans l'inégalité de la solution traditionnelle, est marquée par la jurisprudence française.

En 1953, la première section de la Chambre civile de la Cour de cassation - avec un arrêt qui, dans les paroles de Bertrand Ancel et Yves Lequette, "reste l'un des monuments de notre droit international privé" (Ancel et Lequette, 1987, p.195) - se prononce ainsi:

"...les époux Petrov-Roumiantzeff, ayant une nationalité différente, mais étant domiciliés l'un et l'autre en Equateur, c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé que leur divorce était régi par la loi du domicile qui se trouvait, au surplus, être identique à la loi personnelle du mari et à la loi du for"²⁶⁶.

La force d'expansion de ces lignes dépouillées se révélera énorme. Dictée pour régler une controverse surgie à propos des effets en France (plus précisément, dans le Maroc français) d'un divorce prononcé en Equateur entre une émigrée russe naturalisée française et un émigré russe non naturalisé, la sentence inaugure une vaste tendance jurisprudentielle, qui sera dominante pendant plus de vingt ans en France et dont les répercussions dans le reste d'Europe persistent encore.

4.3.18. Les circonstances concrètes de l'arrêt Rivière, mais surtout l'ambiguïté de sa formulation, là où la Chambre civile relève la coïncidence fortuite des points de contact (loi du domicile commun, loi nationale du mari, loi du for), engendrent en un premier temps des doutes sur la portée de la solution adoptée. Il reste notamment à éclaircir si, pour la Cour de cassation, le domicile commun des époux représente un rattachement autonome et suffisant et si, deuxièmement, son efficacité de rattachement s'étend aussi au règlement direct de différends entre époux domiciliés en France.

La réponse positive et tranchante aux deux questions vient de l'arrêt *Lewandowski*²⁶⁷, où la nouvelle règle de conflit est formulée "dans toute sa pureté" (Lagarde, 1971, p.243):

"...le divorce de deux époux de nationalité différente est régi par la loi du domicile commun".

²⁶⁶C.Cass., Ch.civ., 17 avril 1953, RCDIP 1953, p.412, note Batiffol; Clunet 1953, p.860, note Plaisant, maintenant aussi en Ancel et Lequette, 1987, p.193.

²⁶⁷Cass., Ch.civ., 15 mars 1955, RCDIP, 1955, p.320, note Batiffol; Clunet, 1956, p.146, note Goldman.

4.3.19. Le signal donné par la Cour de cassation avec l'arrêt Rivière amorce une série de revirements jurisprudentiels qui - dans l'espace des deux décennies suivantes - font de la loi du domicile des époux une véritable "loi de la famille", qui parvient à couvrir non seulement les effets du mariage²⁶⁸, mais aussi la filiation légitime²⁶⁹ et la légitimation²⁷⁰.

Cette expansion irrésistible démontre de façon irréfutable que - face à un accroissement important du contentieux familial international - un rattachement 'en crise', comme la nationalité des parties, ne peut plus être le pilier unique qui soutient l'édifice du droit international privé de la famille. Cependant, la voie parcourue par la jurisprudence française dans les années cinquante et soixante, qui tend à généraliser l'empire de la loi du domicile commun, suscite des raisonnables critiques²⁷¹ et provoquera bientôt des réactions législatives imprévues et débordantes²⁷².

4.3.20. La vaste fortune internationale de la solution Rivière se manifeste essentiellement sur le terrain législatif, comme il est inévitable pour des systèmes juridiques

²⁶⁸ Les avantages évidents que la loi du domicile assure sur le plan pratique et théorique ont poussé la jurisprudence à l'appliquer - outre que dans une catégorie de cas traditionnellement comprise dans les effets du mariage, comme l'obligation alimentaire entre époux (arrêt Chemouni, Cass.Ch.civ., 19 février 1963, RCDIP 1963, p.559, note G.H., Clunet, 1963, p.986, note Ponsard) - aussi dans un domaine qui relevait normalement de la loi successorale, comme les donations entre époux (arrêt Campbell-Johnston, Cass.Ch.civ., 15 février 1966, RCDIP 1966, p.273, note Batiffol; Clunet 1967, p.95, note Goldman). Cet intéressant développement montre clairement - comme l'ont souligné plusieurs auteurs - "les liens étroits unissant la question du rattachement à celle de la qualification" (Ansel et Lequette, 1987, p.199).

²⁶⁹ Bien qu'indirectement: arrêt Moëns, Cass.Ch.civ., 4 novembre 1958, RCDIP 1959, p.309, note Franciscakis.

²⁷⁰ Arrêt Weyrich-Laroche, Cass.Ch.civ., 8 juillet 1969, RCDIP 1971, p.255, note Weill; Clunet 1970, p.303, note B.G.; arrêt Bonomo, Cass.Ch.civ., 3 mars 1970, p.911, note Goldman.

²⁷¹ Phocion Franciscakis, par exemple, dans un article dont le titre explicite est *Une extension discutable de la jurisprudence Rivière. L'application de la loi du domicile commun à la filiation légitime* (Clunet, 1956), prône l'application de la loi nationale de l'enfant. L'illustre auteur fonde son raisonnement sur l'affirmation irréfutable que "en cette matière trois personnes et non plus deux doivent être prises en considération, obéissant le cas échéant à trois lois personnelles différentes" (p.278). Pour cette simple raison, la logique de la proximité - qui conduisait, dans le cas du divorce, à l'application de la loi du domicile commun - renvoie ici à des solutions différentes.

²⁷² La loi du 3 janvier 1972 (art.311-14 Code civil) soumet la filiation, qu'elle soit légitime ou naturelle, à la loi nationale de la mère; la loi du 11 juillet 1975 (art.310 Code civil) attribue à la loi française la compétence pour régir le divorce de deux étrangers domiciliés en France, même lorsque les époux ont une nationalité étrangère en commun. On retournera sur les objectifs et les conséquences de ces importantes réformes dans le Cinquième chapitre.

où la jurisprudence en matière de conflits de lois n'a pas la même vitalité et la même autonomie qu'en France²⁷³.

A défaut de pouvoir énumérer ici toutes les étapes du vaste processus de diffusion du nouveau rattachement, on se borne à mettre en évidence que, dans sa réception législative, le modèle originaire tend à se compliquer. Les législateurs européens, notamment, rallongent l'échelle des rattachements utilisables pour régler les litiges des couples binationaux. Dans la majorité des cas, l'échelon rajouté pour résoudre les différends lorsqu'il n'y a pas de domicile commun (ou de résidence habituelle commune) ni, éventuellement, de dernier domicile commun (ou de dernière résidence habituelle commune) est la loi du pays avec lequel la situation a les liens les plus étroits²⁷⁴.

4.4. Migrations intra-européennes et consolidation du privilège de nationalité en Europe.

4.4.1. Le rayonnement de la "solution Rivière", qui marque l'affirmation du principe de proximité dans le domaine du divorce international (et même au-delà, dans la sphère plus vaste des effets personnels du mariage), laisse néanmoins subsister dans plusieurs ordres juridiques une 'aire protégée', où le principe de souveraineté conserve sa préminence. Je me réfère à la dissolution des liens conjugaux dans le cas où l'un des époux est ressortissant du for.

La consolidation d'un privilège de nationalité en matière de divorce est un phénomène qui caractérise l'évolution du droit international privé de la famille dans un bon nombre de pays européens, en particulier dans les années cinquante et soixante. Il s'agit d'une évolution qui ne s'explique que par certains caractères spécifiques des vastes

²⁷³Bertrand Ancel et Yves Lequette soulignent le paradoxe d'un modèle juridique accueilli par de nombreux législateurs européens au moment même où le législateur français l'abandonne et il reconnaissent dans ce même paradoxe "...un des traits du caractère national: repousser par un goût immodéré et désordonné du changement les innovations heureuses que nous avons su dégager et qui font désormais le profit de nos voisins..." (Ancel et Lequette, 1987, p.201)..

²⁷⁴Cette formule, qui traduit le principe de proximité dans sa forme la plus immédiate et la plus pure, se retrouve, par exemple, dans le Code civil portugais (art.52) tel qu'il a été modifié par le décret-loi du 25 novembre 1977, dans le Code civil grec (art.14) tel qu'il a été modifié par la loi 1329/1983, et dans le nouvel article 14 du EGBGB allemand, tel qu'il a été réformé par la loi du 25 juillet 1986.

mouvements migratoires qui intéressent l'Europe dans la période considérée et qui méritent donc d'être illustrés brièvement.

4.4.2. Dans les trois décennies qui suivent la fin du deuxième conflit mondial, les migrations intra-européennes remplacent progressivement les courants migratoires vers les Amériques qui avaient marqué, de façon prédominante, la première moitié du siècle.

Les données relatives aux flux internes au continent décrivent une courbe qui les porte d'un niveau presque inexistant jusqu'à des dimensions très consistantes, pour les faire redescendre, à la fin de la période, près du zéro. La forme de la courbe et la position de sa crête varient selon les pays; en Italie, par exemple:

"Il tasso migratorio con l'estero [...] sale dal 2,4% del 1946 al 7,7% negli anni 1960 e 1961 (anni di punta dell'emigrazione di questo periodo, con quote di quasi 400 mila espatri) per scendere poi attorno al 2% dopo il 1971" (Favero et Tassello, 1978, p.38).

4.4.3. Le mouvement massif de personnes de l'Europe méditerranéenne vers l'Europe continentale, dans la période 1946-1976, a des caractères nouveaux par rapport aux exodes transocéaniques: il s'agit pour la plupart de migrations temporaires qui suivent l'offre de travail industriel²⁷⁵ et qui montrent donc, rétrospectivement, un taux de retour beaucoup plus élevé. En ce qui concerne l'Italie:

"I tassi di rotazione con l'Europa sono molto più elevati di quelli con i Paesi extra-europei: 71 rimpatri contro 100 espatri. [...] L'84% dei rimpatri del periodo 1946-1976 proviene dai Paesi europei. La maggior parte (quasi 2 milioni) vengono dalla Svizzera (53% dei rimpatri dall'Europa, tasso di rotazione dell'83%); 868.255 provengono dalla Germania (24% dei rimpatri dall'Europa, tasso di rotazione del

²⁷⁵ On ne va pas développer ici une analyse des motifs du caractère temporaire des ces migrations. Il est cependant évident que, si le 'choix du retour' est favorisé par les distances inférieures, il est également encouragé par l'absence, plus ou moins graves selon les pays, de sérieuses politiques d'insertion des travailleurs étrangers.

Il est probable, en outre - bien que des études ponctuelles manquent sur cet aspect - que la vague des retours vers l'Europe méridionale soit également influencée par un changement dans la politique de recrutement des entreprises: au fur et à mesure que la Communauté Economique Européenne devient une réalité, la concrétisation du principe de l'égalité de traitement des travailleurs communautaires pousse les industriels à préférer la main d'œuvre non européenne.

76,5%); più di mezzo milione dalla Francia (15% dei rimpatri dall'Europa, tasso di rotazione del 53%)" (Favero et Tassello, 1978, p.38).

4.4.4. La précarité de l'établissement est un puissant facteur de fragilité des liens familiaux créés par l'étranger dans le pays d'accueil. Si à cette vérité intuitive on ajoute l'obstacle représenté par la distance culturelle, on comprend pourquoi les nombreuses unions mixtes formées par des européens du Sud émigrés et des femmes originaires du pays d'immigration ont un taux de faillite élevé.

Les questions juridiques qui surgissent dans cette catégorie particulière de cas influencent l'évolution du droit international privé de plusieurs pays européens, en particulier dans sa réponse à la fondamentale question du droit applicable à la dissolution des mariages mixtes²⁷⁶.

4.4.5: La crise des ménages mixtes unissant hommes immigrés et femmes autochtones fait surgir des situations juridiques enchevêtrées, dans la mesure où le droit du pays d'origine du mari et celui du pays d'établissement, d'où est originaire la femme, tranchent de façon différente la question de la solubilité du mariage. Celle-ci est d'ailleurs une circonstance fréquente au cours des années '50 et '60, quand l'Europe juridique apparaît partagée, en matière de divorce, par une faille profonde qui isole les pays catholiques riverains de la Méditerranée. Sauf une brève parenthèse libérale dans les premières

²⁷⁶"L'importance cruciale que les migrations internationales (et les politiques adressées à les régler) ont dans l'évolution du droit international privé de la famille est, de toute évidence, l'objet d'une conviction qui est à la base de la présente étude. L'intensité de ce lien de cause a été d'ailleurs souligné par plusieurs spécialistes; peu d'entre eux, cependant, lui ont reconnu le rôle explicatif central qui lui est attribué par Peter North: "...[the] great nineteenth-century migration 'provided much of the context for the resulting conflict problems'. Indeed, as many of the migrants were poor, this movement of people was more likely to have an initial effect in the field of family law than in international commerce. In the twentieth century, the pattern of mass migration has continued, but new reasons for such movements of peoples are to be seen. Irish and Italian migrants left Europe for the Usa in the nineteenth century because of famine and poverty. The twentieth century has war and upheavals in the social order as a further major reason for migration and, indeed, 'other societies have originated in the Western hemisphere, whose very function was to amalgamate the greatest possible number of immigrants'. [...] There is no doubt that major problems in the field of family law have been created or exacerbated thereby" (North, 1980, pp.17-18).

Les passages entre guillemets dans le texte de North sont des citations de: Otto Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law*, Recueil des Cours Académie de Droit International de La Haye, 1974, III, p.334, et de Graue, *Domicile, Nationality and the Proper Law of the Person*, German Yearbook of International Law, 1976, 19, p.255.

décennies du siècle²⁷⁷, l'Espagne, le Portugal et l'Italie restent ancrés au principe d'indissolubilité jusqu'à une période relativement récente²⁷⁸.

Dans ce cadre, les unions mixtes deviennent le lieu où se concentrent, et éventuellement explosent, les contradictions culturelles du continent. La demande juridique qui monte d'un grand nombre de femmes mariées à des étrangers entre en conflit avec un principe fondamental de l'ordre juridique et moral des maris. Les reflets sur l'univers des conflits de lois sont résumés efficacement par Friedrich Juenger:

"The law of conflicts had to respond to the fact that countries like Italy, Greece and Spain were out of step with the international community" (1985, p.315).

4.4.6. Les formes dans lesquelles se présente le problème du droit applicable à la dissolution des mariages mixtes unissant des migrants sud-européens à des femmes originaires de l'Europe continentale varient, ainsi que les solutions apportées, de pays à pays.

Dans les systèmes nationaux qui se trouvent encore engagés par la Convention de La Haye de 1902 en matière de divorce - laquelle, en cas de nationalité différente des époux, investissait de compétence la dernière *lex patriae* commune²⁷⁹ - le malaise juridique produit par l'immigration massive se manifeste tout d'abord par la dénonciation de la Convention. L'existence d'un précis lien de cause entre une émergence sociale bien déterminée et le changement juridique est cueillie de façon très explicite par les

²⁷⁷En Espagne, le divorce fut permis pendant une brève période, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 2 mai 1932 jusqu'au début de la guerre civile. En Portugal, la parenthèse "mixte" dura jusqu'à la deuxième guerre mondiale: ce n'est qu'en 1940 que le principe de l'indissolubilité fut rétabli, d'une manière limitée aux mariages catholiques.

²⁷⁸L'Italie parvient la première à légaliser le divorce, à la suite d'un conflit politique intense et prolongé (loi n.898 du 1 décembre 1970). Dans les *pays de la péninsule ibérique*, la genèse de cette révolution sociale et juridique est liée, chronologiquement et culturellement, à la chute des "fascismes méditerranéens": la réforme portugaise date de 1975, celle espagnole de 1981 (loi n.30 du 7 juillet). En dehors de l'aire catholique, la Grèce suit un parcours historique parallèle: jusqu'à 1979 le divorce n'est admis que pour des graves altérations pathologiques du rapport; la loi n.868 de 1979 introduit l'espèce du divorce précédé par une période de séparation de six ans; la loi n.1329 de 1983, enfin, contient une réforme globale, largement inspirée aux législations française et allemande.

²⁷⁹Au début du XXe siècle, dans tous les pays d'Europe, le mariage entraînait encore la perte de la nationalité d'origine pour la femme et l'acquisition de la nationalité du mari (cf.4.2.). La différence de nationalité entre les époux était donc une circonstance tout à fait exceptionnelle, qui ne se présentait que lorsqu'un des époux acquérait une nouvelle nationalité par naturalisation pendant le mariage. La soumission de la dissolution du couple à la dernière loi nationale commune, dans cette situation, était pratiquement équivalente à une désignation de compétence de la loi nationale du mari.

commentateurs de l'époque: dans les paroles de Henri Batiffol, par exemple, l'Allemagne et la Suède "ont dénoncé la convention de La Haye sur le mariage [le 1^{er} juin 1934] parce que, donnant compétence à la loi nationale du mari, cette convention empêchait les juges allemands et suédois de prononcer le divorce d'une allemande ou d'une suédoise ayant épousé un italien ou un espagnol" (Batiffol, 1959, p.539).

Analoguement, la démarche unilatérale des Pays-Bas, qui parviennent en 1969 à dénoncer la Convention, est finalisée, selon Louis De Winter, à prévenir "the undesirable consequence that Dutch girls, married to Italian immigrant labourers, could not obtain a divorce if they had become Italian by marriage, even if they had recovered their Netherlands nationality, as in this case their last common nationality was Italian" (De Winter, 1969, p.389).

4.4.7. En dehors du cadre de la Convention de 1902, une évolution qui tend vers les mêmes résultats d'ordre matériel s'observe en Belgique. Dans l'affaire *Servais-Rossi*, où il s'agit de l'action en divorce intentée par une femme belge contre son mari italien, la Cour de Cassation rejette la demande en s'appuyant sur une application cumulative des deux lois en conflit.²⁸⁰ Mais la solution suscite tant de protestations dans l'opinion publique qu'une loi est votée quelques années plus tard, permettant à tout citoyen et citoyenne belge de divorcer chez soi.²⁸¹

En Suisse, sans besoin d'une intervention législative, c'est la jurisprudence qui trace autonomement une voie vers une nouvelle réglementation du divorce international et vers le dépassement de la contradiction-aigüe entre justice formelle et justice substantielle qui affleurerait de plus en plus nettement en ce domaine. A travers une courageuse série d'arrêts, émis entre 1968 et 1976 et caractérisés par une approche antiformaliste et finaliste²⁸², la

²⁸⁰Cour de Cass., 16 mai 1952 et 16 février 1955, respectivement en: *Clunet*, 1953, p.388, et *Clunet* 1955, p.930, note Philonenko.

A propos de la méthode cumulative, Batiffol remarque: "Ce système paraît répondre à une certaine logique: puisque le statut personnel de chacun des époux est soumis à une loi différente, il faut respecter l'une et l'autre loi, et l'on ne peut admettre la demande que si les deux lois l'admettent. Mais il faut reprocher à cette position de ne pas tenir ce qu'elle promet: on ne respecte pas cumulativement les deux lois quand on refuse le divorce parce qu'il n'est pas admis par les deux lois, on adopte en réalité la solution de la loi négative" (Batiffol, 1959, p.533).

La solution cumulative, donc, ne tient pas sur le plan logique. Il faut alors conclure que, souvent, les juges utilisent cette méthode "en vertu d'une appréciation sur la valeur relative des lois en présence" (p.534).

²⁸¹Loi du 27 juin 1960, in *Moniteur belge*, 9 juillet 1960, p.5281.

²⁸²"Blending forum preference with the better law approach" (Juenger, 1985, p.310).

Cour fédérale suisse permet d'abord à une femme française de divorcer en Suisse de son mari italien²⁸³, elle reconnaît ensuite la validité du remariage au Danemark d'un homme italien dont la femme suisse avait obtenu le divorce par une cour suisse²⁸⁴, elle admet enfin la possibilité du remariage en Suisse pour un divorcé italien²⁸⁵.

4.4.8. Cette rapide vue d'ensemble nous montre que le privilège de nationalité et le *homing trend* - c'est à dire la tendance à soumettre aussi les étrangers à la loi du for (comme, par exemple, en cas de remariage d'un ressortissant italien ou espagnol divorcé) - sont les instruments à travers lesquels les droits européens les plus avancés défendent une conception libérale du mariage dans les rapports avec d'autres ordres juridiques, où une telle conception ne s'est pas encore affirmée. Naturellement, la rupture territorialiste se rend nécessaire pour affirmer la liberté de divorce et celle de remariage, en présence de systèmes de règles internes ou conventionnelles de conflit encore fondés sur la préminence de la loi nationale du mari ou sur l'application distributive des lois nationales des époux en matière de capacité de mariage²⁸⁶.

Mais cette déchirure dans l'harmonie décisionnelle intra-européenne est provisoire. Le principal facteur de son dépassement sera, de toute évidence, l'homogénéisation progressive du droit matériel de la dissolution du mariage; aussi la générale évolution des règles de conflit, cependant, aura une certaine influence dans la réabsorption des dérives territorialistes en matière de divorce international. Une preuve de cette affirmation nous parvient d'une rapide reconsidération de l'impact de l'arrêt Rivière sur le droit français.

²⁸³ *Cardo v. Cardo*, 11 juillet 1968, BGE 94 II 65.

²⁸⁴ *Dal Bosco v. Bern*, 3 juin 1971, BGE 97 I 389.

²⁸⁵ *Dame P. v. Neuchâtel*, 5 février 1976, BGE 120 IB 1.

²⁸⁶ En quelque cas, la contradiction qui s'était produite dans les droits européens entre une orientation formaliste, conforme aux règles de conflit établies, et une orientation plus élastique et attentive aux demandes des parties ne trouve une solution qu'à travers l'intervention du juge constitutionnel.

L'exemple le plus remarquable, à ce propos, nous est fourni par la célèbre décision rendue par la Cour constitutionnelle allemande le 4 mai 1971 (31 BVerfGE 58); dans cette sentence, le *Bundesverfassungsgericht* déclare contraire à la liberté constitutionnelle de mariage l'interdiction de remariage opposée par les autorités allemandes à une femme divorcée en Allemagne mais formellement soumise, quant à sa capacité de mariage, au droit espagnol.

En s'appuyant sur des arguments de saveur jusnaturaliste, la Cour affirme que l'intérêt à l'harmonie internationale des jugements et des situations familiales ne peut prévaloir sur l'intérêt concret des parties et, notamment, sur leur liberté de mariage.

4.4.9. L'ancienneté de l'établissement d'étrangers en France explique le fait que, aussi tôt qu'en 1922, la Cour de cassation est appelée à se prononcer sur la faculté d'une femme française mariée à un italien de divorcer en France. La Cour décide en sens affirmatif²⁸⁷, avec un arrêt qui est interprété, en un premier temps, comme une consécration de l'application distributive des lois en présence, dans les litiges opposant époux de nationalité différente. Mais la solution, interprétée ainsi, cause des déséquilibres qui deviennent de plus en plus évidents à mesure que le contentieux s'élargit²⁸⁸; les critiques et les doutes se multiplient, jusqu'à produire une réinterprétation doctrinale et jurisprudentielle de la signification du précédent *Ferrari*:

"Dans ce contexte l'arrêt *Ferrari* changeait de signification. Il devenait l'illustration d'un courant d'idée qui tendait à soumettre à la loi française toute institution familiale dès que l'une des parties était française" (Ancel et Lequette, 1987, p.77).

Par cette voie, le privilège de nationalité est instauré dans le droit français²⁸⁹; la jurisprudence le respectera rigoureusement pendant trente ans, jusqu'au moment où les juges de l'arrêt *Rivière* affirmeront que "le seul fait de la nationalité française de la femme ne suffit pas à rendre dans tous les cas où l'état de cette dernière est en cause la loi française obligatoirement compétente".

Le revirement de la Cassation sur ce terrain n'est pas dicté par une conversion subite à l'internationalisme; la doctrine de l'époque se rendait bien compte que, du moins à sa naissance, la solution *Rivière* était une façon élégante et intelligente de "recouvrir du

²⁸⁷Arrêt *Ferrari*, Cass.(Ch.civ.), 6 juillet 1922, RCDIP 1922, p.444, note Pillet; Clunet 1922 p.714; à présent aussi en Ancel et Lequette, 1987, p.74.

²⁸⁸Notamment, l'application distributive des lois nationales des époux engendre une situation asymétrique et paradoxale, en laissant le mari, ressortissant d'un pays qui n'admet pas le divorce, prisonnier d'un lien formel qui n'a plus d'existence réelle.

²⁸⁹L'attitude pragmatique avec laquelle la doctrine, même la plus ouverte, soutenait la nouvelle orientation est bien illustrée par ces lignes de Batiffol:

"Ce ménage fixé dans le pays de la femme sera en fait de la nationalité locale: le mode de vie et notamment la langue seront ceux de l'Etat local, les enfants seront en fait de la nationalité locale et le seront le plus souvent en droit. Comment alors admettre que la nationalité du mari détermine la loi applicable à un groupe de personnes dont la majorité n'a aucune attache de fait et souvent de droit avec le pays de cette nationalité?" (Batiffol, 1959, p.541).

voile de la loi domiciliaire le simple désir d'appliquer la loi française" (Francescakis, 1956, p.278)²⁹⁰.

Néanmoins, le dépassement formel du privilège constituait l'indication d'un parcours prometteur, qui sera interrompu brusquement par la réforme du droit international du divorce, en 1975.

4.4.10. Les exemples fournis au cours de ce paragraphe montrent comment des conflits normatifs d'origine culturelle, ayant pour objet la discipline du mariage et de sa dissolution, se soient manifestés en Europe bien avant l'immigration provenant de pays arabo-musulmans. Les maris italiens étaient aussi difficiles à intégrer par le droit que les maris maghrébins d'aujourd'hui. Leur spécificité paraissait à beaucoup aussi irréductible, et parfois aussi inacceptable.

L'observation de ces constantes et de ces retours peut nous aider à percevoir de façon moins dramatique les conflits actuels.

²⁹⁰Le penchant territorialiste implicite dans la jurisprudence *Rivière* est confirmé par la nature des correctifs qui sont bientôt adoptés pour la compléter. C'est en particulier l'arrêt *Tarwid* (Cass.civ., 15 mai 1961, RCDIP 1961, p.547, note Batiffol; Clunet 1961, p.734, note Goldman) qui assume importance de ce point de vue: la première section civile de la Cour de cassation y établit que, à défaut de domicile commun, le divorce d'époux de nationalité différente est "régé par la seule loi du for régulièrement saisi du divorce". Comme il est observé par Yves Lequette et Bertrand Ancel:

"La solution présentait au demeurant le mérite de permettre de résoudre la grave question du divorce du français, marié à un conjoint étranger et domicilié dans un pays dont la législation prohibait le divorce: il suffisait à l'époux français de quitter ce pays pour restituer à la loi française son applicabilité. Etait ainsi construit un règlement du conflit assurant au français le bénéfice d'un divorce 'à la française' sans que pour autant - suprême élégance - la loi du for parût jouir d'un domaine exorbitant" (Ancel et Lequette, 1987, p.198).

Chapitre cinquième

Le droit international privé des pays européens et le statut personnel musulman: problèmes et premières réponses

5.1. Les années soixante-dix: fermeture des frontières et stabilisation de l'immigration.

5.1.1. Menacés par la forte croissance des prix du pétrole, les principaux pays européens d'immigration décident, entre 1973 et 1974, d'arrêter l'importation de main d'oeuvre étrangère. La mesure est adoptée sans concertation préalable, ni avec les autres Etats européens d'immigration ni avec les pays d'origine. L'unilatéralité de la démarche est aggravée par l'absence de débat interne: les 'politiques de stop', comme elles seront appelées par la suite, sont mises en place par les gouvernements sans intéresser les parlements, à travers des actes de rang administratif²⁹¹.

Au début, la portée du blocage n'est pas clairement définie. Quant à sa durée, on parle généralement d'une réponse temporaire à une difficulté conjoncturelle, ce qui reflète sans doute une incertitude à propos de l'avenir économique, mais qui est aussi une façon d'atténuer les réactions négatives des pays d'origine. Quant aux catégories concernées, à l'exemple de la France, la suspension intéresse, dans un premier temps (juillet 1974-mai 1975), non seulement les travailleurs qui se trouvent encore à l'étranger, mais aussi les familles de ceux qui résident déjà dans le pays.

Sur la fermeture des frontières à l'immigration des familles, les intérêts des pays d'accueil et des pays d'émigration convergent: les premiers, encore ancrés à une conception purement quantitative des flux migratoires, ne visent qu'à réduire le *stock*, les deuxièmes "n'apprécient guère [...] le regroupement familial parce qu'il favorise la sédentarisation des étrangers et provoque la diminution des transferts financiers provenant des économies des travailleurs; en outre, la présence des enfants et leur intégration progressive dans la société d'accueil distend la relation d'allégeance" (Weil,

²⁹¹Pour une analyse détaillée de ce que Tomas Hammar a appelé le *turning point* dans l'histoire des politiques d'immigration en Europe, voir le recueil d'études nationales publié sous sa direction: *European Immigration Policy. A Comparative Study* (Hammar, 1985, pp.246 ss.). Cf. aussi, Collinson, 1993, en particulier pp.53-63.

1991, p.145). L'analyse est partagée de l'autre côté de la Méditerranée: à ce propos la sociologue tunisienne Mélika Horchani-Zamiti écrit:

"...le regroupement familial n'est favorisé ni par le pays d'accueil - qui est défavorable à l'immigration maghrébine de peuplement - ni par le pays d'origine qui est pour le maintien des familles au pays en tant que pôle d'attraction des devises (sous forme d'allocations familiales et de mandats)" (Horchani-Zamiti, 1989, p.92).

Mais, malgré l'intérêt commun des Etats, l'objectif d'arrêter l'immigration familiale doit être rapidement abandonné face à deux ordres de réactions: d'une part, les familles étrangères ne renoncent pas à ce qui était perçu depuis longtemps comme une possibilité concrète sinon comme un droit, et les regroupements familiaux effectués par delà les règles se multiplient; les organisations de défense des immigrés, d'autre part, assument le *droit au regroupement familial* comme un pilier fondamental de leur action. Les Etats d'origine, finalement, "ne peuvent pas officiellement s'opposer au regroupement familial sans risquer de voir leur légitimité mise en cause. Ils s'obligent même souvent à le revendiquer officiellement, car il s'agit d'une des aspirations les plus fortes des communautés expatriées" (Weil, 1991, p.145).

Sous la poussée de ces diverses forces, le regroupement familial (*family regroupment, ricongiungimento familiare, reagrupación familiar, Familiennachzug*) est reconnu dans tous les systèmes juridiques des pays européens d'immigration comme une opportunité conditionnée et bientôt, dans la plupart des pays, comme un véritable droit subjectif.

5.1.2. Le droit au regroupement familial pour les immigrés ressortissants de pays qui n'appartiennent pas à la Communauté européenne²⁹² émerge dans la charpente juridique des démocraties européennes, au cours des années soixante-dix, avec des caractères très particuliers. Ces traits distinctifs, qui sont essentiels pour comprendre les dynamiques de l'immigration familiale jusqu'à nos jours, sont bien illustrés par le décret du gouvernement français du 29 avril 1976²⁹³, qui contient les premières normes

²⁹²La condition privilégiée des membres de la famille des ressortissants communautaires (en particulier du conjoint, des fils âgés de moins de vingt-et-un ans et des ascendants) se dessine à partir des années soixante avec les premiers règlements européens en matière (règlements n.15 du 16 août 1961, n.38 du 25 mars 1964 et surtout n.1612 du 15 octobre 1968).

²⁹³On considère ici le texte de 1976 dans sa version originale; on s'arrêtera plus bas (chap.6) sur les modifications en sens restrictif qui lui seront apportées plus tard, en particulier par la loi 24 août 1993.

publiées par l'Etat français en cette matière, auparavant réglée à travers des circulaires administratives.

Le texte subordonne la faculté du travailleur étranger de se faire rejoindre en France par le conjoint et les fils mineurs à une série de conditions: a) que le demandeur puisse prouver au moins un an de séjour régulier en France; b) qu'il dispose de "ressources stables suffisantes pour subvenir aux besoins de la famille"; c) qu'il dispose d'un logement adéquat pour la famille; d) que la présence en France des membres de la famille ne représente pas une "menace pour l'ordre public"; e) que, finalement, une visite médicale effectuée dans le pays d'origine démontre que les membres de la famille ne soient pas "atteints de maladies ou d'infirmités pouvant mettre en danger la santé publique, l'ordre public ou la sécurité publique".

Les caractères spécifiques du droit au regroupement familial qui émergent des normes issues en 1976 sont essentiellement deux et ils distinguent un tel droit - du point de vue de sa structure - des droits subjectifs classiques reconnus par les ordres juridiques des démocraties libérales.

Il s'agit, en premier lieu, d'un droit dont la titularité formelle revient à un seul sujet (le travailleur immigré qui présente la demande de regroupement familial) parmi ceux qui ont un intérêt concret à la réalisation du droit même. Le 'chef de file' de la chaîne migratoire détient tout seul les clefs d'un droit qui marque la destinée d'une famille entière. Il s'agit d'une situation anormale, qui n'a pas d'alternatives praticables dans la phase du regroupement, mais qui peut devenir arbitraire lorsqu'elle survit longtemps au déplacement des membres de la famille. Le problème se manifeste notamment lorsque le lien conjugal s'interrompt par cause de mort de l'un des conjoints ou de divorce, si le droit du pays d'accueil ne reconnaît pas - ou pas tout de suite, comme on verra ci-dessous - un droit autonome au séjour au conjoint immigré à titre de regroupement familial; dans ce cas, la loi - souvent dans le but de lutter contre les mariages frauduleux finalisés exclusivement à contourner les normes en matière d'immigration - impose au conjoint du demandeur une contrainte qui apparaît fort discutable.

La deuxième particularité du droit au regroupement familial est liée aux conditions d'ordre matériel qui en limitent l'exercice. La disponibilité de ressources financières suffisantes et d'un logement adéquat, que toutes les législations

européennes posent comme conditions pour autoriser un regroupement familial, distinguent ce droit aussi bien des droits civils classiques dont on jouit (théoriquement, du moins) abstraction faite des conditions économiques, que des droits de nature sociale, qui demandent normalement une prestation de la part de l'Etat, inexistante dans le cas du droit au regroupement.

La nature particulière de *droit payant à titularité asymétrique* du droit au regroupement familial ne peut pas être ignorée dans un étude consacré au régime juridique applicable aux controverses familiales internes aux familles immigrées, car cette nature conditionne fortement les formes dans lesquelles ces controverses se manifestent, ainsi que l'attitude des membres de la famille envers les différents systèmes de droit potentiellement applicables. Du caractère payant du droit dépend notamment une tendance à son exercice abusif, c'est à dire à l'immigration familiale irrégulière ou clandestine. De la titularité asymétrique du droit descend, en revanche, comme on vient de souligner, une certaine diffusion, à l'intérieur des familles immigrées, de situations de dépendance renforcée du conjoint 'reconjoint' (le plus souvent la femme) envers le 'chef de famille'.

La combinaison de ces deux circonstances représente, dans un grand nombre de cas, un obstacle important à l'accès à la justice civile de la part des membres des familles immigrées les plus faibles et donc les plus nécessiteux de protection de la part du droit.

5.1.3. Le décret français de 1976 est un des premiers textes adoptés à l'échelle continentale en matière d'immigration familiale et il contribue de façon significative à l'élaboration spontanée d'un modèle normatif, qui se trouve aujourd'hui à la base de la plupart des législations européennes en matière de regroupement familial. Les deux caractères qu'on a mis en évidence dans le sous-paragraphe précédent forment le noyau commun aux réglementations nationales, qui se distinguent entre elles, par ailleurs, essentiellement sous trois aspects²⁹⁴:

²⁹⁴Pour une comparaison schématique de la réglementation du regroupement familial dans la plupart des pays européens, voir: Camera dei deputati, 1995, et Bundesregierung, 1994, pp.32-37.

a) certains Etats imposent un délai avant lequel la demande de regroupement ne peut pas être prise en examen. Ce temps d'attente est fixé, par exemple, en un an en Suisse et en Italie²⁹⁵, en deux ans en France²⁹⁶;

b) la définition des membres de la famille pour lesquels un regroupement familial est envisageable varie selon les pays; il est intéressant de remarquer, en particulier, que le Danemark, la Suède, la Finlande, les Pays-Bas et la Grande Bretagne sont les seuls pays qui assimilent l'union de fait à l'union légitime et admettent donc la réunion avec le *partner*; le regroupement avec les ascendants à la charge, en revanche, n'est prévu - en dehors de cas particuliers qui justifient une exception pour raison humanitaires - qu'en Grèce, en Espagne, au Portugal et en Italie. Ces variations de la sphère à l'intérieur de laquelle l'Etat reconnaît un droit à la cohésion familiale montrent clairement que la notion de "famille" qui inspire le droit à l'immigration n'est pas culturellement neutre;

c) également variable est le temps après lequel le titre de séjour du membre de la famille entré dans le pays pour regroupement familial acquiert une validité autonome, détachée aussi bien de la validité et de la durée du titre de séjour du demandeur que de la subsistance du lien familial qui a fondé la demande. Ce lourd statut de dépendance dure pendant un an en Grande Bretagne et aux Pays-Bas, deux ans au Danemark et en Suède, quatre en Allemagne, cinq en Belgique et en Suisse.

Il faut souligner que les différences illustrées, bien qu'encore significatives, tendent à se réduire graduellement, à travers un processus d'assimilation 'vers le bas', accéléré par l'accomplissement de la liberté de circulation des personnes dans l'espace européen. Le long de ce parcours d'assimilation normative, une étape décisive a été marquée par la résolution adoptée à Copenhague le 1^{er} juin 1993 par les ministres européens compétents en matière d'immigration; ce document énonce des "principes régissant les politiques des Etats membres en matière de regroupement familial" qui ne "sont pas juridiquement contraignants pour les Etats membres et ne donnent pas aux particuliers un motif pour agir", mais qui ont tout de même un poids politique déterminant, puisque les auteurs décident "de faire en sorte que leur législation nationale y soit conforme d'ici au 1^{er} janvier 1995".

²⁹⁵Après le décret-loi n.132 du 19 mars 1996, qui a introduit cette restriction auparavant inexistante.

²⁹⁶Après la loi du 24 août 1993 (N°93-1027, J.O. 29 août 1993), identifiée comme 'loi Pasqua', du nom du ministre de l'intérieur de l'époque, Charles Pasqua.

Les critères issus de la réunion de Copenhague, qui guident dans les faits un processus d'harmonisation en cours²⁹⁷, visent à limiter le droit au regroupement aux résidents permanents ou à long terme, à exclure l'admission à ce titre de personnes autres que le conjoint et les enfants à la charge du demandeur âgés entre seize et dix-huit ans, à bannir toute forme de regroupement avec un membre de la famille qui se trouve déjà sur le territoire de l'Etat membre en question; le document prévoit explicitement, en outre, la possibilité pour les Etats membres d'imposer une période préalable de séjour légal au futur demandeur et de refuser l'entrée ou d'éloigner le conjoint quand le "mariage a été contracté uniquement ou principalement pour permettre au conjoint d'entrer ou de résider dans un Etat membre"²⁹⁸.

5.1.4. La reconnaissance généralisée, dans les formes qu'on vient d'esquisser, d'un droit au regroupement familial, affecte profondément la dimension et la nature des flux migratoires dans les années qui suivent la 'fermeture des frontières'. Juste un an après l'adoption des 'politiques de stop', les experts du Sopemi²⁹⁹ constatent déjà:

"Au total, le nombre des travailleurs étrangers en Europe n'a pas diminué de façon considérable en 1975: d'un bout de l'année à l'autre, il paraît passer de 6,5 à 6,3 millions environ (avant le déclenchement de la crise, en 1973, ce nombre d'après l'estimation Sopemi était de 7,5 millions)"³⁰⁰.

²⁹⁷La loi française du 24 août 1993, ainsi que le décret-loi italien n.477 du 13 septembre 1996 (in *Gazzetta ufficiale*, 16 septembre 1996, n.217, p.10), qui reproduit avec des variations le contenu d'une série de décrets-loi issus en précédence par le gouvernement et que le parlement n'avait pas converti en lois dans le délai de soixante jours prévu par la Constitution, interviennent sur les règles en matière de regroupement familial en suivant les directions intergouvernementales.

²⁹⁸Malgré le processus d'harmonisation en cours au niveau des paramètres législatifs de concession du regroupement familial, des différences importantes subsistent encore, entre les droits nationaux européens, dans le niveau de protection jurisprudentielle contre le déni de regroupement. Depuis que - d'abord avec la décision *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c/ Grande Bretagne* (28 mai 1985, série A, n°94) puis avec la décision *Berrehab c/ Pays Bas* (21 juin 1988) - la Cour européenne des droits de l'homme a étendu son contrôle fondé sur l'article 8 de la Convention européenne aux mesures concernant les étrangers, dans plusieurs pays la jurisprudence nationale a suivi la même voie. En France, par exemple (à partir des arrêts *Beldjoudi et Belgacem*: Conseil d'Etat, 18 janvier 1991, n.99201, in *Recueil Lebon*, p.19; Conseil d'Etat, Ass., 19 avril 1991, in *Revue française de Droit administratif*, n.3, mai-juin 1991, p.497, conclusions du commissaire du gouvernement R.Abraham), le contentieux administratif alimenté par des refus de concession de titre de séjour, des refoulements ou des expulsions qui sont censés violer le droit "à une vie familiale normale" est désormais très important. Sur cette riche jurisprudence, cf. par exemple Labayle, 1993.

²⁹⁹*Système d'observation permanent des migrations*, organisme créé par l'Organisation de coopération et de développement économique (Ocdé) en 1974. Le Sopemi fournit, dans son rapport annuel, le recueil de statistiques en matière de migrations internationales le plus complet et fiable.

³⁰⁰Rapport Sopemi 1976, p.6.

L'année suivante, l'analyse se fait plus précise:

“Malgré la généralisation du maintien des mesures de suspension de l'immigration active et malgré les départs - limités mais difficiles à chiffrer - de travailleurs étrangers, la population étrangère de la plupart des pays industriels reste à peu près stable ou continue à croître: c'est le résultat du facteur familial, qui intervient tant par les entrées au titre du regroupement (spontané ou contrôlé) que par la natalité. [...] Entre 1975 et 1976, la population étrangère ne diminue qu'en Allemagne (-3,4%) et en Suisse (-5,3%) [les pays qui avaient appliqué plus rigoureusement le 'Gastarbeitermodell']. En France, en Belgique, au Pays-Bas, en Suède, elle continue à augmenter. Mais partout, au sein de cette population, la place des jeunes devient plus importante: les moins de 15 ans sont 25,2% en France et 22,6% en Allemagne, les moins de 16 ans 30% en Suisse, les moins de 17 ans 34,3% en Suède”³⁰¹.

Le “facteur familial” se confirmera comme le facteur principal, sinon de la croissance, de la stabilité de la présence étrangère en Europe jusqu'à la deuxième moitié des années quatre-vingt, quand les courants de migration forcée occuperont le devant de la scène³⁰². Ce ‘contrecoup’ des politiques de stop - qui obligent la majorité des migrants à effectuer un choix définitif sur la localisation de leur existence - n'avait pas été entièrement prévu par les pays d'immigration: des observateurs avertis parlent à ce propos d'un ‘effet boomerang’ de la fermeture des frontières (Castles, 1984, p.37).

5.1.5. Les sociologues qui analysent les phénomènes migratoires sur la base de modèles cycliques³⁰³ identifient généralement le deuxième moment du ‘cycle migratoire’ avec l'arrivée des familles et la stabilisation de la présence immigrée:

³⁰¹ Rapport Sopemi 1977, p.25.

³⁰² Le nombre des demandeurs d'asile augmente massivement, dans tout les pays d'Europe, au cours des années quatre-vingt. En France, par exemple, ce nombre passe de 22.300 en 1983 à 61.400 en 1989, pour redescendre à 26.000 environ en 1994; en Allemagne, ce même chiffre - qui était de 19.700 en 1983 - connaît une explosion à la fin de la décennie, qui le porte à 438.200 en 1992, pour baisser à nouveau jusqu'à 127.200 en 1994; l'Italie est, après la Grèce, le pays européen de taille moyenne qui admet le quantitatif le plus modeste de demandeurs d'asile: ce nombre n'a pas dépassé le seuil des 5.000 unités depuis 1988 (sauf en 1991, quand l'Italie accueillit 31.700 demandeurs d'asile albanais) (source: Rapport Sopemi 1994).

³⁰³ Ce genre de paradigme, qui aura par la suite une grande fortune, a été développé originairement dans les années vingt et trente de notre siècle, aux Etats-Unis, et en particulier à Chicago, principalement par R.E.Park et par E.S.Bogardus. Dans l'étude des migrations extra-européennes vers l'Europe de la deuxième moitié de notre siècle, une application importante du concept de ‘cycle migratoire’ est celle faite par A.Bastenier et F.Dassetto. Ces auteurs construisent un modèle cyclique

“Dans la phase avancée de ce moment du cycle, les projets migratoires se modifient: la stabilisation devient une réalité même si elle est occultée et en quelque sorte non-vécue en raison de la vision des pères et des prolongements affectifs et matériels (constructions de maisons) à haute valeur symbolique que ceux-ci maintiennent vers le pays d'origine. En même temps a lieu dans l'espace domestique reconstitué par mariage ou regroupement familial, un processus d'acquisition progressive des règles codées et non écrites de la vie collective de l'espace d'arrivée. On peut utiliser le concept d'enculturation à ce propos. Car en effet il ne s'agit pas d'une relation d'échange culturel mais de l'acquisition de traits de la culture de l'espace d'arrivée.” (Bastenier et Dassetto, 1993, p.245).

Dans la récente histoire européenne, le deuxième moment du cycle migratoire - justement celui de l'arrivée des familles et de l'enculturation - se situe dans la période politiquement et économiquement délicate qui suit la fermeture des frontières de 1973-1974. En superposant une notion politico-économique du 'cycle migratoire' à celle proprement sociologique, Bastenier et Dassetto caractérisent ainsi cette période cruciale:

“L'année 1974 marque [...] le début de ce que l'on pourrait appeler le cycle migratoire de crise qui durera au moins jusqu'à la moitié des années 1980. Ce cycle se caractérise par l'inquiétude et même l'hostilité que la présence des immigrés inspire à l'opinion publique autochtone. C'est tout bonnement la légitimité de leur présence qui est devenue problématique. Les flux d'arrivée de primo-migrants sont stoppés et les seules entrées possibles sont celle liées aux regroupements familiaux [...]. Durant cette période, divers Etats européens procèdent à une révision de leur législation relative à l'accès sur leur territoire et commencent à débattre de la question de 'l'intégration'. Mais dans le même temps sont élaborées des dispositions destinées à encourager le retour des immigrés dans leur pays d'origine.” (Bastenier et Dassetto, 1993, pp.243-244).

dépouillé de toute implication évolutionniste, basé sur la définition du cycle migratoire comme “l'ensemble du processus par lequel des populations qui appartiennent à un espace économique périphérique entrent, s'établissent et s'implantent dans l'espace d'un Etat-nation qui appartient aux pôles centraux de l'économie capitaliste” (Bastenier et Dassetto, 1993, p.234).

On touche ainsi au paradoxe dramatique qui est au coeur de l'histoire des migrations intercontinentales vers l'Europe dans la deuxième moitié de notre siècle: la présence immigrée se stabilise au moment même où les sociétés d'accueil décident qu'elles peuvent se passer d'elle.

5.1.6. La période que Bastenier et Dassetto définissent "cycle migratoire de crise" est aussi celle où les communautés immigrées en provenance de pays à majorité musulmane s'imposent comme la composante principale de la population étrangère du continent.

Entre 1977 et 1982, le nombre total de ressortissants turcs résidant en Allemagne fédérale passe de 1.118.000 environ à 1.580.700, tandis que en même temps les yougoslaves (la deuxième communauté étrangère par dimensions) ne croissent que de 630.000 à 631.700 et les italiens (troisième communauté) de 570.800 à 601.600. Dans le même laps de temps, la présence des algériens en France baisse de 829.600 unités à 805.400, mais les marocains deviennent la troisième communauté (après les portugais) en dépassant les italiens et en passant de 376.100 personnes à 492.700. Au Pays-Bas, sur un total d'étrangers résidents qui augmente, entre 1977 et 1982, de 376.300 à 542.600, les turcs (première communauté) passent de 84.800 à 152.200 et les marocains (deuxième communauté) de 48.200 à 100.500³⁰⁴.

La profonde transformation de la composante étrangère de la population européenne s'explique par plusieurs facteurs parmi lesquels deux exercent une influence dominante: d'un côté la croissance économique de l'Europe méditerranéenne et l'entrée dans la Communauté économique européenne de la Grèce (1^{er} janvier 1981) d'abord, puis de l'Espagne et du Portugal (1^{er} janvier 1986); de l'autre côté l'explosion démographique des pays du rivage sud de la mer Méditerranée. Pendant que les aires qui avaient été les sources traditionnelles des migrations intra-européennes réabsorbent une portion significative des populations expatriées, dans les vieilles colonies européennes de l'Afrique du nord et du sub-continent indien, ainsi qu'en Turquie, la pression à l'émigration s'accroît. Ce sont surtout les ressortissants de ce dernier bloc de pays, par conséquent, qui interpréteront la fermeture des frontières de

³⁰⁴Données tirées du Rapport Sopemi 1983.

1973-1974 comme leur 'dernière occasion' et rendront définitif l'établissement en se faisant rejoindre aussitôt que possible par leurs familles.

La dynamique en question est exemplifiée clairement par le cours de regroupements familiaux en France, dans les années soixante-dix et quatre-vingt. Les personnes entrées en France à titre de regroupement familial, qui étaient 84.075 en 1970, se réduisent à 73.701 en 1974 et à 56.073 l'année suivante; le nombre oscillera entre 45.000 et 60.000 environ de 1975 à 1984 et se stabilisera autour des 30.000 unités dans la décennie suivante. Mais la courbe assez régulière du total résulte de séries très hétérogènes relatives aux différentes communautés nationales: les portugais immigrés pour raisons familiales sont encore 47.033 en 1970, mais ils ne sont plus que 4.864 dix ans après; dans la même période, les algériens passent de 3.123 à 7.084 et les marocains de 5.925 à 13.602 (Source: ONI, cité par Weil, 1991, p.566).

Comme résultat de la complexe évolution dont on a essayé de tracer les lignes fondamentales, au début des années quatre-vingt-dix, la majorité des étrangers résidants dans l'Europe des douze³⁰⁵ était originaire de pays à majorité musulmane; il est difficile de fournir des données plus précises puisque, comme l'observe Robert Bistolfi dans son essai introductif à un récent ouvrage collectif sur l'Islam en Europe:

"Cette partie de la population des Douze, aujourd'hui installée à demeure, est cependant imparfaitement connue sur le plan statistique³⁰⁶; les évaluations se situent entre huit et treize millions de personnes, soit l'équivalent de la population d'un pays européen de taille moyenne." (Bistolfi, 1995, p.15)³⁰⁷.

³⁰⁵Selon les données Eurostat publiées en juillet 1995, mais qui ne sont mises à jour qu'au 1er janvier 1993, la population étrangère de l'Europe (encore limitée à douze membres) serait de 15.801.200 sur une population totale de 345,5 millions.

³⁰⁶L'impossibilité d'évaluer avec précision les dimensions de la population musulmane d'Europe dérive essentiellement, outre que du phénomène de l'immigration clandestine, de la difficulté de calculer le nombre des *citoyens européens musulmans*, c'est à dire des immigrés naturalisés et de leurs descendants qui sont ressortissants de l'Etat d'immigration en vertu du *jus soli*.

³⁰⁷Le démographe Georges Photios Tapinos fait remarquer que l'arrivée massive des familles maghrébines en Europe, et notamment en France, a produit un renversement des arguments utilisés pour soutenir la prétendue 'non intégrabilité' des maghrébins:

"Durante los años 60 y 70, no se ha dejado de atribuir la baja capacidad de integración de la inmigración magrebí a la distribución por sexos (tasa de masculinidad muy alta) y a la estructura de los hogares (importancia de la población que vive en el hogar) de esta población. Los magrebles eran considerados como los menos aptos para integrarse, porque eran diferentes respecto a estos criterios. En adelante, con el desarrollo de la reagrupación familiar y las modificaciones de la presencia magrebí que han resultado de ello, parece que sean precisamente estas características nuevas - familiares y magrebles - las que constituyen el problema. El tema del particularismo de la célula familiar magrebí ha tomado el relevo del problema del particularismo de la inmigración exclusiva de trabajadores" (Tapinos, 1993, p.186).

5.1.7. La recomposition sur une vaste échelle de familles musulmanes en Europe crée les prémisses, dès le début des années soixante-dix, pour l'émergence - à l'intérieur du domaine traditionnel des conflits de lois - de ce qui est bientôt appréhendé comme un *conflit de civilisations*³⁰⁸.

L'essence même de la science et de la pratique conflictualiste en matière familiale en résultent modifiées: il ne s'agit plus simplement de régler les rapports occasionnels entre des normes au contenu divergent, dans le cadre d'une fondamentale homogénéité des modèles normatifs. La tâche des juristes, qu'ils en soient conscients ou pas, devient celle de gérer la rencontre, frontale et inévitable, de systèmes normatifs fondamentalement différents et formant désormais l'expression de pouvoirs étatiques souverains.

Les présupposés culturels de la discipline conflictualiste moderne - cette "völkerrechtliche Gemeinschaft der mit einander verkehrenden Nationen" dont parlait Savigny (1981, tome 8, p.27)³⁰⁹ - cessent d'exister et le droit international privé devient, dans un secteur important de son application, un droit *nécessairement interculturel*.

Cette dimension interculturelle du droit international privé de la famille représente une nouveauté substantielle. Car il est vrai que le problème des relations entre les droits de la famille européens et leurs homologues musulmans s'était déjà posé en mesure massive à l'époque de la domination coloniale, directe ou indirecte, des nations européennes sur le monde arabe, mais, dans ce contexte, les conflits entre les normes ne s'accompagnaient à aucun conflit de souveraineté. Cela permettait aux autorités coloniales de 'stériliser' le conflit, en effaçant complètement, d'un côté, les manifestations considérées inacceptables de la culture juridique musulmane (cf.4.3.7.; 4.4.2.; 4.4.3.), en imposant infailliblement, de l'autre, l'exécution des décisions, sans devoir s'arrêter devant des frontières inter-étatiques.

³⁰⁸ *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation* est le titre d'un ouvrage anticipateur publié en 1972 par Pierre Mercier (Droz, Genève).

³⁰⁹ Voici le passage complet d'où est tirée l'expression citée dans le texte:

"Der Standpunkt, auf den wird durch diese Erwägung geführt werden, ist der einer völkerrechtlicher Gemeinschaft der mit einander verkehrenden Nationen, und dieser Standpunkt hat im Fortschritt der Zeit immere allgemeinere Anerkennung gefunden, unter dem Einfluss theils der gemeinsamen christlichen Gesittung, theils des wahren Vortheils, der daraus für alle Theile hervorgeht".

Aujourd'hui, au contraire, le 'conflit de civilisations' se présente comme une 'compétition' ouverte et formellement équilibrée entre deux blocs de droits nationaux caractérisés par des aspects significatifs d'homogénéité à leur intérieur¹¹⁰, pour régler la vie familiale d'importants groupes de population.

Parmi les nombreuses institutions caractéristiques de la tradition juridique islamique qui posent des problèmes techniques de réception en Europe, notre analyse se limitera à celles qui ont eu un impact sociologiquement appréciable sur la société d'accueil, soit à cause de leur diffusion effective (répudiation), soit pour l'importance symbolique qu'elles ont acquies dans le cadre plus vaste du débat sur l'immigration musulmane (polygamie). Mais, avant d'entreprendre la description de ces deux cas de réception, il est nécessaire de cerner mieux les objets de la réception car, en effet, ni la polygamie ni la répudiation sont des figures juridiques à la physionomie stable; au contraire elles représentent peut-être les deux lieux par excellence de la confrontation entre le réformisme et le conservatisme juridique en milieu arabo-musulman¹¹¹.

5.2. La polygamie: une institution en voie d'extinction et sa réception sélective en Europe.

5.2.1. La figure de Mahomet guide mystique et chef militaire est indissociable de celle du réformateur, du "révolutionnaire" comme le définit Maxime Rodinson (1974, pp.109-111). En effet, la "morale que la nouvelle secte proposait représentait une rupture radicale avec la morale courante de la société arabe" (ibidem, p.158).

Cette réforme des modalités d'organisation sociale des arabes, qui est une composante essentielle de l'action historique de Mahomet, est entreprise par le Prophète de l'islam à travers une forte concentration du pouvoir dans ses mains, qui

¹¹⁰Il faut cependant distinguer nettement entre le 'bloc européen', où l'harmonisation matérielle des droits de la famille est un phénomène profond et incontestable, et le 'bloc arabo-musulman', où l'homogénéité relative du passé se trouve aujourd'hui remplacée par une situation dynamique et chargée de tensions. On peut même arriver à dire que la relation avec la composante normative de la tradition islamique apparaît aujourd'hui comme un des facteurs de division culturelle et politique plus profonds au sein de cette aire du monde. C'est le plus souvent le regard de l'Occident qui reconstruit une homogénéité inexistante, en aplatissant les différences à travers la force des préjugés.

¹¹¹Pour un encadrement synthétique, mais précis et complet, de l'évolution du statut personnel musulman depuis l'âge classique jusqu'aux législations contemporaines, voir les récents ouvrages de Jamal Nasir (1990 et 1994).

rencontre pourtant des limites précises. Nous puisons encore à la vivante reconstruction de Rodinson:

“Allah et Mohammad détenaient donc en dernier ressort, si nous voulons appliquer tant bien que mal nos catégories, les pouvoirs exécutif et judiciaire. Ils avaient aussi le pouvoir législatif. Mais là encore il convient de nuancer à l’extrême pour rendre compte d’une situation extrêmement fluide. La Voix d’En Haut a édicté à Médine un certain nombre de préceptes légaux sur des points qui revêtaient une particulière importance pour elle apparemment ou sur des points qui soulevaient des discussions dans la communauté musulmane. Mais ces points étaient disparates, ne formaient nullement un système. L’obéissance aux dispositions arrêtées par Allah lui-même étaient en principe impérative. Mais J.Schacht a montré que les premières générations musulmanes s’en étaient assez peu souciées, les tournant ou les négligeant tout simplement. Sur tout le reste, en tout cas, la coutume était reine” (ibidem, p.262)³¹².

La recherche historique a donc relativisé le rôle de Mahomet comme législateur, en montrant la profondeur d’un mythe juridique devant lequel celui qui avait fleuri autour de la figure de Justinien dans l’occident chrétien semble se réduire à un faible rattachement à la tradition. Cela dit, il faut sans doute reconnaître que “dans les préceptes légaux édictés à Médine on peut discerner certaines tendances cohérentes” (ibidem, p.262): c’est le cas surtout en matière de famille et de mariage. Parmi les nombreuses règles révélées en ce domaine, on s’arrête ici sur celles qui ont pour objet le mariage polygamique.

5.2.2. “Si vous craignez de n’être pas équitables à l’égard des Orphelins...Epousez donc celles des femmes qui vous seront plaisantes, par deux, par trois, par quatre, [mais] si vous craignez de n’être pas équitables, [prenez-en] une seule ou des concubines! C’est le plus proche [moyen] de n’être pas partiaux” (sourate IV, 3)³¹³.

La signification de ce précepte continue, après treize siècles, à former l’objet de discussions acharnées, ravivées ultérieurement, en époque contemporaine, par la

³¹²La référence de Rodinson concerne essentiellement le fondamental ouvrage de Joseph Schacht: “The Origins of Muhammadan Jurisprudence”, publié en 1950 (cf. Bibliographie, Schacht, 1967).

³¹³Trad.Régis Blachère, Maisonneuve, Paris, 1949.

confrontation - de plus en plus rapprochée et dramatique - avec l'Occident monogamique. Au fur et à mesure que - au dix-neuvième siècle - les idées libérales en voie de diffusion en Europe s'infiltrèrent dans les élites arabes, "des musulmans modernes, devenus sévères, sous l'influence de la culture occidentale contemporaine pour la polygamie, ont entrepris d'excuser cette disposition. Ils ont proclamé que les Arabes avant l'Islam avaient coutume d'épouser des femmes en nombre indéterminé et qu'Allah avait voulu tenir compte de ces habitudes. Suivant cette 'pédagogie divine' dont parlent tant actuellement les théologiens chrétiens, il n'avait pas voulu imposer d'un seul coup la monogamie (il faudrait dire plus exactement la monogynie) à ces natures frustes. La 'permission' d'avoir quatre femmes était une étape vers l'adoption de la règle morale de la monogamie. D'ailleurs la suite du verset dit: 'si vous craignez de n'être pas équitables (envers vos femmes) (prenez-en) une seule ou des concubines'. Comme il est impossible d'être tout à fait équitable dans ce cas, le texte reviendrait pratiquement à recommander la monogamie" (Rodinson, 1974, p.266).

L'effort des intellectuels arabes réformistes de 'délégitimer' la polygamie en ayant recours à la méthode interprétative historiciste est bien exemplifié par l'oeuvre de Qasim Amin (1865-1908), un disciple de Mohammed Abdouh³¹⁴, qui publie en 1899 un petit livre intitulé "Tahrir al-mar'a" (*La libération de la femme*), dans lequel il identifie la cause principale du déclin culturel et politique de la communauté islamique avec la dégénération des rapports à l'intérieur de la famille et, en particulier, avec l'effacement de la dignité que l'islam des origines reconnaissait à la femme dans l'équilibre familial. Albert Hourani, dans son étude fondamentale sur l'histoire de la pensée réformiste arabe, décrit ainsi la position de Amin à l'égard de la polygamie:

"...contempt for women underlies the practice of polygamy. No Woman would willingly share her husband with another, and if a man marries a second wife it can only be by ignoring the wishes and the feelings of the first. In some circumstances it is licit, for example if the first wife goes mad or is childless, but even then it is better for a man not to exercise his right, to be chivalrous and forbearing. It cannot of course be denied that the Quran specifically permits polygamy, but while it does so it also warns against its dangers. The

³¹⁴Mohammed Abdouh (1846-1905), théologien et juriste, il fut parmi les protagonistes du mouvement moderniste égyptien.

Quranic verse reads: 'Marry such women as seem good to you, two, three, four; but if you fear you will not be equitable, then only one', and Qasim follows Tahtawi³¹⁵ and 'Abduh³¹⁶ in laying special emphasis on the proviso, and pointing out that men in fact cannot be just to all" (Hourani, 1962, p.166).

Le bien-fondé scientifique de telles interprétations est discutable: Maxime Rodinson, par exemple, les décrit en termes impitoyables:

"On voit là un exemple typique assez puéril de raisonnement apologétique, comme de coutume tout à fait opposé à l'esprit historique. En réalité, il n'est pas du tout sûr que la polygamie fût tellement répandue dans l'Arabie pré-islamique. On voit mal comment l'incitation à prendre des concubines si l'on craint de n'être pas équitables envers plusieurs femmes peut être un acheminement vers l'idéal supposé plus moral de la monogamie. En outre, le texte coranique, visiblement, n'est pas une restriction, mais une exhortation et il est lié d'une façon peu claire à l'équité envers les orphelins. Probablement, par suite des batailles et d'autres facteurs, la communauté médinoise comptait plus de femmes que d'hommes. [...]. Il fallait marier le plus vite possible les veuves et les orphelins musulmans. Encore une fois, pour bien comprendre un phénomène, il faut le replacer dans sa situation historique avant de le condamner ou de l'exalter au nom de dogmes moraux, religieux ou politiques supposés éternellement valables" (Rodinson, 1974, pp.266-267).

Il est indiscutable, cependant, que l'argumentation qualifiée de "puérole" par l'illustre orientaliste français a connu une vaste diffusion et a exercé une influence décisive sur les réformes législatives entreprises par les Etats arabes indépendants, dans la deuxième moitié de notre siècle. Cette continuité est démontrée par les paroles exemplaires de Tahar Haddad, père du réformisme tunisien et inspirateur du Code du statut personnel de 1956:

"La polygamie ne pourrait à mon sens être considérée comme une institution ayant une base dogmatique dans la religion musulmane. [...]. Cette pratique provient des moeurs de la société anté-islamique et la religion nouvelle l'a combattue avec sa méthode progressive.[...]. La plupart des Arabes à l'époque

³¹⁵Rif'a Badawi Rafi'al Tahtawi, intellectuel réformiste égyptien (1801-1873).

³¹⁶Mohammed Abdouh (1849-1905), penseur réformiste égyptien, il fut juge islamique et grand *mufi* d'Egypte à partir de 1899; il considéré parmi les précurseurs du nationalisme égyptien.

anté-islamique épousaient un nombre illimité de femmes dans le but de les exploiter dans des travaux agricoles ou domestiques sans parler d'un désir de variations des plaisirs sexuels (ces moeurs persistent encore dans la société rurale de notre pays). La religion musulmane avait attaqué ce problème en limitant le nombre d'épouses à quatre [...]. Puis la seconde étape fut de conditionner ce nombre par un traitement équitable en faisant entrevoir le danger de commettre une injustice [...]. Enfin le Coran révéla aux hommes l'impossibilité d'être rigoureusement équitables envers quatre épouses à la fois quel que soit leur sens de la justice" (Haddad, 1978, pp.76-77).

5.2.3. Le premier pays musulman qui rompt avec le *fiqh* (le droit musulman classique)³¹⁷ en abolissant la polygamie est la Turquie où, d'ailleurs, d'après les recherches ethnographiques conduites au siècle dernier sur les droits coutumiers des peuples turcs de l'Asie centrale et occidentale³¹⁸, la pratique de la polygamie n'a été introduite que relativement tard, avec l'islamisation, sans jamais rejoindre une diffusion comparable à celle obtenue dans le monde arabe.

La prohibition des mariages polygamiques par le jeune gouvernement nationaliste et républicain est insérée dans un vaste dessin de renouvellement de la société, fondé sur la conviction que - comme l'affirme le sociologue turc Niyazi Berkes dans son ouvrage classique sur la sécularisation en Turquie - "the pivot of secularisation in Muslim societies lays in the secularisation of law, particularly, the civil law" (Berkes, 1964, p.467)³¹⁹.

³¹⁷Il est peut-être opportun ici de clarifier la distinction entre *fiqh* et *chari'a* en s'appuyant aux paroles de Bernard Botiveau: "...les deux termes sont bien identifiables et une analyse du développement historique récent des systèmes juridiques arabes ne saurait faire l'économie de la distinction. Dans la culture islamique, la *chari'a* désigne la Loi dans sa dimension la plus englobante, c'est-à-dire l'ensemble des normes religieuses, morales, sociales et juridiques contenues dans le Coran et dans la tradition prophétique. Quant au *fiqh*, il est la connaissance des normes tirées de la *chari'a* par les savants, les gouvernants et les juges, au cours de l'histoire des sociétés musulmanes. 'Droit musulman' des orientalistes, le *fiqh* est une construction de la raison humaine et ses contenus ont connu des variations sans doute très importantes pendant quatorze siècles. [...] Pour reprendre une formule de Jacques Berque, 'le *fiqh*, là même où il fut ou reste intégralement appliqué, est à l'essence de la *chari'a* ce que la raison pratique de Kant est à la raison pure' [la citation de Berque est tirée de *L'Islam au défi*, Gallimard, Paris, 1980]" (Botiveau, 1993, p.208).

³¹⁸Cf., par exemple, Fernand Grenard, *Mission scientifique en Haute-Asie: le Turkestan et le Tibet*, Leroux, Paris, 1898.

³¹⁹La sécularisation du droit civil est accomplie, en Turquie, à travers l'adoption d'un code (1926) modelé fidèlement sur le Code civil suisse. Les raisons du choix du modèle suisse sont analysées par Sabine Dirks:

Le degré d'effectivité du bannissement des unions polygamiques, comme plus en général de la réforme du droit de la famille, varie considérablement selon les aires du pays: notamment, il baisse au fur et à mesure qu'on s'éloigne des villes³²⁰. Dans les campagnes, le mariage civil, rendu obligatoire par le Code de 1926, est perçu comme une formalité inutile et une grande partie des mariages continue à n'être célébrée qu'en forme religieuse³²¹. A la fin des années soixante, Sabine Dirks explique la persistance de l'ancien usage dans les zones rurales par une série de facteurs concurrents: l'ignorance, d'abord, à laquelle s'ajoutent l'attachement au rituel religieux, la difficulté d'obtenir les documents nécessaires (en particulier l'acte de naissance), l'âge des fiancés inférieur à l'âge légal, les difficultés et les coûts des transports. "Par ailleurs, les formalités du mariage civil s'opposent trop radicalement aux coutumes traditionnelles, selon lesquelles les fiancés n'ont pas le droit de s'occuper eux-mêmes de leur mariage qui est un arrangement entre deux familles et doit être réglé par des intermédiaires et des 'représentants'" (Dirks, 1969, p.77). Il y a enfin "un autre avantage du mariage religieux pour les villageois, c'est qu'en cas de stérilité de la femme, ou de besoin de main d'oeuvre supplémentaire, il permet une seconde union sans répudiation de la première épouse" (ibidem).

La polygamie survit donc en forme clandestine, mais il s'agit d'un phénomène très restreint: en 1965, Stirling estime que les mariages polygamiques représentent le 2% du total des mariages.

La polygamie rurale 'submergée' devient semi-officielle à travers les lois d'amnistie que le gouvernement turc édicte périodiquement, à partir des années trente, pour résoudre le problème du grand nombre d'enfants illégitimes que la pratique du

"Le choix du Code civil suisse s'explique de différentes manières. Tout d'abord un nombre considérable d'intellectuels turcs, dont Mahmut Esad, Ministre de la Justice, avaient fait leurs études de droit en Suisse romande, et avaient pu être impressionnés par la législation démocratique et ordonnée de ce pays. Mais leur choix n'était pas arbitraire, car les autres codes occidentaux ayant été examinés par le gouvernement, et refusés, le Code civil suisse fut accepté pour sa clarté, sa précision et sa simplicité, 'parce qu'il reflétait le dernier état de la science et satisfaisait les aspirations d'une justice populaire et démocratique' [La citation est tirée de: René David, *Cours de législation civile comparée, polycopié, Paris, 1946-1947, p.288*]. C'était le plus jeune des codes européens, et le plus libéral" (Dirks, 1969, p.35).

Les raisons de ce choix illustrent bien la conception mécanique et juri-centrique de la modernisation qui a longtemps été propre des élites turques. Pour une critique stimulante à ce qui est défini comme "volontarisme civilisateur", cf. Aktar, 1985, en part. pp.63 et ss..

³²⁰Sur les transformations sociales produites par l'introduction d'un droit civil sécularisé en Turquie, voir aussi les travaux anthropologiques de J.Starr (1989; 1990; 1992).

³²¹En 1957, on estimait que plus de 50% des mariages n'étaient célébrés que dans la forme religieuse (Timur, 1957).

mariage religieux engendre³²². Les lignes qui suivent, tirées du memorandum introductif à la loi d'amnistie de 1933, illustrent la condition contradictoire des ménages polygamiques 'régularisés' par l'Etat:

"Les unions libres ayant précédé la présente loi seront enregistrées comme des mariages valables si d'elles sont nés des enfants avant la promulgation de la loi ou dans les trois cents jours à partir de sa promulgation; ces enfants seront également inscrits comme enfants légitimes. [...] Cette loi ne concerne pas les mariages polygames; cependant les enfants issus de ces mariages seront inscrits comme les enfants légitimes de leurs pères et mères" (cité par Dirks, 1969, p.77).

Une telle situation montre bien le genre d'impasses auxquelles risque d'aboutir toute politique de réforme 'par le haut' de l'organisation familiale: les aspects de cette organisation que le pouvoir public rejette et interdit survivent inévitablement par-delà la loi. Une répression de masse des ces comportements élusifs ne pouvant pas être envisagée, leur acceptation finalement s'impose, souvent sous la forme de reconnaissance de certains effets, sans reconnaissance du fait ou du rapport qui en est à l'origine. Les situations qui en résultent sont alors contradictoires, instables et souvent, par cela-même, injustes.

5.2.4. Le seul autre pays musulman qui, trente ans après la Turquie, parvient à abolir la polygamie est la Tunisie. Mais, au-delà de ce résultat concret en commun, de l'insistance commune sur une conception volontariste et nationaliste de l'activité législative³²³ et de la conviction partagée de la nécessité de simplifier et rationaliser le système normatif³²⁴, les deux parcours réformateurs se distinguent nettement du point

³²²Les quatre premières lois d'amnisties (1933, 1945, 1950, 1956) conduisirent à la légitimation d'un total de 7.724.919 enfants (Dirks, 1969, p.78).

³²³La préface à la première édition annotée du Code du statut personnel (*Majalla*) de la République tunisienne (Es-Snoussi, 1957) écrite par le ministre de la Justice, Ahmed Mestiri, s'ouvrait par cette proclamation solennelle:

"La législation est fille des nécessités humaines. Elle traduit la mentalité et les aspirations de la nation".

³²⁴Voici, à ce propos, l'analyse des insuffisances du *fiqh* faite par Ahmed Mestiri dans la préface citée à la note précédente:

"La confusion qui régnait en cette matière dans notre pays est connue de tous: multiplicité des juridictions, juxtaposition de deux systèmes doctrinaux dans les questions de statut personnel, de deux rites, le malékite et le hanéfite, où les opinions dominantes devaient, seules, servir de base aux décisions des juges. Et même le plus souvent l'opinion dominante était difficile à discerner [...].

de vue idéologique et argumentatif³²⁵. La revendication ouverte de la rupture avec les sources religieuses de l'ordre juridique effectuée par le régime de Kemal Atatürk est remplacée, dans l'expérience tunisienne, par un effort (*ijtihad*) intense et systématique de légitimer l'innovation à la lumière de ces mêmes sources, en puisant abondamment aux analyses des intellectuels arabes réformistes de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle³²⁶.

Il faut ajouter, cependant, que la référence aux sources islamiques par les réformateurs tunisiens n'est pas effectuée seulement en fonction défensive; au contraire, elle s'accompagne à une ambitieuse revendication du caractère universel et 'moderne' de la *chari'a*. Les mots du ministre de la Justice Ahmed Mestiri à ce propos sont éclairants:

"Comme la loi islamique a pour fondement des principes d'une justice indiscutable, à caractère universel, tenant compte de la nature humaine, pouvant servir de cadre en tout lieux et époques - vertus reconnues au Congrès International de Législation Comparée tenu à La Haye en 1952 - le législateur a puisé dans ces principes, et, s'inspirant des buts sociaux correspondants à notre époque, nous a donné ainsi un corpus accessible à tous, en un texte clair et complet" (préface à Es-Snoussi, 1957).

Malgré l'habileté politique de Habib Bourguiba et de son entourage, la modernisation du droit de la famille rencontre des résistances importantes dans la société tunisienne et surtout dans les milieux judiciaires. Pour ce qui concerne particulièrement l'abolition de la polygamie, ces difficultés imposent au législateur une double intervention: dans un premier temps on se limite à interdire les unions multiples en rendant le transgresseur (le mari, aussi bien que la femme, ou les femmes) "passible d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 240.000 francs" (art.18, al.2, Code du statut personnel, modifié d'après la loi n°58-70 du 4 juillet 1958). Mais, en 1964, face à la persistance des interprétations conservatrices qui considèrent que l'interdiction ainsi formulée n'entache pas de nullité le mariage, le gouvernement intervient à

Ajoutez à cela l'impérieuse nécessité imposée par les temps modernes de régler rapidement les litiges, de mettre à la disposition des juges et des justiciables un instrument facile à consulter".

³²⁵Sur la distinction entre la voie moderniste et la voie conservatrice vers l'unification du droit de la famille, voir aussi 2.1.5..

³²⁶Cf. 5.2.2..

nouveau, en introduisant une cause explicite de nullité (art.21, modifié d'après le décret-loi n°64-1 du 20 février 1964, ratifié par la loi n°64-1 du 21 avril 1964).

Comme en Turquie, aussi en Tunisie, l'effectivité de l'interdiction des mariages polygamiques n'a pas été la même dans l'ensemble du pays: si, d'un côté, il est vrai que "la *Majalla* n'a fait qu'entériner et codifier un état social dès longtemps réalisé, au moins pour l'essentiel, dans la bourgeoisie citadine: rareté de la répudiation, polygamie quasi inexistante, etc..." (Magnin, 1966, p.314), de l'autre côté - encore dans les années soixante - on témoignait que, dans les campagnes, "des tribunaux ont reçu récemment encore [...] des demandes d'autorisation de bigamie, dont certaines étaient transmises par les femmes elles-mêmes: elles estimaient avoir trop de travail et demandaient de l'aide... Ces cas se situeraient dans des familles de campagnards aisés. [...] il paraît indéniable que, dans des secteurs éloignés des villes, une certaine polygamie continue" (ibidem, p.321).

Sans vouloir donner aucune valeur actuelle à ce témoignage désormais ancien, on peut tout de même retenir que - en Turquie comme en Tunisie - les frontières de classe et la division entre la ville et la campagne sont décisives pour analyser l'impact des réformes modernistes en matière familiale.

5.2.5. Mis à part les deux cas exceptionnels qu'on vient d'illustrer, la plupart des Etats nés de la décolonisation ne supprime pas complètement la possibilité légale de la polygamie, mais essaie cependant de la réduire en lui apposant des limites significatives. Les voies de cette limitation sont essentiellement deux.

Dans certaines législations, la polygamie est soumise à l'autorisation préalable du juge: c'est le cas par exemple du code syrien de 1953, modifié en 1975 (art.17), du code irakien de 1959, modifié en 1963 (art.3) et de la loi lybienne de 1984 (art.13). Mais, comme le fait remarquer Aluffi Beck-Peccoz (1990, p.108), l'indétermination des critères qui doivent inspirer le contrôle des juges et l'absence de sanctions explicites pour les mariages célébrés sans autorisation rendent ce genre de limitations d'une efficacité pour le moins douteuse.

Plus efficace, bien que moins directe, semble avoir été l'autre voie embouchée par les gouvernements arabes pour limiter la diffusion de la polygamie. En s'appuyant sur l'enseignement de certaines écoles doctrinales (notamment la malékite), qui

reconnaissaient traditionnellement la validité d'une clause accessoire insérée dans le contrat de mariage, accordant la faculté de divorcer à la femme qui refuse une nouvelle union du mari, certains législateurs ont prévu un remède judiciaire au bénéfice de la femme, qui peut s'en servir même en l'absence d'une prévision conventionnelle.

C'est ainsi que, sous l'impulsion personnelle du président Anwar al-Sadate et - dit-on - de sa femme³²⁷, la loi égyptienne n°44 du 10 juin 1979 a prévu que:

"Le mariage de l'époux avec une autre femme sans son [de la première épouses, ou des précédentes si elles sont plusieurs] consentement est considéré comme préjudiciable à la femme même si elle n'a pas précisé dans son contrat qu'il ne devrait pas avoir d'autre épouse qu'elle; de même s'il dissimule à sa nouvelle femme qu'il est marié à une autre. Le droit de l'épouse de demander la séparation est forcé à l'expiration d'un délai d'un an à compter du jour où elle a eu connaissance du préjudice même si elle a exprimé son accord manifeste" (art.6 bis 1, al.2).

La 'loi Jihane'- qui considère la condition polygamique en elle-même comme préjudiciable pour la femme - attire des critiques virulentes³²⁸ et fait enfin l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité intégrale par la Haute Cour Constitutionnelle Egyptienne (4 mai 1985). Elle sera remplacée par une nouvelle loi (n°100 du 3 juillet 1985) - issue par le gouvernement de Hosni Moubarak qui succède à Sadate après son meurtre par une organisation liée au Frères Musulmans (1981) - qui contient des concessions importantes aux demandes des traditionalistes: elle soumet la faculté de divorcer à la preuve - mise à la charge de la femme - que la polygamie survenue cause "un préjudice matériel ou moral qui rend la vie entre les époux impossible" (art.11 bis, al.2).

³²⁷La loi n°44 du 10 juin 1979 est couramment définie "Loi Jihane", d'après le nom de la femme de Sadate.

³²⁸Muhammad Ra'fat Osman, chef du département de Droit comparé à la faculté de droit du Caire affirme, par exemple, que:

"Nous savons que le Prophète n'a rien accompli d'interdit. Or si l'on dit que le remariage entraîne légalement préjudice vis-à-vis de la première épouse, on doit admettre, suivant ce principe erroné, que le Prophète, qui s'est remarié plusieurs fois, a causé préjudice, ce qui est impossible, comme nous l'avons dit" (*Ne les croyez pas lorsqu'ils disent: "La nouvelle loi du statut personnel est tirée de la jurisprudence islamique*, in *Al-Umma al-Islamiyya*, 29 janvier 1983, cité par Fahmi, 1987, p.136).

Nous avons ici un exemple très net d'usage rigide et conservateur des traditions sur la vie du Prophète, qui contraste ouvertement avec les techniques argumentatives fondées, par exemple, sur la distinction entre les actes simplement permis et les actes obligatoires (Cf.2.4.3. et 7.2).

Dans les pays de l'Occident (*maghreb*) malékite, des règles au contenu semblable - et en quelques cas même plus rigoureux - sont codifiées, sans que des réactions de rejet aussi vives se manifestent: l'art.8 du code algérien de la famille³²⁹, par exemple, dispose:

"Il est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la chari'a si le motif est justifié, les conditions et l'intention d'équité réunies et après information préalable des précédente et future épouses. L'une et l'autre peuvent intenter une action judiciaire contre le conjoint en cas de dol ou demander le divorce en cas d'absence de consentement".

Plus récemment, aussi le législateur marocain est intervenu sur ce point, en confirmant une remarquable capacité de renouvellement graduel sans ruptures avec la tradition; voici donc l'article 30 de la Moudawwana, comme il a été modifié en 1993³³⁰:

"La première épouse doit être avisée du désir de son conjoint de prendre une autre femme en mariage, et la deuxième épouse doit être informée que son futur époux est déjà uni par les liens du mariage à une autre femme.

L'épouse a le droit d'imposer à son mari de ne pas lui joindre une co-épouse et au cas où cette condition est violée, elle aura le droit de demander la dissolution du mariage.

L'épouse qui ne s'est pas réservée le droit d'option peut soumettre son cas au juge pour qu'il statue sur le préjudice qu'elle subit.

Dans tous les cas, si une injustice est à craindre envers les épouses, le juge n'autorise pas la polygamie".

Outre que pour son contenu réformateur, cet article est intéressant pour la méthode à travers laquelle le législateur intervient sur les dynamiques sociales en matière familiale: l'acteur public n'impose pas une organisation familiale de type nouveau et 'moderne' à l'ensemble de la société; il se limite à offrir aux femmes qui disposent des ressources culturelles et économiques nécessaires la *possibilité* de cueillir les fruits concrets de la réforme en améliorant leur condition juridique. Les femmes appartenant à un milieu urbain et aisé, même si elles n'ont pas inséré la clause anti-polygamie dans leur contrat de mariage, auront plus facilement accès aux tribunaux et obtiendront avec plus de

³²⁹Loi n°84-11 du 9 juin 1984, in Journal officiel de la République algérienne, 12 juin 1984, p.612.

³³⁰Dahir portant loi n°1-93-347 du 10 septembre 1993, publié au Bulletin officiel n°4-222 du 29 septembre 1993.

probabilité une décision favorable des juges (c'est à dire que ces derniers reconnaîtront plus facilement que, dans leurs cas, le "préjudice" subsiste); les femmes des campagnes et des classes populaires, en revanche, rencontreront des difficultés majeures pour faire valoir le 'droit conditionné à la monogamie' que le législateur a introduit.

Il est difficile de formuler un jugement équilibré à propos de cette méthode réformiste qu'on pourrait définir *flexible*. Car si, d'un côté, ses inconvénients sur un plan de justice substantielle générale sont évidents, de l'autre, elle permet d'ouvrir la voie au changement sans provoquer des déchirures trop profondes dans le tissu de la société.

5.2.6. Après ce rapide tour d'horizon sur le traitement juridique de la polygamie dans le monde arabo-musulman contemporain, on peut passer à se demander quelle est la destinée de l'institution polygamique dans les pays européens où des musulmans se trouvent à vivre en qualité d'immigrés.

Nous ne disposons pas de recensements systématiques des ménages polygamiques qui vivent actuellement dans les sociétés européennes. Les recherches *ad hoc* existantes, bien que peu nombreuses, nous indiquent néanmoins de façon unanime une diffusion presque nulle de cette forme de mariage³³¹. C'est le cas, par exemple, de l'enquête d'Edwige Rude-Antoine sur les comportements matrimoniaux des maghrébins en France (Rude-Antoine, 1990). On peut citer également une recherche sur les familles africaines (en provenance d'Afrique sub-saharienne) établies en France, qui résume ainsi ses résultats relativement aux changements de la structure familiale en situation d'immigration:

"L'action conjuguée de conditions matérielles et juridiques défavorables, alliées à la fragilité du modèle africain traditionnel et à l'omniprésence du modèle français de la famille nucléaire révèle une famille africaine aux effectifs fortement diminués et un appauvrissement en termes qualitatifs (diversités des status représentés au sein de la famille). Tout d'abord, et à moins de maternité

³³¹L'absence presque totale de la polygamie en Europe ne concernerait pas seulement les unions officiellement reconnues par l'Etat d'accueil - dans ce cas la donnée serait la conséquence prévisible de l'attitude générale de fermeture envers cette forme de mariage qui est propre, comme on verra par la suite, des droits européens - mais aussi les unions polygamiques *de facto*, qui peuvent se former où se reconstituer en Europe à la suite d'une immigration motivée diversement que pour un regroupement familial polygamique.

très précoces chez les jeunes filles, la famille ne compte plus que deux générations sous le même toit. Ensuite la polygamie semble rester réduite, et se limite de toute façon le plus souvent à deux femmes. Le nombre d'enfants par femme est également en diminution et il n'est pas rare qu'une progéniture plus réduite s'apparente à une question de standing chez certaines familles des classes moyennes. Toutefois, le foyer accueille fréquemment en son sein, un ou plusieurs enfants propres à l'un des conjoints, ou bien un frère ou une soeur cadets de l'un des époux. Un dernier élément à signaler est l'augmentation constante des ménages de fait [...], particulièrement chez les jeunes étudiants" (Quiquerez-Finkel, 1992, p.88).

Ces indications, bien qu'elles ne concernent que partiellement des familles de culture musulmane, sont d'autant plus significatives que dans plusieurs pays d'Afrique subsaharienne - notamment du Golfe de Guinée - la polygamie a une diffusion officielle bien plus haute que dans l'Afrique du Nord³³².

On n'insistera pas davantage sur la dimension socio-anthropologique, qui ne forme pas l'objet de notre étude; avant de passer à la considération spécifique du traitement juridique de la polygamie musulmane de la part des ordres juridiques européens, il est cependant opportun de signaler un aspect non juridique de la 'question de la polygamie' qui est habituellement négligé, malgré son importance décisive pour évaluer l'institution d'un point de vue normatif.

Comme pour toutes les formes d'organisation humaine, l'impact concret de l'union polygamique sur la vie des personnes qui en font partie dépend du plus vaste contexte social où cette forme d'organisation se trouve insérée. En particulier, la signification concrète de la coexistence de plusieurs femmes au sein de la même famille change au moment où la 'grande famille' (*al-ayla*) perd sa centralité sociale et économique et où l'urbanisation réduit la taille moyenne des maisons. Dans telles conditions, la dureté effective de la condition polygamique pour la femme peut augmenter sensiblement. Cela est vrai, d'ailleurs, non seulement pour le mariage

³³²Sur les dynamiques internes aux familles polygamiques originaire du Sénégal (appartenants aux ethnies Soninke et Toucouleur) et établies en France, voir: Fainzang et Jourmet, 1988. Voir également le numéro monographique de la revue *Migrations-Etudes* d'avril 1993, consacré à la condition des familles polygames en Ile-de-France.

polygamique, mais plus en général - comme le souligne exactement Maurice Borrmans - pour l'organisation patriarcale de la famille musulmane:

"En présence des institutions modernes, la famille patriarcale n'a plus de justification: désormais inutile, elle devient malfaisante dans la mesure où elle prétend rester en son état ou, du moins, restreindre encore les droits personnels de ses membres sans la contrepartie des avantages qu'elle leur garantissait autrefois" (Borrmans, 1977, p.618)³³³.

5.2.7. Dans la pensée des grands théoriciens du droit international privé du siècle dernier, la polygamie figure régulièrement comme l'exemple extrême d'institution juridique étrangère que le système des règles de conflit doit évincer, pour des raisons profondes d'inacceptabilité morale. Von Savigny, par exemple, situe toute loi matrimoniale qui interdit la polygamie parmi ces lois *absolues* qui s'imposent territorialement pour des *raisons morales* ou *d'utilité publique*:

"Alle Gesetze solcher Art gehören zu den oben erwähnten Ausnahmefällen, so dass in Beziehung auf ihre Anwendung jeder Staat für sich als völlig abgeschlossen erscheint. Schliesst also das Gesetz unsers Staates die Polygamie aus, so muss unser Richter auch der polygamischen Ehe solcher Ausländer, deren Landesgesetz sie zulässt, den Rechtsschutz versagen [*territorialité fondée sur des raisons morales*]. Untersagt unser Gesetz den Juden die Erwerbung des Grundeigenthums, so muss unser Richter nicht nur den einheimischen Juden den Erwerb untersagen, sondern auch den auswärtigen, in deren Staat ein solches Verbot nicht besteht, wenngleich nach den allgemeinen

³³³ Les traces d'une claire conscience de l'impact désagrégeant que certaines institutions propres du droit islamique de la famille, comme le *talaq*, peuvent avoir dans un moderne contexte urbain se retrouvent dans la législation récente de quelques pays arabo-musulmans. L'article 4 de la loi égyptienne n°44 du 10 juin 1979, par exemple, garantissait efficacement le droit au logement de l'épouse répudiée (droit qui, dans la société traditionnelle, était généralement assuré par la famille d'origine de la femme, habituellement disponible à réaccueillir la divorcée):

Art.4: "L'épouse divorcée qui a la garde de son enfant a le droit de vivre seule avec lui au domicile conjugal en location à moins que l'époux qui a divorcé n'ait préparé un autre logement adéquat. Si la période de garde se termine ou si la femme se remarie, son ex-mari reprendra l'ancien domicile conjugal s'il a le droit de le conserver en vertu de la loi".

Cet article, qui protégeait la femme répudiée de façon particulièrement rigoureuse, sinon rigide, sans tenir en compte les conditions patrimoniales concrètes des deux conjoints, représentait un exemple éclatant d'usage militant du droit en fonction d'émancipation. La norme a soulevé une tempête de critiques dans les milieux conservateurs et islamistes, et elle a enfin été abrogée par la Haute Cour Constitutionnelle Egyptienne (décision déjà citée) qui, saisie par un Tribunal du statut personnel de la région d'Assiut, a déclaré la loi n°44 de 1979 entièrement inconstitutionnelle.

Regeln über die Collision die persönliche Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit nach den Gesetzen des Wohnsitzes der Person beurtheilt werden müsste [*territorialité fondée sur des raisons d'utilité publique*]" (Savigny, 1981, p.36).

Sans nous arrêter ici sur la vigoureuse démonstration de la variabilité historique de la notion d'ordre public que ces lignes implicitement nous fournissent³³⁴, on se limitera à rapprocher l'opinion du juriste prussien - qui attribue une portée absolue à l'impératif monogamique - à celle de l'italien Mancini qui - en adoptant une attitude qui semble plus proche à celle des juges contemporains³³⁵ - classe la polygamie, ainsi que l'esclavage, parmi les institutions étrangères contraires à l'ordre public, défini comme l'ensemble des "principes supérieurs de la morale humaine et sociale tels qu'ils sont entendus et professés dans ce pays, les bonnes moeurs, les droits primitifs inhérents à la nature humaine, et les libertés auxquelles ni les institutions positives, ni aucun gouvernement, ni les actes de la volonté humaine ne pourraient apporter de dérogations valables et obligatoires [...]" (Mancini, 1874, p.297).

Les citations de Savigny et de Mancini nous permettent de saisir l'attitude 'classique' des droits européens envers la polygamie; celle-ci était élue par la culture juridique de l'Europe chrétienne et bourgeoise en véritable symbole de l'altérité juridique. A ce titre, elle était rejetée dans les rapports internationaux en tant que telle, à travers un jugement d'incompatibilité de nature générale et abstraite; sur le plan

³³⁴"Savigny place sur un même pied les lois qui interdisent la polygamie et les lois qui restreignent l'accès à la propriété des juifs. N'aurions-nous pas tendance à écarter ces dernières comme contraires à l'ordre public plutôt qu'à les juger impératives?" (Carlier, 1992, p.390).

³³⁵La relative modernité de la notion mancinienne de l'ordre public est contestée, entre autres, par Henri Batiffol et Paul Lagarde, qui affirment que "au XIXe siècle Mancini, à une époque où se rompt la relative unité juridique du monde occidental, développe l'idée que certaines lois du for, essentielles pour celui-ci, doivent s'appliquer en toute hypothèse sur le territoire national en tant que lois d'ordre public. L'ordre public est ainsi perçu comme un facteur positif et autonome de rattachement, au même titre que la nationalité et l'autonomie de la volonté" (Batiffol et Lagarde, 1993, p.568). Au contraire, Franco Mosconi soutient que "Mancini uses the phrase 'ordre public' to express two different concepts. One refers to the case in which the private international law rules do not even come into play as, for that case, the *lex fori* contains norms of 'ordre public' or of 'droit public'. [...] From this viewpoint 'ordre public' and 'droit public' are vested with a positive function, provided that the situations and relationships which they control are of the kind that can only be submitted to the *lex fori*. This case differs completely from the case in which the indication given by the conflict rules is disregarded because the outcome of the application of the foreign law would be in contradiction with the fundamental principles of the forum legal system (among which Mancini includes 'les droits primitifs inhérents à la nature humaine'). I think one can infer from the above quotations that Mancini's idea of ordre public is still very much that of today" (Mosconi, 1989, p.35). Il me semble que la deuxième interprétation reflète mieux la richesse - et parfois l'ambiguïté - des textes manciniens.

interne, de plus, elle formait l'objet d'une répression pénale sévère, en tant que crime contre la morale³³⁶.

Dans les dernières décennies, les changements sociaux et juridiques qui ont investi les sociétés occidentales ont transformé radicalement la position de l'institution polygamique au sein de notre univers juridique. D'un côté, l'augmentation du contentieux familial international a poussé les juristes et les praticiens à nuancer les prises de position traditionnelles, pour faire face aux exigences mises en lumière par l'expérience jurisprudentielle; d'autre côté, le double processus de sécularisation et d'égalitarisation du droit de la famille a réduit l'aversion pour l'aspect proprement polygamique de la polygamie (la rupture qu'elle accomplit du dogme de l'unicité du lien matrimonial) et a augmenté celle pour son aspect inégalitaire (l'unilatéralité de la faculté polygamique).

La troisième ligne de changement qui nous semble avoir affecté, en temps récents, la perception de l'institution polygamique par la culture juridique européenne est son aplatissement sur la polygamie islamique³³⁷, dont l'importance actuelle - comme le souligne vivement Jacques Berque - est souvent surdimensionnée:

“la polygamie est l'un de ces traits extérieurs des sociétés islamiques, dont l'allégation tapageuse par l'étranger déborde de beaucoup la réalité statistique”
(Berque, 1966, p.221)³³⁸.

³³⁶La tendance à la diminution des peines pour le délit de polygamie est récente: en France, par exemple, ce n'est qu'avec le nouveau code pénal (art.433-21) que la peine, qui pouvait toucher les vingt ans de détention criminelle en cas d'infractions répétées, a été réduite à six mois de prison et 50.000 F d'amende.

³³⁷Pourtant, la pratique polygamique se retrouve - en formes différentes - dans nombreuses sociétés et elle est (ou elle a été) légalisée à l'intérieur de plusieurs cultures juridiques (chinoise, hindoue, Afrique sub-saharienne, etc.); sur les problèmes juridiques provoqués aux Etats-Unis par la polygamie chinoise, voir: Lorenzen, 1923; à propos de la nature du mariage coutumier chinois, improprement dit polygamique, et de sa survivance jusqu'à 1982 en Malaysia, voir Tan, 1993; pour la reconnaissance partielle d'une union polygamique tibétaine par l'Office fédéral de la justice suisse, voir *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération*, 45, 1981, pp.408-418 (cité par Aldeeb Abu-Sahlieh, 1992, p.61). Sur les problèmes spécifiques posés en France par la polygamie coutumière des pays d'Afrique subsaharienne, cf. De Vareilles-Sommières, 1993.

³³⁸Nous ne disposons pas de statistiques générales et fiables sur la diffusion actuelle du mariage polygamique dans le monde arabo-musulman; les données éparses disponibles montrent cependant toutes une tendance nette et constante à la baisse: pour l'Algérie, par exemple, Nouredine Saadi (1991, p.77) cite le tableau suivant, élaboré par S.Khodja (*Les algériennes au quotidien*, EMAL, 1985, p.53):

[sur 1000 hommes mariés]

1911: 64

1948: 30

1954: 29

1966: 18

5.2.8. Nous savons que, mis à part les conflits de juridiction, les *modalités fondamentales de l'interaction entre ordres juridiques indépendants et souverains* sont essentiellement *deux*: d'un côté, l'application de la norme étrangère pour créer, modifier ou éteindre un rapport juridique; de l'autre, la reconnaissance des conséquences d'un acte accompli à l'étranger, en application de la même norme. Ce dualisme fondamental nous guidera dans l'analyse du traitement par les ordres juridiques européens des deux institutions juridiques qui font ici l'objet de notre attention: la polygamie d'abord, la répudiation musulmane ensuite.

Comme on l'a rappelé au début du troisième chapitre, les Etats européens modernes continuent à identifier dans la famille légitime la modalité fondamentale d'organisation des rapports privés non patrimoniaux (ou mieux, des rapports dans lesquels la dimension patrimoniale n'est pas essentielle), mais ils se détachent du passé en construisant progressivement un *monopole étatique* dans la célébration des mariages et dans la production des règles relatives.

Dans la plupart des pays, cependant, ce monopole conserve un *caractère relatif*: le pouvoir de l'Etat territorial de consacrer l'existence d'un lien conjugal est partagé avec d'autres autorités, de nature laïque (*mariage consulaire*) ou religieuse (*mariage concordataire*, ou autres formes reconnues de mariage religieux). Pour décrire l'attitude des ordres juridiques européens envers l'institution polygamique dans la phase de la constitution du rapport, il convient de traiter séparément ces différentes formes d'union.

a) Aucun Etat européen n'accepte aujourd'hui de célébrer une union polygamique dans la forme du mariage civil; ce refus résolu - souvent accompagné par des sanctions pénales à l'encontre de l'officier d'état civil qui enfreint en mauvaise foi l'interdiction³³⁹ - se fonde généralement sur un empêchement bilatéral (*zweiseitige Ehehindernis*, selon la terminologie adoptée par la doctrine allemande, qui a dégagé la première la notion) de bigamie dans les cas de mariages mixtes et sur une application semi-codifiée³⁴⁰ de l'ordre public international dans les cas de couples étrangers

1970: 13

³³⁹En France, le nouveau Code pénal (art.433-20) a alourdi ces sanctions en les portant à un an d'emprisonnement et 300.000 F d'amende.

³⁴⁰Dans le sens que l'interdiction de célébrer une union polygamique se trouve souvent formulée de façon explicite dans les règles de nature administrative en matière d'état civil.

ressortissants de pays admettant la polygamie. Dans ce panorama relativement homogène, la solution territorialiste récemment adoptée par la Suisse se distingue nettement:

“Les conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sont régies par le droit suisse” (art.44, al.1^{er}, loi 18 décembre 1987).

b) Le seul pays européen qui - en suivant un schéma de type concordataire - reconnaît des effets civils au mariage musulman célébré sur son territoire est l'Espagne; l'article 7 de l'*Acuerdo de cooperación del Estado español con la Comisión islámica de España*³⁴¹, signé à Madrid le 28 avril 1992³⁴², dispose en effet que:

“1. Se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley islámica³⁴³, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil.

Los contrayentes expresarán el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del artículo 3 [“*dirigentes religiosos islámicos e Imames de las Comunidades Islámicas*”] y, al menos, dos testigos mayores de edad. Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

2. Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil

³⁴¹La Comisión a été constituée par les deux fédérations existantes des communautés islamiques d'Espagne: la *Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas* et la *Unión de Comunidades Islámicas de España*, “como órgano representativo del Islam en España ante el Estado para la negociación, firma y seguimiento de los acuerdos adoptados” (*Exposición de motivos* de la loi 26/1992).

³⁴²Approuvé avec la loi 26/1992 du 10 novembre 1992, BOE n°272 du 12 novembre 1992, p.38214. L'accord avec les communautés islamiques a été approuvé en même temps que les accords avec la *Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España* (loi 24/1992 du 10 novembre 1992) et avec la *Federación de Comunidades Israelitas de España* (loi 25/1992 du 10 novembre 1992). A travers ces actes, l'Espagne - en conformité à la Constitution de 1978 et à la *Ley Orgánica de Libertad Religiosa* de 1980 - a définitivement abandonné l'organisation confessionnelle de l'Etat qui avait caractérisé le régime du général Francisco Franco. En général sur les Accords de coopération entre l'Etat espagnol et la Commission islamique d'Espagne, cf. Moreras, 1996.

³⁴³Il faut remarquer que ce mariage religieux islamique représente en quelque mesure une invention du législateur espagnol et des représentants des communautés musulmanes ayant pris part à la négociation car, en vérité, le mariage musulman - tel qu'il est réglementé par le Coran, la Sunna et puis par le *fiqh* - est un contrat entre les époux et non un sacrement ni une institution de droit public. Même les législations islamiques modernes, tout en imposant parfois des nouvelles obligations formelles aux époux, ne modifient pas la nature typiquement contractuelle du mariage (l'article 1^{er} de la *Moudawwana* marocaine, par exemple, stipule que “Le mariage est un contrat légal par lequel un homme et une femme s'unissent en vue d'une vie conjugale commune et durable”).

correspondiente. No podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos mas de seis meses desde la expedición de dicha certificación.

3. Una vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad islámica en que se hubiera contraído aquél, enviará al Registro Civil, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio, en la que deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.

4. [...].

5. [...].”

L'importance de cet article - qui s'insère dans une série de normes visant à protéger l'identité communautaire et à faciliter la pratique religieuse des Musulmans espagnols, ainsi que, en mesure plus limitée, des Musulmans étrangers résidants en Espagne¹⁴⁴ - est grande du point de vue historique: en effet, il s'agit du premier exemple d'incorporation partielle du statut personnel musulman par un Etat occidental, depuis la fin de l'époque coloniale¹⁴⁵. Son importance juridique, en revanche, est moindre, puisque la reconnaissance d'effets civils au mariage musulman est subordonnée à la conformité des époux aux conditions de capacité ("requisitos de capacidad") exigées

¹⁴⁴On signale, notamment, les dispositions sur l'inviolabilité des lieux de culte (art.2, al.2), sur les "parcelas reservadas para los enterramientos islamicos en los cementerios municipales" (art.2, al.5), sur le statut des imams (art.3-6), sur la liberté de la pratique religieuse islamique dans l'armée (art.8), dans les prisons et dans les hôpitaux (art.9), sur l'enseignement de la religion islamique dans les écoles publiques et privés (art.10), sur le droit des travailleurs musulmans de s'accorder avec l'employeur pour respecter les fêtes islamiques (art.12), etc..

¹⁴⁵La seule exception est représentée par le statut de la minorité turco-musulmane de Thrace, à laquelle l'Etat grec reconnaît un statut familial particulier inspiré à la *chari'a*, en observance des dispositions du Traité de paix de Lausanne (1923). Orhan Hatziibram décrit ainsi cette condition, qui pourrait paraître un véritable "fossile juridique", en revendiquant au contraire l'intérêt qu'elle peut avoir pour le débat actuel:

"Dans chaque département, le *mufti*, chef religieux et politique, a des compétences qui s'étendent à toutes les questions de droit familial (mariage, divorce, pensions alimentaires, tutelle, émancipation des mineurs, héritage, etc.). Ses actes sont inscrits au registre de l'état civil. Il exerce des fonctions juridiques et judiciaires de règlements des litiges opposant des musulmans dans les questions de statut personnel. Pour le règlement des différends en matière d'héritage, il applique les droits et obligations de la jurisprudence islamique de droit personnel (les *Feraiiz*) et, pour le reste, les dispositions du droit musulman correspondant (la *Seriat*) [transcription du mot *chari'a* en turc]. Son pouvoir de juger en ces matières est absolu, et il ne peut être ni contesté dans son argumentation juridique ni critiqué pour son verdict. Le contrôle se fait seulement pour vérifier si ses décisions ont été prononcées dans les limites territoriales de compétence prévues par la loi. Celles-ci peuvent poser problème dans le cas où la loi islamique est plus contraignante que le droit grec. Mais elles ne peuvent guère être récusées par un moyen légal. Cependant, pour être exécutoires, elles doivent être validées par le tribunal de première instance de la circonscription où siège le *mufti*. Ces dispositions particulières pourraient servir d'exemple aux autres communautés musulmanes d'Europe" (Hatziibram, 1995, p.351).

par le Code civil espagnol, parmi lesquelles se trouve l'absence de précédents mariages. Particulièrement emphatiques semblent donc les paroles de Teresa Losada, lorsqu'elle écrit que "pour certain musulmans, l'année quatre-vingt-douze rétablit ainsi un statut juridique qui avait pris fin avec la chute du Royaume de Grenade, cinq siècles auparavant" (Losada, 1995, p.289).

c) Pour ce qui concerne enfin les *mariages consulaires*, généralement admis en obéissance au principe de réciprocité ou en vertu d'accords bilatéraux³⁴⁶, il est devenu, en quelques rares cas, le véhicule pour l'instauration en Europe d'une union polygamique productive d'effets. On signalera, par exemple, un mariage polygamique valablement célébré devant le Consul du Maroc en France, dont la validité a été admise en 1990 par la Cour d'appel de Paris³⁴⁷. La décision a été critiquée durement par François Boulanger, sur la base d'un règle jurisprudentielle de validité générale:

"Quel que soit le contenu du statut personnel [*dans le cas d'espèce, il s'agissait du statut personnel marocain, admettant la polygamie*] il n'est pas admis en jurisprudence qu'un individu déjà marié contracte une seconde union en France. On est en présence d'une véritable 'règle d'application immédiate'; justifiée par le trouble apporté à l'ordre social, sanctionnée par la nullité du mariage (art.147 code civil) et les peines de la bigamie (art.340 code pénal) [...]. La jurisprudence se refuse à voir dans le consulat une portion de territoire étranger³⁴⁸ [...]. On peut donc, dans ces conditions s'étonner que la cour de Paris fasse découler l'état de bigamie d'un mariage célébré devant le Consulat du Maroc à Paris en 1984 et le considère comme valable. Ce mariage était un

³⁴⁶Quelques pays, comme la Suisse, n'admettent pas le mariage consulaire. Cela conduit à un conflit ouvert avec les normes des Etats d'origine qui, comme le Maroc, imposent la validation du mariage conclu à l'étranger devant les agents consulaires en qualité de témoins ('*adi*) (art.39, décret marocain du 29 janvier 1970). "Malgré cela, la Suisse célébrera le mariage tout en interdisant le passage devant les autorités consulaires marocaines. Il faut cependant relever ici qu'en pratique il semble que beaucoup de couples étrangers ou mixtes ignorent cette interdiction suisse" (Aldeeb Abu-Sahlieh, 1992, p.56).

³⁴⁷Cour d'appel Paris, (1ère ch.civ.), 5 avril 1990, in D., 1990, p.424, note F.Boulanger.

³⁴⁸Le tribunal de grande instance de Paris (17e ch., 8 avril 1987, in RCDIP, 1988, p.73, note Y.L.) a jugé par exemple que: "s'il est communément admis que les privilèges diplomatiques font que la police française ne peut pénétrer dans une ambassade ou un consulat, que sur la demande de l'agent diplomatique, il n'en demeure pas moins que ces locaux restent territoire français; ceux-ci ne constituent pas des flocs dotés d'extraterritorialité qui les feraient réputer territoire étranger; dès lors, les infractions qui y sont commises le sont en France, et les tribunaux français sont compétents pour les juger". Sur cette base, un Algérien déjà marié devant l'officier d'état civil avec une Libanaise de confession chrétienne, qui se marie une deuxième fois, devant le consul général d'Algérie à Paris, avec une compatriote, est jugé responsable de bigamie.

'mariage français' et non pas un mariage célébré au Maroc" (Boulangier, note arrêt précité, pp.425-426)³⁴⁹.

En conclusion - et sauf quelques exceptions de portée, comme on vient de constater, tout à fait marginale - la seule forme d'union polygamique qui peut être valablement instaurée en Europe est celle que certains critiques, musulmans et non, de l'eurocentrisme de la culture juridique européenne en ce domaine appellent - de façon provocatrice - *polygamie informelle*: celle qui résulte de la liaison adultère entretenue par un homme ou une femme déjà mariés³⁵⁰.

5.2.9. Paradoxes à part, la polygamie ne fait donc son apparition devant les tribunaux européens qu'en tant qu'*article d'importation*, c'est à dire comme situation instaurée à l'étranger, dont une partie demande la reconnaissance pour des finalités spécifiques. Dans les pages qui suivent, on analysera en quelle mesure et sur la base de quels arguments les juges des principaux pays européens acceptent ou refusent de reconnaître les différentes catégories d'effets d'une union polygamique.

Un trait commun à toutes les traditions jurisprudentielles considérées - que leur contenu soit négatif ou affirmatif - est donc qu'elles admettent leur compétence face à une demande fondée sur l'existence d'un mariage polygamique. Par rapport à ce dénominateur commun, le Royaume-Uni représente une exception de taille, dont il nous faut maintenant donner compte.

³⁴⁹En Allemagne on signale, avec le même degré d'anomalie, une décision du *Landgericht* de Frankfurt am Main (12 janvier 1976, FamRZ, 1976, p.217) qui reconnaît la légitimité de l'enfant issu de l'union - célébrée par le fonctionnaire compétent de l'ambassade d'Indonésie à Bonn - d'une indonésienne avec un jordanien déjà uni en mariage avec une compatriote. Le tribunal accueille d'abord l'orientation fournie dans un arrêt pionnier par le *Verwaltungsgericht* de Gelsenkirchen (18 juillet 1974, in FamRZ 1975, p.338; v.Cullmann, 1976, pp.313-315), en déclarant que le mariage polygamique valablement célébré à l'étranger ne heurte pas l'ordre public allemand; en deuxième lieu, la cour affirme que "eine vor einer ausländischen diplomatischen oder konsularischen Dienststelle geschlossene Ehe ist wie eine im Ausland geschlossene anzusehen".

³⁵⁰Selim Jahel, par exemple, souligne l'importance des garanties formelles liées à la condition polygamique, par rapport au concubinage:
"...depuis l'abolition en France du délit d'adultère, l'union libre est regardée comme une situation non illicite même si les conjoints ou l'un d'eux se trouvent encore dans les liens d'un mariage non dissous. Partant de là, il paraît tout à fait légitime d'y attacher des effets juridiques comme le fait la jurisprudence. Là, l'on est très proche de la polygamie, avec cette différence, cependant, que dans la polygamie, les liens conjugaux sont issus de contrats de mariage conclus en bonne et due forme. Or, n'est-ce pas cela, précisément, que réprovoque l'ordre juridique français: le sceau de la légalité couvrant une pluralité d'union? ...Il est vrai aussi que la polygamie est un privilège qui appartient à l'homme; mais il peut être réduit, comme nous allons le voir, par une clause matrimoniale" (Jahel, 1994, pp.53-54).

L'anomalie séculaire de la jurisprudence britannique en ce domaine³⁵¹ a son origine dans un cas célèbre³⁵² décidé en 1866 par Sir John P. Wilde (devenu par la suite Lord Penzance), qui refusa de traiter la demande en divorce présentée par un ressortissant anglais à l'encontre de sa femme, une Mormone qu'il avait marié aux Etats-Unis sous le régime polygamique admis par cette communauté confessionnelle. Sans distinguer selon le caractère *actuellement* ou *potentiellement* polygamique du mariage³⁵³, le juge de *Hyde v. Hyde* trancha la question ainsi:

"All that is intended to be here decided is that as between each other they [*les époux*] are not entitled to the remedies, the adjudication, or the relief of the matrimonial law of England".

Ce refus radical de compétence - qu'il faut probablement interpréter comme une expression typique d'une idéologie coloniale qui utilisait le statut personnel comme paramètre de civilisation, facteur de distinction entre les personnes et, en dernière instance, comme fondement d'une organisation hiérarchique des rapports sociaux (cf.1.3.-1.4.) - a subi, dans la deuxième moitié de notre siècle, un lent processus d'atténuation, à travers la définition progressive d'exceptions de portée croissante.

La compétence des juges anglais a d'abord été admise dans les cas où le mariage, potentiellement polygamique selon la *lex loci celebrationis*, perd cette potentialité et se trouve 'converti' en mariage monogamique³⁵⁴ par effet de la conversion (ici au sens propre) du mari à une secte qui n'admet pas la polygamie³⁵⁵, de la non-réalisation de la condition qui rend possible la polygamie dans le droit du lieu de

³⁵¹Cf. Morris, 1953.

³⁵²*Hyde v. Hyde* (1866), L.R. 1 P.&D. 130.

³⁵³La notion de *mariage potentiellement polygamique* est une caractéristique exclusive du droit anglais. Le seul exemple récent d'utilisation du même concept dans un autre droit européen nous est fourni par le droit français de la nationalité. En 1990, deux tribunaux administratifs français (Paris, 1er février 1990, et Nantes, 23 mai 1990, in RCDIP, 1990, p.675) jugeaient que le fait d'être marié sous un régime polygamique prouvait un défaut d'assimilation dans la société française et justifiait ainsi un refus de réintégration dans la nationalité française aux termes de l'article 153 du Code de la nationalité (article abrogé par la loi du 22 juillet 1993). Cette orientation jurisprudentielle, critiquée par la doctrine (v.note Lagarde, in RCDIP, 1990, p.677), a été récemment renversée par le Conseil d'Etat (arrêts *Kanouté* et *Mme Webina-Orombia*, 11 février 1994, in RCDIP, 1994, p.317, note P.L.), en établissant que le défaut d'assimilation (qui représente toujours une condition d'accès à la nationalité française dans un vaste nombre de cas) est un *pur fait* qui ne peut se considérer prouvé par la seule circonstance que le demandeur est engagé dans un mariage potentiellement polygamique.

³⁵⁴Cfr., en général sur une telle 'conversion', Tolstoy, 1968.

³⁵⁵*The Sinha Peerage Claim* (1939), 171 Lord's Journal 350; et (1946) 1 All E.R. 348.

célébration du mariage³⁵⁶, du déplacement du domicile du mari dans un pays qui n'admet que la monogamie³⁵⁷, et puis encore par effet de l'introduction d'une prohibition législative des unions polygamiques dans la loi personnelle du mari³⁵⁸. En 1982, enfin - malgré la prévision de nullité introduite par le *Matrimonial Causes Act* de 1973 "in the case of a polygamous marriage entered into outside England and Wales [lorsque] either party was at the time of the marriage domiciled in England and Wales" (section 11(d)³⁵⁹) - la *Court of Appeal*³⁶⁰ a considéré valide le mariage potentiellement polygamique célébré au Pakistan entre un anglais domicilié en Angleterre et une pakistanaise domiciliée au Pakistan, sur la base de la considération que le domicile anglais du mari prive le mari de la capacité de contracter un second mariage et convertit ainsi le premier en un mariage monogamique³⁶¹. Il est certain que, dans ce cas, la décision des juges anglais a été fortement inspirée par des raisons d'opportunité sociale qui invitaient à donner reconnaissance au nombre croissant de mariages célébrés dans un pays d'origine admettant la polygamie (comme le Pakistan), entre des hommes immigrés (ou descendants d'immigrés) ayant acquis la nationalité britannique et des femmes étrangères³⁶².

³⁵⁶C'est le cas du droit mosaïque en vigueur en Egypte pour les sujets de confession juive, qui prévoit que le mariage devient irrévocablement monogamique en cas de naissance d'un enfant au cours des dix premières années de mariage; cf. *Cheni v. Cheni* (1965), P.85; JDI, 1965, p.439.

³⁵⁷*Ali v. Ali* (1968), P.564; JDI, 1969, p.122. Cf. Lipstein, 1966.

³⁵⁸Dans *Parkasho v. Singh* (1968, P.233; JDI, 1969, p.124), par exemple, il s'agissait du *Hindu Marriage Act* par lequel la polygamie hindoue fut abrogée en Inde en 1955.

³⁵⁹L'article reproduit le contenu de la section 4 du *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act* de 1972.

³⁶⁰*Hussain v. Hussain* (1982) 3 All E.R. 369; JDI, 1988, p.807. Cf. Briggs, 1983; Pearl, 1983.

³⁶¹Dans *Hussain v. Hussain*, les juges confèrent un rôle décisif à la loi du domicile prématrimonial pour mesurer la capacité du mari de devenir partie d'une future union polygamique (et donc pour établir leur compétence sur le premier mariage). Cette règle, qui semble bien établie, semble en contraste avec celle dictée par le juge Cumming-Bruce en 1972 dans *Radwan v. Radwan* (1973, Fam. 35; JDI, 1980, p.120); dans ce cas, en effet, la loi du "intended matrimonial home" (le pays où les conjoints ont l'intention de s'établir après le mariage) a été considérée décisive pour considérer valable une union polygamique célébrée au consulat égyptien de Paris par un Egyptien et une Anglaise qui s'étaient établis en Egypte juste après le mariage. Mais la contradiction entre les deux règles jurisprudentielles n'est peut-être qu'apparente; comme le suggère la doctrine la plus autorisée, en effet:

"...the two cases could be reconciled by applying the policy of favouring the validity of a marriage. On this basis, a marriage would be regarded as monogamous if, under the law of either the antenuptial domicile or the intended matrimonial home, neither has the capacity to take another spouse during the subsistence of the marriage" (Collins, 1993, p.700).

³⁶²Dans son approfondie reconstruction de l'évolution de la jurisprudence anglaise en matière, Cristina Campiglio soutient que les juges de *Hussain v. Hussain* étaient "consapevoli delle profonde ripercussioni negative - a livello specialmente di immigrazione e di legislazione sociale - che per le comunità musulmane deriverebbero dal rifiuto di riconoscere in Inghilterra i matrimoni presso di loro celebrati tra un inglese domiciliato in patria ed una indigena" (Campiglio, 1990, p.898).

Mais le coup au coeur de la règle de *Hyde v. Hyde* fut assené par le législateur, avec le *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972*³⁶³ qui établit que:

“English courts are not precluded from granting matrimonial relief or making a declaration concerning the validity of a marriage by reason only that the marriage was entered into under a law which permits polygamy”.

Par effet de l'évolution brièvement décrite, les confins de la compétence des juges anglais à décider un cas fondé sur l'existence d'un mariage polygamique célébré à l'étranger se sont considérablement élargis. Une fois tombé le tabou, il semble que la reconnaissance des effets du mariage polygamique ne dépende pas rigidelement de son caractère *potentiellement* ou *actuellement* polygamique:

“Since it is clear that the earlier hostility of English courts to polygamous marriages has largely broken down, it is submitted that she should be treated as a wife unless there is some strong reason to the contrary” (Collins, 1993, p.708)³⁶⁴.

Il est important de souligner que le dépassement de l'anomalie britannique en ce domaine et la convergence avec les systèmes de *civil law*, dont maintenant on va illustrer les positions, a été encouragée, sinon imposée, par les exigences typiques d'une situation d'immigration massive.

5.2.10. Il convient d'analyser le processus de reception selective de l'institution polygamique en Europe en distinguant entre les différents intérêts qui peuvent pousser un des conjoints à demander la reconnaissance de l'union. Le premier de ces intérêt est typiquement celui qui a pour objet la vie en commun des conjoints et qui est satisfait à travers le regroupement familial (cf.5.1.).

³⁶³ Confirmé par le *Matrimonial Causes Act 1973*, (section 47). Cf. Poulter, 1976.

³⁶⁴ Avec les incertitudes qui dérivent, dans un système de droit jurisprudentiel, de la pénurie des décisions, il semble que les juges anglais admettent les effets suivants d'un mariage même *actuellement* polygamique:

- légitimation des enfants (*Hashmi v. Hashmi*, 1972, Fam. 36; JDI, 1980, p.125);
- succession des enfants (*Bamgbose v. Daniel*, 1955, A.C. 107, P.C.);
- succession des épouses (*Coleman v. Shang*, 1961, A.C. 481, P.C.);
- droit aux aliments (*maintenance*) des épouses (*Imam Din v. National Assistance Board*, 1967, 2 Q.B. 213; JDI, 1969, p.126).

Il a enfin été soutenu avec autorité que “There seems no reason to doubt that references to ‘children’ in immigration statutes or in the British Nationality Act 1981 include the children of a valid polygamous marriage” et que “There is no reason to doubt that the polygamously married spouse or spouses of a British citizen would be entitled to acquire British citizenship by naturalisation under section 6(2) of the British Nationality Act 1981” (Collins, 1993, pp.707-708).

Le seul pays européen qui a admis le regroupement familial polygamique, de façon générale et constante pendant une assez longue période (1980-1993)³⁶⁵, a été la France. Cette ouverture de principe, inaugurée par un arrêt célèbre du Conseil d'Etat³⁶⁶, avait ses racines dans une jurisprudence précédente de la haute cour administrative³⁶⁷, établissant que:

“...il résulte des principes généraux du droit, et notamment du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux le droit de mener une vie familiale normale; que ce droit comporte, en particulier, la faculté, pour ces étrangers, de faire venir auprès d’eux leur conjoint et leurs enfants mineurs”.

D'une manière qui surprit beaucoup de commentateurs, en 1980 le Conseil d'Etat jugea que le “droit de mener une vie familiale normale” impliquait, pour un étranger polygame, le droit de cohabiter avec les deux (ou même plus: cela n’était pas exclu en principe) femmes que son pays d'appartenance lui reconnaissait comme légitimes. La décision nous intéresse ici surtout par ce qu'elle résout la question préalable du lien matrimonial unissant les parties en cause en faisant recours à leur loi personnelle, bien que la norme française interprétée (le décret du 29 avril 1976 sur le regroupement familial) est de droit public et a même nature de ‘loi de police’.

Ce phénomène de *privatisation du droit public* représente un des moments de plus large ouverture d'un droit européen à l'institution polygamique; il résulte d'une attitude juridique et philosophique qu'on pourrait qualifier de *pragmatisme libéral*, qui fait passer l'intérêt concret manifesté par les sujets privés dans le cas d'espèce avant l'intérêt de l'Etat. Cette attitude, comme on verra par la suite (6.3.), sera complètement renversée en France même, dans la première moitié des années quatre-vingt-dix, lorsque le droit public de l'immigration réimposera sa logique territorialiste dans la réglementation de l'immigration familiale.

³⁶⁵L'inversion de cette orientation jurisprudentielle, imposée par le législateur en 1993, sera traitée au paragraphe 6.3.

³⁶⁶Conseil d'Etat, *Montcho*, 11 juillet 1980, in RCDIP, 1981, p.658, note Bischoff. L'arrêt rejetait le recours présenté par le ministre de l'Intérieur contre un jugement par lequel le tribunal administratif de Versailles avait prononcé le sursis à l'exécution du refus de régularisation et de l'injonction à quitter le territoire français disposés par le préfet de l'Essonne à l'encontre de Mme Montcho, la deuxième femme d'un béninois bigame.

³⁶⁷Conseil d'Etat, *GISTI*, 8 décembre 1978, in Long et al., 1990.

La faveur de principe envers le regroupement familial polygamique montrée par la jurisprudence française n'a pas d'équivalents en Europe. Dans un panorama pauvre de décisions, où on n'arrive souvent pas à dégager des orientations nettes³⁶⁸, on peut cependant distinguer des positions de fermeture totale³⁶⁹ et des positions d'ouverture partielle et conditionnelle; ceci est le cas, par exemple, du *Bundesverwaltungsgericht* allemand, qui a accordé la protection de l'article 6 *Grundgesetz*³⁷⁰ à la famille polygamique, avec des effets limités aux rapports entre parents et enfants. Dans la synthèse faite par un commentateur:

"Art.6 Abs.1 GG spreche daher insofern für den von der Zweitehefrau gewünschten Aufenthalt in der BRepD, als diese Verfassungsnorm die Gemeinschaft der Zweitehefrau mit ihren minderjährigen ehelichen Kindern und zugleich auch die Gemeinschaft dieser Kinder mit ihrem im Bundesgebiet lebenden ehelichen Vater schütze. Andererseits sei von der Behörde aber auch zu berücksichtigen, dass die BRepD nicht alle Ausländer aufnehmen könne, die an einem längeren oder dauernden Aufenthalt im Bundesgebiet interessiert seien"³⁷¹.

³⁶⁸En Italie, par exemple, dans le seul cas qui semble avoir donné lieu à une décision judiciaire, le Tribunal administratif régional de l'Emilia-Romagna (ordonnance non publiée, 11 janvier 1989) a concédé le sursis à l'exécution de l'expulsion de la deuxième femme d'un ressortissant marocain qui, d'ailleurs, était entrée régulièrement en Italie avec un visa du consulat d'Italie à Rabat. Le procès n'est pas parvenu à une décision définitive sur l'admissibilité du regroupement familial polygamique car la régularisation disposée à la fin de l'année 1989 par le gouvernement italien (décret-loi n.416 du 30 décembre 1989, converti en loi n.39 du 28 février 1990) a permis à la femme marocaine en question de régulariser autonomement sa position de séjour en provoquant ainsi la suspension de la cause. Voir Pastore, 1993, pp.109-111. En l'absence d'autres orientations judiciaires, l'administration italienne soumet le regroupement familial à l'impératif monogamique; cf., par exemple, la circulaire du chef de la police du 7 octobre 1988 (N.559/443/186378/5/11/3/1/2/1 Div.) qui dispose que "a prescindere da quelle che possono essere le norme di alcuni Paesi stranieri al riguardo, il diritto al ricongiungimento per il coniuge va riconosciuto ad una sola persona stante il divieto nel nostro ordinamento della poligamia". On voit bien qu'on est très loin de la *privatisation du droit public* dont on a parlé à propos de l'arrêt Montcho du Conseil d'Etat français.

³⁶⁹Comme semble être celle du Conseil d'Etat belge, 7^e Ch., 20 janvier 1983, n°22867, in *Revue de droit des étrangers*, 1986, p.6. C'est aussi le cas en droit anglais, depuis l'*Immigration Act 1988* (section 2).

³⁷⁰On rappelle ici que ce même article a eu un impact important sur le droit international privé allemand, à partir de la décision historique du *Bundesverfassungsgericht* du 4 mai 1971, qui jugea en contraste avec la liberté du mariage garantie par l'article 6 GG le refus des autorités allemandes d'accorder la dispense de certificat de capacité matrimoniale au demandeur espagnol, dont le droit national ne reconnaissait pas le divorce. Une traduction en français de la décision se trouve dans RCDIP, 1974, p.57.

³⁷¹BVerwG, 30 avril 1985, in IPRax, 1985, note D.H., p.351.

La protection constitutionnelle du droit des enfants issus d'une union polygamique à vivre avec leurs parents (et vice versa) n'est donc pas absolue, mais elle doit être conciliée avec l'intérêt étatique à la réglementation des flux migratoires et c'est l'administration qui reste arbitre de cet équilibre. L'absence presque totale de décisions ne permet pas d'évaluer comment ce pouvoir discrétionnaire a été concrètement exercé³⁷².

5.2.11. Le regroupement familial n'étant pas la seule modalité d'accès à l'espace européen pour une femme étrangère, un certain nombre de ménages polygamiques s'est constitué même dans les pays qui ont toujours maintenu la barrière de l'ordre public contre l'admission de plus d'une épouse légitime. Les demandes issues de ces ménages (surtout des femmes), finalisées à la reconnaissance de l'un ou de l'autre des nombreux effets qui découlent de l'union légitime ont donné lieu, dans la plupart des pays d'Europe, à une catégorie de jugements fondés sur la résolution préalable de la question de la validité et de l'efficacité du mariage polygamique à l'intérieur d'ordres juridiques formellement monogamiques.

La technique d'argumentation utilisée dans ce genre de cas par les juges européens a généralement été centrée sur une *application selective de l'ordre public*, dont l'intensité a été modulée sur la base des circonstances concrètes de l'espèce et de ses liens concrets avec l'ordre juridique et social du for, pour accueillir ou rejeter la demande fondée sur l'existence de l'union polygamique. On ne s'arrêtera pas ici sur l'analyse des variantes nationales de cette technique judiciaire³⁷³ et on se limitera donc à quelques considérations sur les résultats de ce processus de réception selective.

Il faut distinguer, à ce propos, entre trois catégories d'effets du mariage: a) les effets d'ordre patrimonial qui se produisent entre sujets privés; b) les effets personnels,

³⁷²On citera cependant la décision du *Oberverwaltungsgericht* Nordrhein-Westfalen du 7 mars 1985 (in IPRax, 1985, p.351), qui, dans un cas où il n'y avait pas d'enfants mineurs intéressés, n'accorde pas la protection de l'article 6 *Grundgesetz* et considère donc légitime le refus de regroupement familial opposé à l'union polygamique unissant une pakistanaise et un pakistanaise naturalisé allemand.

³⁷³L'étude de la jurisprudence en matière d'*exequatur* des répudiations intervenues à l'étranger (5.4.) sera en effet le lieu le plus approprié (surtout à cause de la plus grande richesse de décisions, qui permet de formuler des hypothèses moins hasardées) pour esquisser une analyse comparative focalisée sur la technique de l'"ordre public atténué" (dominante en France) et sur celle dite de l'*Inlandsbeziehung*, développée surtout par la jurisprudence allemande.

à l'intérieur de la même sphère et c) les effets qui se produisent dans le domaine du droit public, en particulier sous forme de prétentions envers l'Etat.

a) Un des premiers exemples, en époque post-coloniale, de reconnaissance d'effets au mariage polygamique par un juge européen semble être représenté par le premier *arrêt Chemouni* de la Cour de cassation française³⁷⁴; la Cour y reprend sans variations la formule de l'*arrêt Rivière* en matière d'effet atténué de l'ordre public³⁷⁵ et, sur cette base, elle admet la deuxième femme d'un juif tunisien polygame à exiger de son mari la participation aux charges du ménage; "en quoi pourrait-on être choqué - observe Roger Jambu-Merlin - par le fait qu'un individu va être obligé d'accomplir un devoir d'humanité?".

Dans les années qui suivent, la jurisprudence française - après quelques hésitations³⁷⁶ - élargit le champ d'application de la 'solution Chemouni' au domaine des successions³⁷⁷, même dans le cas où la deuxième femme possède la nationalité française³⁷⁸. Face à cette dernière décision, beaucoup d'auteurs commencent à avoir l'impression que la logique de l'effet atténué soit en quelque mesure sortie du contrôle des juges; Yves Lequette lance le cri d'alarme:

"il est permis de s'interroger sur l'opportunité d'accueillir en France les aspects les plus contestables de certaines institutions étrangères au moment même où, dans leur pays d'origine s'engage un débat sur leur légitimité. N'est-ce pas là contribuer, 'volens nolens', au rayonnement de l'intégrisme musulman? Seraient-ils si médiocres

³⁷⁴Cour de cassation, Civ., 28 janvier 1958, in RCDIP, 1958, p.110, note Jambu-Merlin. La Cour de cassation confirmera la substance de sa décision dans un deuxième arrêt qu'elle sera appelée à prononcer sur la même affaire (19 février 1963, in RCDIP, 1963, note G.H.).

³⁷⁵Dans l'*arrêt Rivière* (Cour de cassation, Civ., 17 avril 1953, in RCDIP, 1953, p.412, note Henri Batiffol), la Cour de cassation française énonçait la règle de l'"effet atténué de l'ordre public" dans sa version moderne (plus souple et inspirée à une logique différente par rapport à celle qui dominait auparavant; cf., là-dessus, Batiffol et Lagarde, 1993, p.580 et ss.) dans les termes suivants:

"la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français".

³⁷⁶Tribunal de grande instance de Paris, 17 juin 1972, in RCDIP, 1975, p.62, annotée critiquement de façon pénétrante par Ibrahim Fadlallah.

³⁷⁷"Des lors qu'il s'agit seulement de laisser acquérir des droits en France sur le fondement d'une situation créée sans fraude à l'étranger conformément à la loi compétente en vertu du droit international privé français, l'ordre public français ne s'oppose pas à ce qu'un mariage polygamique régulièrement contracté à l'étranger selon la loi personnelle des parties, produise en France des effets d'ordre successoral au bénéfice d'une seconde épouse et de ses enfants légitimes" (*Beneddouché*, Cour d'appel de Paris, 22 février 1978, in RCDIP, 1978, p.507, note Batiffol; Cour de cassation, Civ., 3 janvier 1980, in RCDIP, 1980, p.331, note Batiffol).

³⁷⁸Cour d'appel de Paris, 8 novembre 1983, in RCDIP, 1984, p.476, note Lequette.

et méprisables ces fondements de la société civile française qu'ils doivent toujours s'effacer devant le fondamentalisme islamique?"

En dehors du plus riche contexte français, on rencontre une décision intéressante en matière d'effets patrimoniaux de l'union polygamique dans les chroniques judiciaires belges: en 1970, la Cour d'appel de Liège reconnaît aux deux veuves d'un ressortissant marocain mort dans un accident de voiture le droit à la réparation du dommage³⁷⁹. Après avoir déclaré que "l'effet qu'il est demandé à la loi marocaine de produire - la reconnaissance à une veuve du droit de se prévaloir de l'article 1382 du Code civil [responsabilité civile non contractuelle] - n'est pas, envisagé en lui-même, destructif de notre ordre social et, partant, de notre ordre public", les juges liégeois abordent un 'deuxième niveau' du contrôle de conformité de la loi étrangère à l'ordre public:

"le choix à faire entre deux législations doit être guidé par la hiérarchie qui doit être établie entre les exigences de l'ordre public de chacune d'elles, en l'espèce, d'une part, une considération générale de politique sociale (la prohibition de la polygamie) et, d'autre part, une considération particulière d'équité privée (le droit d'une épouse à recevoir l'indemnisation du préjudice résultant de la mort de son mari");

et, dans ce balancement entre un intérêt de nature abstraite et un autre bien plus concret, c'est le deuxième qui prévaut.

b) Sur le terrain des effets personnels du mariage, les quelques jugements épars qui existent semblent indiquer une tendance à la reconnaissance du mariage polygamique finalisée à assurer le statut d'enfants légitimes même aux fils des femmes qui suivent la première³⁸⁰.

D'autres effets de nature personnelle, en revanche, sont habituellement exclus. En France, par exemple, on admet depuis longtemps l'existence d'une "limite [...] des

³⁷⁹Cour d'appel de Liège, 23 avril 1970, in RCDIP, 1975, p.55, (1^e espèce: *Dame Oum Keltoum*), note Graulich.

³⁸⁰En Allemagne, voir p.e. la décision déjà citée (5.2.8.) du *Landgericht* de Frankfurt am Main, qui dispose essentiellement que "ein in Deutschland geborenes Kind kann nicht deshalb als nichtehelich behandelt werden, weil die nach dem Heimatrecht der Eltern wirksam geschlossene Mehrfachehe eines Ehepartners dem in Deutschland geltenden Grundsatz der Monogamie widerspricht" (LG Frankfurt/M, 12 janvier 1976, in FamRZ, 1976, p.217).

En Suisse, on signale un avis de l'Office fédéral de la justice (9 novembre 1981, Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, 45, 1981, pp.408-418, cité par Aldeeb Abu-Sahlieh, 1992, p.61) qui souhaite que "la solution qui sera finalement retenue à l'égard des mariages polygamiques de conjoints étrangers domiciliés ou résidant permette aux enfants de la seconde épouse également, même nés en Suisse, de ne pas avoir le statut d'enfant nés hors mariage".

effets d'une polygamie aux rapports patrimoniaux à l'exclusion éventuellement de rapports personnels, telle que l'obligation de cohabitation polygamique³⁸¹. Cette limite semble avoir été renforcée depuis qu'en 1987 la cour suprême a affirmé, de façon tout à fait générale, que "les règles relatives aux devoirs et aux droits respectifs des époux énoncées par les articles 212 et suivants du code civil sont d'application territoriale"³⁸².

A propos de cette dernière solution, il faut remarquer que la territorialisation des rapports personnels - bien qu'inspirée à des finalités de protection de la femme et de promotion de l'égalité des conjoints - pourrait, dans le cas particulier d'un ménage polygamique, priver les épouses de certaines garanties spécifiques que les droits de dérivation coranique parfois leur offrent; c'est le cas, par exemple, de la *Moudawwana* marocaine, qui insère, parmi les "droits de l'épouse à l'égard de son mari", "l'égalité de traitement avec les autres épouses, en cas de polygamie" (art.35).

c) Dans le domaine vaste et complexe des droits sociaux, l'hétérogénéité du traitement du mariage polygamique à l'échelle européenne semble confirmée. A un extrême, on constate le refus opposé par la France³⁸³ à toute revendication de couverture assurancielle multiple, depuis que, en 1973, la Chambre sociale de la Cour de Cassation jugeait que:

"le premier mariage d'un Algérien n'étant pas dissous, ses deux épouses vivant en France et des prestations ayant été versées à la première d'entre elles, la seconde épouse ne peut ouvrir droit aux prestations sollicitées, quels que fussent le statut personnel de l'assuré et sa situation matrimoniale"³⁸⁴.

Le refus net, qui a toujours été confirmé depuis lors, n'est pas inspiré par des considérations de nature morale, mais exclusivement par un 'ordre public budgétaire' (qui ne se trouve cependant pas invoqué en tant que tel) dont le fonctionnement apparaît rigoureusement objectif et *amoral*. Dès le début des années cinquante, en effet, il est établi que l'administration prend en compte la première épouse qui réclame des droits, et non celle qui

³⁸¹Une telle limite était déjà clairement identifiée en 1978 par Henri Batiffol (note à Cour d'appel de Paris, 22 février 1978, in RCDIP, 1978, p.513), qui faisait en particulier référence à Trib.Versailles, 31 mars 1965, in Gaz.Pal., 1965, 2, p.878.

³⁸²Cour de cassation, Civ., 20 octobre 1987, in RCDIP, 1988, p.540, note Lequette.

³⁸³Cf.: Moneger, 1987; Sayn, 1988.

³⁸⁴Cour de cassation, Soc., 1 mars 1973, in RCDIP, 1975, p.54, note Graulich.

a été mariée la première ou celle dont le besoin serait plus urgent³⁸⁵. La nature pragmatique et non 'moraliste' de cette règle de priorité a été confirmée par sa flexibilisation successive: une lettre ministérielle du 5 août 1965 précise que l'épouse non assistée peut succéder à la première bénéficiaire si celle-ci devient affiliée à titre personnel. La même logique flexible inspire une décision récente de la Cour de cassation qui admet la deuxième épouse d'un Algérien au bénéfice de l'assurance maladie et maternité, même si des prestations avaient déjà été obtenues par la première femme, du moment que la deuxième épouse était la seule "résidant en France auprès de lui, l'autre étant repartie définitivement en Algérie"³⁸⁶.

La simple règle mise à point par la pratique administrative et approuvée par la jurisprudence ("une femme à la fois"), tout à fait raisonnable au premier regard, montre cependant des limites évidentes lors d'un examen plus attentif, conduit du point de vue systématique³⁸⁷. En particulier, l'exclusion des épouses 'en excédent' des bénéfices des droits sociaux apparaît difficile à justifier dans le cadre d'un ordre juridique qui accorde une protection sociale de plus en plus complète au concubin/e à la charge, même si il/elle se trouve en concurrence avec un conjoint légitime³⁸⁸. La différence de traitement engendre des paradoxes éclatants:

³⁸⁵Lettres ministérielles, 28 février 1957, 28 juin 1957, 27 août 1984; avis du Conseil d'Etat, 3 avril 1951. Cf. Jean Déprez, note à Cour de cassation, Soc., 8 mars 1990, in RCDIP, 1991, p.697.

³⁸⁶Cour de cassation, Soc., 8 mars 1990, in RCDIP, 1991, p.694, note Déprez.

³⁸⁷Outre que des critiques d'ordre strictement juridique, la solution française soulève des doutes quant à son efficacité pratique. En effet, la seule enquête anthropologique spécifique dont on soit à connaissance montre que la protection sociale partielle de la famille polygamique par l'Etat est à l'origine de *stratégies compensatoires* mises en place par les sujets intéressés:

"Une telle situation [celle française, où l'assurance sociale n'est reconnue qu'à une des femmes du ménage polygamique, tandis que les prestations familiales sont fournies pour tous les enfants du noyau familial] donne lieu, comme on l'imagine, à toutes sortes d'astuces, bien connues par les professionnels de la santé. Certains hommes choisissent de trouver un travail salarié à l'une de leurs épouses afin qu'elle puisse bénéficier de la sécurité sociale, et de déclarer la seconde comme leur conjointe légitime, sans profession, en vue de la faire bénéficier, au titre d'ayant droit, de leur protection sociale personnelle. D'autres, qui répugnent à laisser travailler leur épouse ou qui ne parviennent pas à lui trouver d'emploi, choisissent de faire pratiquer les soins nécessaires à leur deuxième sous le nom de la première, toutes deux étant alors enregistrées sous une identité et une immatriculation uniques, mais soignées dans des établissements différents" (Fainzang et Journet, 1988, p.84).

Il nous semble, cependant, que la recherche d'un travail pour l'une des deux épouses et la fausse identité ne puissent être mises sur le même plan avec la nonchalance que montrent les deux anthropologues, en qualifiant au même titre les deux comportements d'"astuces".

³⁸⁸En France, c'est la loi du 2 janvier 1978 qui accorde la qualité d'ayant droit à l'assurance sociale à une personne vivant maritalement avec un assuré à titre principal. La circulaire d'application n°794/78 du 4 octobre 1978 a ensuite établi que la position du conjoint légitime et celle du concubin/e peuvent se cumuler.

“Si ce n’était que les relations hors mariage sont sévèrement condamnées par l’Islam, le musulman qui adjoindrait à sa première épouse une simple ‘compagne’ trouverait là un moyen simple de contourner l’actuelle prohibition, se prévalant d’une situation analogue à celle de l’assuré monogame admis à garantir simultanément sa femme et sa concubine. Mais peut-être l’accuserait-on de fraude!”³⁸⁹.

La rigueur française se trouve atténuée en d’autres pays, comme la Belgique, qui a stipulé des conventions avec l’Algérie, le Maroc et la Tunisie, où il est prévu, par exemple, que la pension de survie du mari polygame décédé soit partagée entre les épouses survivantes³⁹⁰. Mais il faut souligner que ces solutions conventionnelles - résidu d’une phase politique désormais révolue - sont loin de satisfaire les exigences actuelles:

“à l’usage’ certains dysfonctionnements, certaines lacunes se sont révélés. La pratique administrative a essayé d’y apporter des solutions pragmatiques, mais pas toujours très juridiques. C’est à la lumière de cette expérience acquise, que seul le temps pouvait apporter, que les conventions devraient être revues. Mais cela sera difficile, car l’optique de la partie belge a beaucoup évolué. Il ne s’agit plus d’attirer une main-d’oeuvre étrangère en lui faisant miroiter une excellente couverture sociale, mais de réprimer les abus, de faire des économies et peut-être d’amorcer une politique de retour. Vu la conjoncture, toute révision ne pourra s’entendre que dans le sens de la restriction des droits reconnus aux migrants. Dans ce cadre, on voit mal la Turquie, le Maroc, la Tunisie ou l’Algérie s’asseoir à la table de négociation” (Gautiers, 1989, p.50).

Pour enrichir un tableau comparatif - qui restera cependant incomplet à cause de la pénurie de décisions en matière³⁹¹ - il faut signaler le cas de l’Allemagne où, selon Omaia Elwan, “contrairement à la solution française qui considère que seule la première femme est autorisée à bénéficier de la sécurité sociale, le droit allemand ne soulève aucune objection d’ordre public à l’encontre de la participation de la deuxième

³⁸⁹Jean Deprez, note à Cour de cassation, Soc., 8 mars 1990, in RCDIP, 1991, p.701.

³⁹⁰Cf. Gautiers, in Carlier et Verwilghen, 1989, p.49.

³⁹¹L’intérêt de la comparaison dans ce domaine, d’ailleurs, est d’abord qualitatif, dans le sens que c’est surtout l’argumentation utilisée pour accueillir ou rejeter l’institution polygamique qui attire notre attention. En revanche, la potentialité descriptive de la méthode comparative sur le plan quantitatif, en raison de la nature rare du phénomène, résulte fortement limitée.

femme et de ses enfants aux bénéficiaires de la sécurité sociale, ce qui présente une solution plus juste" (Elwan, 1992, p.333). La rareté des décisions judiciaires³⁹² fait cependant apparaître le jugement général fourni par le professeur de Heidelberg plus comme un souhait que comme une constatation.

5.2.12. Les éléments qu'on a recueilli jusqu'à présent nous permettent de suggérer une vue d'ensemble: l'union polygamique valablement formée à l'étranger est traitée par les droits européens comme une institution 'à géométrie variable', dont les effets sont admis ou pas, selon les logiques particulières de chaque branche du droit ou même de chaque jugement. Cette variabilité n'est pourtant pas absolue et fortuite: par-dessus les différences nationales, on observe une tendance générale à reconnaître assez largement les effets d'ordre privé de ce genre d'unions, alors que l'attitude adoptée apparaît beaucoup plus prudente à l'égard des effets d'ordre public. En d'autres termes - en considérant le mariage, même si polygamique, comme un fait qui fait surgir un réseau complexe d'obligations et de liens de solidarité - il semble que les juges tendent à faire valoir, parmi ces obligations et ces liens, ceux qui reposent sur les parties privées (en particulier sur le mari) et à ignorer ceux qui pourraient engager l'Etat (soit en tant que gardien des frontières, soit en tant que dispensateur de providences).

La vague de reconnaissances des effets privés d'ordre patrimonial de l'union polygamique, qui naît historiquement de l'exigence de protéger les attentes légitimes des femmes qui suivent la première, va presque nécessairement au détriment de la première femme, laquelle devra partager des droits patrimoniaux (outre que sa vie affective), dont la consistance matérielle est souvent fort limitée. Ce n'est qu'en temps récents³⁹³ que les juges, habitués à considérer la situation polygamique dans la perspective de l'une des femmes 'adjointes', ont commencé à prendre conscience de cet 'effet secondaire', indésirable mais difficile à éviter, de la reconnaissance des unions postérieures, et qui

³⁹²On verra, par exemple, une décision du *Bundesfinanzgerichtshof* (6 décembre 1985, in NJW, 1986, p.2209), qui accorde les avantages d'impôts au ménage polygamique.

³⁹³Cf., cependant, Tribunal de grande instance de Versailles (*Dame Benammour*, 31 mars 1965, in JDI, 1966, p.97, note Ponsard), qui prononça à la demande de la première femme algérienne le divorce aux torts du mari, également algérien, en estimant que le deuxième mariage de celui-ci représentait une injure à l'égard de la première épouse. Les parties s'étaient mariées en 1960 en France, en optant en faveur du statut métropolitain monogamique. Le tribunal jugea que cette circonstance fondait une attente légitime de la première épouse, même si le mari était retourné à un statut polygamique après l'indépendance de l'Algérie.

apparaît particulièrement grave quand (on peut présumer que) la deuxième femme envisageait l'union comme monogamique³⁹⁴.

La délicate situation de conflit d'intérêts qui peut se produire dans ce genre de cas - si les femmes sont toutes les deux (ou plus) en bonne foi - a été affrontée récemment en France par la Cour de cassation³⁹⁵ dans un arrêt innovateur et discuté, fondé sur l'énonciation de principe que:

“sauf dispositions contraires, les conventions internationales réservent la contrariété à la conception française de l'ordre public international. [...] cette conception s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui [*dans l'espèce, un ressortissant algérien*] qui est encore l'époux d'une française produise ses effets à l'encontre de celle-ci”;

sur cette base, les juges ont jugée légitime l'éviction d'un article (art.29) de la Convention franco-algérienne du 19 janvier 1965 - dont les dispositions ont été reprises par la Convention signée le 1^{er} octobre 1980 (art.42) - qui prévoit explicitement que:

“en cas d'accident du travail suivi de mort et si, conformément à son statut civil, la victime avait plusieurs épouses, la rente due au conjoint survivant est répartie également et définitivement entre les épouses”.

La Cour de cassation a ainsi identifié dans la nationalité française de l'un des conjoints une *Inlandsbeziehung* significative, capable de faire varier l'intensité de l'exception d'ordre public, en conduisant au refus de reconnaître certains effets, autrement admis, d'une union polygamique.

La décision, importante en raison de l'attention inédite qu'elle adresse à la position de la première femme, impliquée dans une situation polygamique 'malgré elle', a soulevé cependant deux ordres de critiques. En premier lieu, on a justement mis en doute que la soumission du contenu d'un traité au contrôle de conformité à l'ordre public international soit compatible avec les principes fondamentaux du droit international (*pacta sunt servanda*), du moins lorsque la règle conventionnelle en question a caractère matériel, comme dans le cas en question (le partage de la rente

³⁹⁴Ceci est sans doute le cas quand la loi personnelle de la première femme n'admet pas la polygamie, surtout si le premier mariage a été célébré dans un pays qui également ne l'admet pas à titre originaire.

³⁹⁵Arrêt *Baaziz*, Civ., 6 juillet 1988, in RCDIP, 1989, p.71, note Lequette. La Cour de cassation s'était déjà prononcée sur la même affaire: Civ., 17 février 1982, in RCDIP, 1983, p.275, note Lequette

due au conjoint survivant). Mais surtout, les commentateurs se sont demandés si l'usage inhabituel de l'exception d'ordre public³⁹⁶ fait par la Cour de cassation soit l'instrument juste pour affronter le conflit d'intérêt qui se produit entre les coépouses. Au remède fondé sur le renforcement de l'exception d'ordre public lorsque la première femme a la nationalité du for on a essentiellement reproché son caractère incertain³⁹⁷ et discriminatoire³⁹⁸.

Les solutions suggérées par un courant doctrinal important³⁹⁹ pour obvier à ces inconvénients ont été partiellement accueillies dans une intéressante décision du Tribunal de grande instance de Paris qui - confronté à une poursuite pour bigamie entamée par une femme libanaise de confession chrétienne à l'encontre de son mari algérien (marié avec rite civil en France) qui s'était remarié en Algérie avec une compatriote - évaluait que:

"...la volonté présumée de Mustapha A., en se présentant devant l'officier d'état civil français en vue d'épouser une Libanaise de confession chrétienne, n'a pu être qu'un engagement fut-ce tacite, d'observer les conditions imposées par le code civil français, notamment le caractère monogamique du mariage.

³⁹⁶Yves Lequette, note à l'arrêt cité, p.74.

³⁹⁷Selon Hélène Gaudemet-Tallon (note in RCDIP, 1980, p.97) il s'agirait d'une méthode "entachée d'un relativisme et d'un subjectivisme" inacceptables.

³⁹⁸Car c'est une solution qui - comme le souligne Yves Lequette dans sa note au deuxième arrêt *Baaziz* - "ménage au seul conjoint français une protection aux contours incertains". *Contra*, Paul Lagarde, qui répond ainsi à ces perplexités:

"La crainte d'un risque de discrimination en cas d'utilisation du critère de nationalité en matière d'ordre public a parfois été exprimée, mais elle ne paraît pas fondée en la matière. Dès lors que le critère de la nationalité n'est pas considéré comme discriminatoire lorsqu'il est utilisé comme rattachement principal du statut personnel, il n'y a pas de raison de le traiter comme tel lorsqu'il intervient à titre subsidiaire, pour le fonctionnement de l'ordre public" (Batiffol et Lagarde, 1993, p.578).

Nous ne sommes pourtant pas convaincus que l'intervention à titre subsidiaire du critère de la nationalité soit effectivement équivalente à son intervention à titre principal; en effet, dans le premier cas, elle vaut à instaurer un *privilege de nationalité* qui n'existe pas dans le deuxième. Par exemple, l'empêchement bilatéral de bigamie qui rend nulle le mariage polygamique d'une française avec un étranger de statut polygamique ne réalise pas un véritable *privilege de nationalité*: en effet, la loi de la femme, prohibant la polygamie, prévaut en vertu de sa teneur concrète et non *a priori*.

³⁹⁹Dans le but de protéger la première épouse, plusieurs auteurs proposent de faire dériver un empêchement au deuxième mariage du caractère monogamique du premier, qui serait à son tour déterminé - selon différentes options - par la loi des effets du mariage (Fadlallah, 1977, p.186-187, nn°197-198) ou par la loi du lieu de célébration (Bischoff, 1983, en part.p.96). Lequette, dans la note au deuxième arrêt *Baaziz* suggère une troisième possibilité - intéressante parce qu'elle semble éviter le caractère hasardeux que peuvent avoir les rattachements proposés par Fadlallah et Bischoff: "Afin de modifier moins profondément le système existant, on pourrait également soutenir que l'empêchement devrait être non bilatéral mais trilatéral: l'union polygamique étant une relation à trois (ou plus), sa validité serait subordonnée à son admission par la loi personnelle de tous les intéressés, mari, deuxième épouse, mais aussi première épouse". Cf., en sens favorable, Gaudemet-Tallon, 1991, p.234.

lequel est d'ordre public; il convient au surplus d'observer que la situation serait identique, si la compétence de la loi du lieu de célébration était retenue, puisque dans cette hypothèse la loi française s'appliquerait nécessairement⁴⁰⁰.

C'est un mérite indiscutable de cette solution (dans toutes ses variantes), outre à sa prévisibilité, celui de fournir une protection partielle aussi à la première femme étrangère⁴⁰¹. Car il est certain que la polygamie peut résulter une 'surprise' désagréable pour la première femme également, même quand sa *lex patriae* en admet la possibilité. C'est ce que dénonce Jean Déprez quand il écrit que "...en l'état actuel, il suffit à l'homme de faire le voyage jusqu'au pays d'origine et d'en ramener une seconde épouse pour mettre la première devant le fait accompli. Les épouses des musulmans installés en France ne peuvent donc profiter de l'expatriation de la famille hors d'Islam pour espérer échapper à la menace de la polygamie" (Déprez, 1989, p.57). Il n'est pas encore clair, cependant, bien que cela soit souhaitable, si vraiment l'arrêt marque le début d'un mouvement jurisprudentiel plus vaste, comme semble le croire Pierre Gannagé:

"...dans le domaine de la polygamie [...] la détermination à la validité du deuxième mariage est de plus en plus fondée sur la recherche de la volonté des époux quant au type d'union qu'ils ont entendu contracter lors de la célébration du premier. L'application de la loi qui régit les effets de celui-ci le manifeste dans une certaine mesure, mais davantage et plus nettement encore celle de la loi du lieu de sa célébration, adoptée en Angleterre, ou celle aussi de l'autorité de cette célébration" (Gannagé, 1992, p.449).

On signale enfin une méthode de protection de la première femme alternative à la nullité du deuxième mariage et qui consiste, tout simplement, dans la faculté de divorce

⁴⁰⁰Tribunal de grande instance de Paris, 8 avril 1987, in RCDIP, 1988, p.73, note Y.L..

⁴⁰¹Quant à la position de la deuxième femme dont l'union est atteinte de nullité, la doctrine la plus avertie indique depuis longtemps (voir déjà, mais par voie d'analogie, Ibrahim Fadlallah, note à Tribunal de grande instance de Paris, 17 juin 1972, in RCDIP, 1975, p.62; plus récemment voir: Yves Lequette, note à Cour de cass., Civ., 6 juillet 1988, in RCDIP, 1989, p.80) la solution du *mariage putatif*, pour assurer à elle aussi une protection patrimoniale en cas de bonne foi. Car il est clair, comme le souligne avec force Déprez (note à Cour de cassation, Soc., 8 mars 1990, in RCDIP, 1991, p.708), que "il ne serait guère concevable de faire obstacle aux droits alimentaires des épouses suivantes lorsqu'ils préjudicent à la première. Outre qu'elle remettrait en cause la jurisprudence depuis longtemps établie sur le droit de toutes les épouses à réclamer des aliments, une telle solution pourrait aboutir à mettre à la charge de la collectivité les épouses privées de ressources. On peut d'ailleurs faire la même objection aux privations de rentes, d'indemnités ou d'héritage et il faut être conscient que le souci légitime de protéger les intérêts patrimoniaux de la première épouse française a son revers".

pour faute du mari accordée à la femme dans ce cas, qui est prévue explicitement par certaines lois, comme celle italienne de 1970 (n.898) à l'article 3, n.2, lettre e)⁴⁰²:

“Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi [...] nei casi in cui l'altro coniuge, cittadino straniero, ha [...] contratto all'estero nuovo matrimonio”.

Mais cette solution - intéressante surtout parce qu'elle semble s'harmoniser bien avec un courant de réformes législatives en cours dans plusieurs pays arabes qui définit la polygamie refusée par la première femme comme une cause légitime de divorce à sa demande (cf.5.2.5.) - nous conduit au thème de la loi applicable à la demande en divorce présentée dans l'Etat européen de résidence par le ressortissant d'un pays arabo-musulman.

5.3. Le 'droit au divorce' des femmes immigrées: les usages émancipatoires de la lex fori.

5.3.1. Les sociétés arabo-musulmanes connaissent traditionnellement un taux de divorce très haut. C'est une donnée de sociologie historique généralement expliquée à travers les exigences d'un peuple aux origines nomades et à la longue histoire d'expansion militaire. Le fort penchant social au divorce - qui s'appuie, du point de vue idéologique et théologique, sur une conception non sacralisée du mariage⁴⁰³ - a résisté jusqu'à nos jours, malgré une importante tradition religieuse défavorable⁴⁰⁴.

Ce n'est que depuis le deuxième après-guerre que, dans l'ensemble du monde arabe, on enregistre une inversion de tendance. En Egypte, par exemple, où on compte le plus haut pourcentage de divorces (judiciaires et par répudiation) parmi les pays arabes, mise à part la Lybie, ce taux diminue des 28,7 divorces pour 100 mariages enregistrés dans la période 1950-1954, aux 23,3 divorces de la période 1960-1964 et aux 19 divorces pour 100 mariages de l'année 1980⁴⁰⁵.

⁴⁰²Cf. Pocar, 1971, p.191.

⁴⁰³Le mariage musulman n'est pas un sacrement, bien qu'à la condition d'époux et à celle d'épouse soient liés des préceptes de caractère religieux.

⁴⁰⁴Selon un *hadith* (tradition formalisée relative à la vie et à l'enseignement du Prophète) célèbre, le divorce serait - parmi les comportements licites pour un musulman - le plus détestable.

⁴⁰⁵Données fournies par Fahmi, 1987, p.26.

La cause principale de cette baisse du nombre des divorces est probablement représentée par l'évolution des formes d'organisation familiale qui - avec l'effacement graduel de la 'grande famille' au profit de la famille nucléaire - rend plus traumatique la dissolution de l'union et tend par conséquent à la décourager. Mais il ne faut quand même pas négliger - pour expliquer le phénomène - l'influence des changements juridiques, qui suivent essentiellement deux directions: d'un côté, on assiste à l'élargissement des possibilités d'obtenir un divorce judiciaire pour la femme, de l'autre, on enregistre une tendance à la limitation et à la réglementation du pouvoir de répudiation reconnu à l'homme⁴⁰⁶.

Il est utile de s'arrêter brièvement sur ces deux tendances évolutives des droits arabo-musulmans en matière de dissolution du mariage, pour pouvoir s'approcher ensuite de façon plus correcte et réaliste aux problèmes du conflit entre ces mêmes droits et leurs homologues européens.

5.3.2. En droit musulman classique, "les motifs pour lesquels une femme peut demander la dissolution de son mariage par le *qadi* sont l'exercice de son droit de rescision lorsqu'elle devient majeure, l'impuissance du mari et, selon certains auteurs, sa folie ainsi que quelques graves maladies chroniques" (Schacht, 1983, pp.139-140).

Ce catalogue extrêmement limité des motifs légitimes de divorce judiciaire⁴⁰⁷ à l'initiative de la femme a été élargi par les législateurs musulmans modernes, en ayant essentiellement recours à la méthode éclectique⁴⁰⁸. En particulier, dans le vaste mouvement circulatoire de modèles juridiques activé par la volonté d'élargir la faculté féminine de divorce, un courant particulièrement intense s'est signalé à partir du Maghreb malékite vers le Moyen Orient, traditionnellement hanafite:

"Divorce, and in particular a wife's petition for dissolution of her marriage, is perhaps the outstanding example of a topic where reform was felt to be a

⁴⁰⁶En dépit de cette double évolution, et quoique le nombre des divorces judiciaires soit en lente augmentation, la grande majorité des dissolutions de mariage s'accomplit encore sous la forme du *talaq* (77,8% de l'ensemble des divorces en Egypte, en 1980: cf. Fahmi, 1987, p.27).

⁴⁰⁷Sur la remarquable variété des termes qui forment l'équivalent du concept occidental de divorce dans les codes des pays arabes, voir: Aluffi Beck-Peccoz, 1990, p.121, note 124.

⁴⁰⁸...sfruttando tutte le varianti proposte dalle diverse scuole giuridiche, essi [les législateurs arabes] ampliano al massimo l'elenco delle cause tipiche che possono fondare la domanda di divorzio" (Aluffi, 1990, p.123).

matter of particular urgency in Hanafi countries and where it could be effectively achieved by the method of 'selection'" (Coulson, 1964, p.185).

Aujourd'hui, après des décennies d'activisme législatif sur ce terrain, la grande majorité des législations prévoit une série de causes typiques de divorce, dont les principales sont la maladie grave du mari, son impuissance, l'inaccomplissement de l'obligation d'entretien de la femme [*nafaqa*], l'absence prolongée et les sévices. D'autres motifs spécifiques de divorce ne se retrouvent que dans certains ordres juridiques: c'est le cas, par exemple, de la polygamie survenue (cf.5.2.5.).

Mais, dans une perspective comparative, l'innovation la plus profonde dans le droit moderne du divorce en milieu arabo-musulman nous semble l'introduction de *causes non typiques de divorce*, identifiées avec des classes de comportements définis en termes génériques par le législateur, qu'il est la tâche successive du juge de spécifier, en les rapportant aux circonstances du cas d'espèce. La loi algérienne de 1984 fournit un exemple de telle technique normative là où elle ouvre à l'épouse la voie du divorce "pour tout préjudice légalement reconnu comme tel, notamment par les violations des dispositions contenues dans les articles 8 [*polygamie*] et 37 [*défaut d'entretien; discrimination entre épouses*]; pour toute faute immorale gravement répréhensible établie" (art.53, points 6° et 7°).

En quelques pays⁴⁰⁹, enfin, si le préjudice dénoncé par l'épouse ne parvient pas à être prouvé et l'épouse insiste à demander le divorce, le juge désigne deux arbitres, qui essaieront de réconcilier les conjoints; si la tentative n'a pas de succès, le juge tranchera le litige en tenant-d'abord compte de l'opinion des mêmes arbitres⁴¹⁰. Plusieurs auteurs ont vu dans cette particulière procédure un équivalent du divorce pour mésentente conjugale admis par la majorité des droits européens.

L'importance croissante du divorce judiciaire ne doit pas nous tromper sur sa diffusion sociale. Le *talaq* reste le mode de dissolution du mariage le plus répandu, tandis que le recours au juge - encore socialement reproché - n'est conçu que comme *extrema ratio*. Hoda Fahmi, auteur d'une des rares études conduites 'sur le terrain'

⁴⁰⁹Egypte (art.6-11 décret-loi n°25 de 1929, avec les modifications apportées par l'art.3 de la loi n°44 de 1979); Maroc (art.56, points 1° et 2°, Moudawwana); Algérie (art.56 loi n°84-11 de 1984).

⁴¹⁰En Syrie, selon les données fournies par le Central Bureau of Statistics de Damas (cité par Botiveau, 1993, p.209), ce genre de divorce 'pour incompatibilité' aurait représenté - dans la période 1978-1982 - le cas le plus fréquent de divorce judiciaire (pres de 80% du total).

relativement à la pratique du divorce judiciaire dans le monde arabe contemporain⁴¹¹, nous rapporte que:

“[Les femmes interviewées] déclarent avoir auparavant tout essayé, soit pour aboutir à une réconciliation ‘à l’amiable’ avec lui, soit pour convaincre celui-ci de les répudier, ce qui permet d’éviter les longues et pénibles démarches administratives et autres, du divorce. La répudiation a en effet au moins l’avantage d’économiser l’argent, le temps et l’énergie des ex-conjoints. Cependant, la plupart du temps, déclarent les femmes interrogées, les maris refusent de répudier leur épouse lorsque c’est celle-ci qui le leur demande” (Fahmi, 1987, p.11).

5.3.3. L’émigration vers l’Europe projette les femmes arabes dans un univers normatif différent de celui du départ. En particulier, pour ce qui nous concerne ici, le nouveau milieu juridique se caractérise par une plus vaste étendue des facultés de divorce reconnue à la femme et par un accès égalitaire aux procédures relatives. Cette circonstance, associée aux tensions que les difficiles conditions de vie de la majorité des immigrés engendrent à l’intérieur des familles, produit une vague de demandes en divorce à l’initiative de la femme, qui n’avaient pas l’occasion (ou la possibilité) de se manifester dans le pays d’origine.

La question qui est ainsi posée aux droits des pays d’accueil correspond à un problème classique de la politique législative en matière familiale: il s’agit de décider - au double niveau de la compétence judiciaire et de la compétence législative - en quelle mesure ouvrir la voie du divorce à des étrangers dont la loi personnelle ne connaît pas cette institution ou bien (comme dans le cas des femmes originaires de pays arabes) elle en circonscrit l’utilisation à une série limitée de situations.

Dans les années où le problème se manifestait essentiellement dans les relations entre les pays d’immigration de l’Europe centrale et septentrionale, favorables au divorce, et les pays d’émigration de l’Europe méditerranéenne, encore attachés au dogme de l’indissolubilité du mariage, les solutions adoptées avaient été timides. A cet égard, le texte de la loi belge du 27 juin 1960⁴¹² est exemplaire:

⁴¹¹Il s’agit d’une enquête de terrain menée au tribunal du statut personnel du Shubrah (Le Caire), d’octobre 1982 à avril 1983.

⁴¹²Moniteur belge, 9 juillet 1960, p.5281.

“Art.1: Dans le cas de mariage entre étrangers, l’admissibilité du divorce pour cause déterminée est régie par la loi belge, à moins que la loi nationale de l’époux demandeur ne s’y oppose.

Art.2: Dans le cas de mariage entre époux de nationalité différente mais dont l’un est belge, l’admissibilité du divorce est régie par la loi belge.

Art.3: La détermination des causes du divorce relève de la loi belge”.

On voit bien que, à une attitude franchement territorialiste en matière de divorce des couples mixtes (cf.4.4.), en correspond une plus prudente et respectueuse des équilibres internationaux en matière de couples étrangers, qui conduisait *de facto* à nier la possibilité du divorce aux ménages immigrés provenant d’Italie ou d’Espagne.

Depuis une vingtaine d’années au moins, l’impact avec l’immigration musulmane et le droit matériel de la famille dont elle est le véhicule - associé à l’harmonisation des règles en matière de divorce à l’échelle européenne - a poussé un certain nombre d’Etats d’immigration à adopter des solutions plus ‘courageuses’ caractérisées - sur le plan de la compétence législative⁴¹³ - par une *territorialisation* plus ou moins radicale du droit de la dissolution du mariage⁴¹⁴.

⁴¹³Quant à la compétence judiciaire en matière de divorce international, on se limite à mettre en évidence une tendance constante à son élargissement. En particulier, dans les interventions législatives les plus récentes en matière, on remarque que le domicile ou la résidence qualifiée du demandeur s’ajoutent au domicile ou à la résidence du défendeur (solution plus traditionnelle) comme critères d’attribution de la compétence judiciaire aux juges du for. Ceci est, par exemple, le cas dans la loi suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989) qui, à son article 59, établit:

“Sont compétents pour connaître une action en divorce ou en séparation de corps:

- a) les tribunaux suisses du domicile de l’époux défendeur
- b) les tribunaux suisses du domicile de l’époux demandeur, si celui-ci réside en Suisse depuis une année ou est suisse”.

Une solution analogue (12 mois de résidence d’un des époux étrangers dans le pays) est adoptée par l’article 814 du nouveau Code de procédure civile néerlandais (1993).

Le ‘seuil’ d’un an de résidence semble en train de devenir un terme de référence en Europe. On rappellera, à ce propos, que cette durée de résidence est également choisie comme critère par la jurisprudence anglaise: cf. la *rule 77* énoncée par Dicey et Morris: “English courts have jurisdiction to entertain proceedings for divorce or judicial separation if (and only if) either of the parties to the marriage a) is domiciled in England on the date when the proceedings are begun, or b) was habitually resident in England throughout the period of one year ending with that date” (Collins, 1993, p.712).

Des solutions différentes cependant survivent: la nouvelle loi italienne sur le droit international privé (n°218 du 31 mai 1995) prévoit, par exemple, que “In materia di nullità e di annullamento del matrimonio, di separazione personale e di scioglimento del matrimonio, la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dall’articolo 3 [essentiellement que le défendeur soit domicilié ou résidant en Italie], anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia” (art.32).

⁴¹⁴La potentialité ‘émancipatoire’ de la conversion à la *lex fori*, dans les cas qu’on va illustrer ci-dessus, est d’autant plus intense que les obligations alimentaires entre époux divorcés sont généralement soumises à la même loi qui régit les causes du divorce, en accord d’ailleurs avec la

5.3.4. Mis à part le cas anglais, où la territorialité du droit du divorce appartient à la tradition⁴¹⁵, le premier pays européen qui s'oriente en cette direction pour répondre aux sollicitations nouvelles produites par l'immigration est la France.

Il y a longtemps, en vérité, que la jurisprudence française de droit international privé avait créée les premières ouvertures dans la 'cage' d'une loi personnelle étrangère ne connaissant pas le divorce: dès 1947, en effet, la Cour de cassation tient la loi française pour applicable à la demande en divorce ayant pour objet un mariage célébré civilement en France, dont la validité n'est pas reconnue par la loi personnelle des époux, laquelle aurait exigé une célébration religieuse⁴¹⁶. Mais, à part ce cas extrême, le 'droit au divorce' pour le non-national⁴¹⁷ - et, en particulier, pour la *femme* étrangère - n'était reconnu que dans une série fort limitée de cas⁴¹⁸.

Un tel droit fait soudain irruption - d'une manière éclatante et pourtant ambiguë - dans l'ordre juridique français avec la loi du 11 juillet 1975 "portant réforme du divorce", et précisément à travers l'article unique du chapitre V ("Du conflit des lois relatives au divorce et à la séparation de corps") que la loi ajoute au Titre VI du Livre premier du Code civil:

"Art.310: Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française:

-lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française;

-lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français;

Convention de La Haye du 2 octobre 1973 (cf. Batiffol et Lagarde, 1983, t.II, n°454) qui s'applique - il faut le rappeler - même dans les rapports avec les Etats non contractants (art.3).

⁴¹⁵"The question of choice of law has never been prominent in the English rules of the conflict of laws relating to divorce or judicial separation, which have always been treated as primarily jurisdictional questions. [...] when English courts have themselves assumed jurisdiction, they have never applied any other divorce law than that of England" (Collins, 1993, p.720). Voir, ci-dessus (5.3.4.) les règles fondamentales de compétence judiciaire des juges anglais.

⁴¹⁶Arrêt *Ghartas*, in RCDIP, 1947, p.444, note Niboyet.

⁴¹⁷Pour le ressortissant français, au contraire, la faculté de divorcer n'a jamais été sacrifiée, même quand la loi étrangère éventuellement applicable était prohibitive: cf. Cour de cassation, Civ., 1er avril 1981, in JDI, 1981, p.812, note Alexandre. L'esprit de l'arrêt *Ferrari* (6 juillet 1922, RCDIP, 1922, p.444, note Pillet; cf.4.4.) a survécu à sa substance technique.

⁴¹⁸Voir, notamment, l'arrêt *Patiño* (Cour Cass., Civ., 15 mai 1963, in JDI, 1963, p.1016, note Malauric; RCDIP, 1964, p.532, note Lagarde).qui décréta l'application de la loi française à une espèce où la combinaison de la loi espagnole et de la loi bolivienne excluait autant le divorce que la séparation de corps. Voir aussi Cour d'appel de Paris, 28 juin 1973 (in JDI 1974, p.121, note Kahn) qui déclare contraire à l'ordre public la loi camerounaise qui "ne prévoit pas que la femme puisse faire état, à l'appui d'une demande en divorce, des relations adultères du mari", tandis qu'elle accorde la même faculté au mari dans le cas inverse. A différence que dans l'arrêt *Patiño*, la valeur juridique affirmée ici n'est pas la dissolubilité du mariage, mais l'égalité des époux dans la rupture du mariage.

-lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps”.

La norme - qui tombe comme un éclair sur la communauté scientifique en provoquant une série de réactions fortement critiques - a une structure complexe; on ne va considérer ici que sa deuxième hypothèse d'applicabilité de la loi française (époux domiciliés en France). La généalogie et les objectifs de cette partie de la norme furent illustrés ainsi à l'Assemblée nationale par son 'père spirituel', Jean Foyer, ancien ministre de la Justice, président de la Commission des lois de la même Assemblée et auteur de l'amendement qui constitua la base de l'article:

“La jurisprudence a décidé d'appliquer la loi française aux époux qui ont leur domicile ou leur résidence sur le territoire français, mais à condition qu'ils soient de nationalité différente [*arrêt Rivière*]. Je propose de maintenir cette solution en faisant un petit pas de plus. La jurisprudence, en effet, estime impossible d'écarter la loi nationale commune lorsque les deux époux ont la même nationalité. Cette solution est incommode. Or les ménages d'immigrés dont le mari et la femme ont la même nationalité sont de plus en plus nombreux, et il serait beaucoup plus pratique et plus réaliste d'appliquer la loi française qui est la loi du lieu où ils sont désormais fixés et où probablement ils ne cesseront pas de résider⁴¹⁹. En outre, dans de nombreux cas, cette loi deviendra leur propre loi, puisque nombre d'entre eux, à un moment ou à un autre de leur existence, deviendront français par application du code de la nationalité que le Parlement a réformé en 1972”⁴²⁰.

⁴¹⁹Aux 'impressions sociologiques' de Jean Foyer, Phocion Francescakis a opposé les siennes:

“...dans les sociétés industrielles européennes et dans la société française notamment, ceux qui constituent aujourd'hui le gros de la population étrangère, les travailleurs 'migrants', ne sont pas les travailleurs 'immigrés' d'entre les deux guerres. Les moyens de communications, leurs ressources financières, les congés payés, leur permettent, même s'ils s'établissent en France avec femme et enfants, de garder le contact avec leur milieu d'origine. Nombreux sont donc ceux qui conservent, non seulement ce qu'on appelait jadis l'"esprit de retour" mais aussi leur enracinement dans la famille au sens large, restée encore plus ou moins vivace selon les pays (que l'on songe par exemple aux Africains)” (Francescakis, 1975, p.581).

Dans cette confrontation entre des représentations un peu abstraites du futur de l'immigration en France, les deux illustres auteurs ne tiennent pas compte du fait - qui nous semble aujourd'hui évident - qu'à l'intérieur des communautés immigrées il peut y avoir des degrés différents d'adaptation aux valeurs juridiques du pays d'accueil; dans le domaine du droit du divorce, en particulier, cette 'disparité d'assimilation juridique' subsiste souvent entre les deux conjoints, dont l'un (normalement l'homme) est plus attaché au droit du pays d'origine, l'autre (normalement la femme) se montre au contraire plus disponible envers le droit du pays d'accueil.

⁴²⁰Jean Foyer, in *Journal Officiel - Débats parlementaires - Assemblée Nationale*, 1975, juin, I, p.3630. Nous ne citons que la partie de l'intervention de M.Foyer qui concerne notre sujet, c'est-à-dire le divorce de couples étrangers mononationaux.

La règle de l'article 310, n°2, est donc présentée comme un remède spécifique aux situations créées par l'immigration, sans pourtant qu'il soit faite mention des problèmes spécifiques liés à la teneur matérielle des droits de la famille de l'aire arabo-musulmane, qui apparaissent pourtant ceux immédiatement visés. Tout argument de *justice matérielle* (par exemple, justement, l'idée d'un 'droit au divorce') est absent de la présentation de la règle faite par son auteur, qui insiste en revanche sur les aspects de *justice conflictuelle*, en mettant en forte évidence l'intensité (présumée) du lien des ménages étrangers en question avec la loi du for. Il est remarquable en outre l'effort de M.Jean Foyer de présenter la nouvelle règle relative au divorce des couples étrangers comme une extension ("un petit pas de plus"), presque un perfectionnement de la solution *Rivière*⁴²¹, dont la solution adoptée apparaît plutôt comme le renversement.

Cette présentation discutable du contenu de la nouvelle norme a sans doute contribué à la diffusion - dans le milieu doctrinal - de l'interprétation de la réforme comme une sorte de coup de main personnel du professeur Jean Foyer⁴²². Sans pouvoir se prononcer sur les fondements psychologiques d'une telle version des faits, on ne peut éviter, aujourd'hui, de privilégier une interprétation moins liée à la contingence pour une adresse législative qui a quand même résisté pendant vingt ans. Il faut rappeler, en effet, qu'il existait un consensus politique à la base du revirement en sens territorialiste et unilatéraliste: devant l'Assemblée Nationale, le garde des sceaux avait annoncé son avis favorable à l'amendement qui, d'après ses paroles, "permettra certainement de résoudre des

⁴²¹On ne peut nier que la 'solution Rivière' engendrait une différence de traitement difficile à justifier entre un couple d'étrangers domiciliés en France, mais ressortissants de deux différents pays qui interdisaient le divorce (dans ce cas, les époux avaient la possibilité de divorcer selon la loi française) et un couple étrangers domiciliés en France, mais ressortissants du même pays qui n'admettait pas le divorce (dans ce cas, au contraire, le divorce restait interdit). La voie la plus directe pour éliminer cette discrimination aurait été celle de substituer le domicile commun à la nationalité à titre de rattachement principal pour le divorce international. A ce propos, le 'père' du nouvel article 310, Jean Foyer, a affirmé que "une pareille solution, logiquement satisfaisante, a été écartée comme impossible politiquement. La France présente en effet la particularité d'être à la fois un pays d'immigration et un pays d'émigration", et, à propos des deux millions environ de Français établis à l'étranger, Foyer a ajouté que "le changement du rattachement de leur statut personnel à la loi française risquait d'être interprété comme une semi-dénaturalisation, et ressenti par les intéressés comme une injustice et plus encore comme une injure. On ne pouvait y songer" (Foyer, 1976, n°11). Il est cependant singulier qu'un argument de nature strictement politique recouvre une telle centralité dans le cadre d'une prise de position qui, par ailleurs (nn°21 et ss.), contient une défense théorique acharnée des choix unilatéralistes de l'auteur.

⁴²²Voir p.e.Francescakis (1975, p.558) qui explique la "surprenante" réforme par la conviction personnelle de M.Jean Foyer que "il pouvait bien avoir raison seul contre tous, qu'il n'y allait chez les spécialistes que de préjugés doctrinaux, que, juriste très écouté au Parlement, il était en droit et en mesure de faire passer dans la loi ses idées personnelles".

problèmes difficiles concernant les ménages d'immigrés et qui, jusqu'à présent, restaient en suspens⁴²³; par la suite, au Sénat, le rapporteur M.Jean Geoffroy avait affirmé sans hésitations que:

"Cette disposition sera utile pour les travailleurs étrangers vivant depuis longtemps en France. Elle sera utile également lorsque la loi étrangère est difficile à connaître et, par conséquent, à appliquer"⁴²⁴.

Dans une perspective désormais historique, il nous semble en somme indéniable que le nouvel article 310 ne fut pas un 'erreur de parcours' du droit international privé français, mais le résultat d'un choix conscient et précis de politique de l'immigration; de ce point de vue, la norme fut le produit typique d'une approche à la problématique migratoire que l'on pourrait qualifier de façon synthétique d'*assimilationisme libéral*.

5.3.5. Cette affirmation n'enlève rien au bien-fondé des nombreuses critiques d'ordre technique soulevées contre le texte⁴²⁵. La réforme fut sans doute trop brusque, radicale et, ce qui est plus grave, tout à fait unilatérale dans la méthode de réalisation, outre que dans son contenu. Ses conséquences, malgré les tentatives de les minimiser⁴²⁶, ont été *profondes et contradictoires*: d'un côté, en effet, il est certain que les nouvelles règles ont produit en partie l'effet social qu'on s'attendait d'elles, en permettant à de nombreuses

⁴²³Journal Officiel - Débats parlementaires - Assemblée Nationale, 1975, juin, I, p.3630.

⁴²⁴Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, portant réforme du divorce, in Documentation parlementaire, Sénat, seconde session ordinaire 1974-1975, n°368, p.43.

⁴²⁵Il faut en tout cas remarquer que la majorité des critiques a investi le n°3 de l'article 310 (le cas où les époux n'ont ni la nationalité française, ni le domicile français en commun); beaucoup plus rares ont été les prises de positions sur le choix territorialiste du n°2. Récemment, une revalorisation de l'article 310, n°2, relativement à ses effets à l'égard des minorités musulmanes immigrées, semble contenue dans les paroles de Françoise Monéger qui (mais en se référant aussi bien à la reconnaissance des répudiations obtenues à l'étranger) a écrit:

"Nous rejoignons ainsi tout à fait M.Déprez [1988, p.180] lorsqu'il écrit qu'une territorialité ouvertement avouée est, en définitive, moins suspecte de discrimination et de xénophobie que le procédé de l'ordre public qui frappe une loi en raison de son contenu. Tous les étrangers sont alors soumis aux mêmes règles, il n'y a pas de différences entre eux" (Monéger, 1994, p.369).

⁴²⁶"L'innovation est-elle si considérable? Cela n'est point sûr. Le changement aura consisté à soumettre à la loi française du divorce d'une part, les ménages des nationaux de certains pays de l'Europe méridionale dont la législation ne connaît point le divorce, et d'autre part, des ressortissants d'Etats africains soumis au statut coranique. En apparence il y a là une modification immense: les uns pourront divorcer malgré leur loi nationale, les autres n'auront plus la faculté de répudiation. Mais, si le législateur n'avait pas résolument sauté le pas, la jurisprudence n'avait-elle point déjà, par divers procédés, éliminé pareillement la loi étrangère?" (Foyer, 1976, n°15). Encore une fois, l'effet socialement le plus significatif de la réforme (c'est-à-dire son impacte sur l'extension des facultés de divorce des femmes originaires de pays arabes) se trouve négligé.

femmes immigrées d'obtenir le divorce, fut-ce un divorce boiteux⁴²⁷. De l'autre côté, il est également certain que la réforme a provoqué des *contrecoups*, allant dans le sens contraire aux intentions du législateur.

Dans la jurisprudence, d'abord, on a vu affleurer les signes d'une résistance souterraine à l'esprit de la réforme. On citera, à ce propos, une sentence du Tribunal de grande instance d'Orléans, qui parvient à affirmer, de façon étonnante, que:

"Il apparaît évident que le législateur n'a pas voulu soustraire deux époux étrangers de même nationalité à leur loi nationale en leur imposant la loi française en raison de leur domicile en France et que l'article 310 alinéa 2 du Code Civil est destiné à permettre essentiellement le règlement des difficultés pratiques pouvant se poser à des époux étrangers résidant en France et n'a pas pour objet de résoudre des conflits de lois, le législateur n'ayant pas voulu soustraire deux époux étrangers de même nationalité à leur loi nationale en leur imposant la loi française en raison de leur domicile en France"⁴²⁸.

Il est absolument évident qu'une "telle interprétation viderait de toute substance l'article 310"⁴²⁹.

Mais le contrecoup le plus important de la réforme de 1975 se produit au niveau international. Comme il avait été lucidement prévu par quelques auteurs⁴³⁰, certains Etats d'immigration perçoivent le tournant territorialiste français comme un

⁴²⁷Car, comme il a été remarqué, "c'est en effet une vérité élémentaire, au moins depuis Pillet, que si chaque pays applique sa propre loi et à ses nationaux et aux étrangers domiciliés sur son territoire, toute coordination devient impossible: on organise les conflits de solutions au lieu de chercher à les résoudre" (Batiffol et Lagarde, 1983, p.81). Le prix du divorce, pour nombre de femmes arabes qui l'ont obtenu sur la base de l'article 810, a été la non reconnaissance dans le pays d'origine, accompagnée, souvent, par d'autres conséquences négatives sur le plan juridique (garde des enfants attribuée au père par les tribunaux du pays d'origine) ou social.

⁴²⁸Trib. grande instance Orléans, 17 mai 1984, in RCDIP 1986, p.307, note Monéger. Il faut cependant remarquer que, dans le cas d'espèce, l'interprétation de l'article 310, n°2, fournie par les juges orléanais résulte tout à fait superflue: la demande en divorce présentée par une femme marocaine à l'encontre du mari également marocain se trouve ici gouvernée par l'article 9 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 (cf.6.2.), dont le contenu (qui aurait conduit à l'application de la loi marocaine) sera écarté par le tribunal qui parviendra finalement - bien que par une voie très peu orthodoxe - au résultat voulu par l'article 310 Code civ., c'est-à-dire à l'application de la loi française.

⁴²⁹Françoise Monéger, note à la décision citée, in RCDIP, 1986, p.310.

⁴³⁰"...le maintien du divorce d'époux de nationalité commune sous l'empire de la loi nationale encouragerait les pays qui connaissent cette règle à continuer de l'appliquer aux Français de l'étranger [...] Il est vraisemblable, d'autre part, que ces pays seront conduits à se préoccuper de l'application de l'article 310 à leurs ressortissants. Ils voudront alors négocier avec la France des traités bilatéraux sur le statut personnel [...] or la multiplication des traités de ce genre serait précisément contraire à la politique d'assimilation des étrangers qui est à la base du raisonnement de M.Jean Foyer" (Francescakis, 1975, pp.582-583).

attentat à leur souveraineté et exercent des pressions pour rétablir le *statu quo*. Dans un seul cas, mais relatif à un courant de relations bilatérales de grande importance (France-Maroc), cette réaction aura succès: elle parviendra à ramener le divorce en France des ressortissants marocains sous l'empire de leur loi personnelle (cf.6.2.).

5.3.6. Le choix effectué par le législateur français en 1975 ne reste pas isolé en Europe. Au moins deux autres pays adoptent, au cours des années quatre-vingt-dix, des règles qui poursuivent les mêmes objectifs, bien qu'avec des instruments différents.

La démarche qui se rapproche le plus de celle française est sans doute celle suivie par la Suisse, avec l'article 61 de la nouvelle loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989):

- "1. Le divorce et la séparation de corps sont régis par le droit suisse.
2. Toutefois, lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse, leur droit national commun est applicable.
3. Lorsque le droit national étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères, le droit suisse est applicable si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse [...]"

Dans ce cas aussi, la rigidité de l'imposition de la *lex fori* aux ménages étrangers domiciliés attire les mises en garde de la doctrine spécialisée:

"...ce choix est une arme à deux, voir à trois tranchants. Certes, il sert à évincer l'application de la loi étrangère par le juge suisse, mais il peut pousser les pays musulmans à en faire de même à l'égard des ressortissants suisses. De même, il peut avoir des répercussions très graves sur les communautés non-musulmanes vivant sur sol musulman à qui serait appliqué le droit musulman, à l'exclusion de leurs propres lois religieuses" (Aldeeb Abu-Sahlieh, 1992, p.71)⁴³¹.

Nettement plus flexible la méthode choisie par le législateur hollandais: la loi du 25 mars 1981 (art.1, al.4) bâtit une échelle de rattachements qui conserve la centralité théorique de la nationalité, tout en attribuant l'effective prééminence à la volonté des

⁴³¹Sur les risques de rétorsions territorialistes de la part des Etats musulmans d'origine des communautés immigrées, cf.6.2..

parties, lorsque celles-ci indiquent conjointement la loi néerlandaise comme loi applicable.

Ainsi formulé, le contenu de la loi hollandaise paraîtrait incapable de fonder un véritable 'droit au divorce' de la femme étrangère. En réalité, la limite intrinsèque de toute norme de conflit centrée sur l'autonomie des parties (qui est paralysée par le désaccord éventuel des parties à propos de la loi applicable) se trouve ici atténuée par *deux présomptions légales* - l'une en matière d'accord des parties, l'autre en matière d'effectivité du lien de nationalité - qui sont au surplus élargies par une jurisprudence inspirée par un *fort favor divortii*:

a) en premier lieu, la préférence pour la loi hollandaise est présumée partagée si le choix exprimé par une des parties est resté "sans contredit"⁴³²;

b) en deuxième lieu (art.1, al.2, loi 25 mars 1981), on considère que la nationalité commune fait défaut (en tant que critère de rattachement) quand l'une des parties manque d'un "lien social réel" avec le pays d'origine. Dans ce cas, on procède comme s'il s'agissait d'un divorce de couple mixte et on applique la loi du lieu de résidence habituelle, qui sera la plupart des fois la loi néerlandaise.

Grâce à cette double présomption, la porte du divorce néerlandais est ouverte aux femmes immigrés suffisamment intégrées dans la société d'accueil; il est cependant intéressant d'observer que cette solution ne convient pas nécessairement aux bénéficiaires potentielles du système:

"Il peut y avoir des raisons pour une épouse d'invoquer l'applicabilité du droit marocain commun, notamment le désir d'augmenter la possibilité de reconnaissance au Maroc du jugement de divorce néerlandais" (Jessurun D'Oliveira, 1995, p.156)⁴³³.

En dernière instance, c'est donc la femme elle-même, qui devient l'arbitre entre territorialité et personnalité de la loi; à travers une 'option existentielle', dont les implications dépassent les confins de la procédure de divorce, elle choisit entre une 'solution territorialiste' - plus satisfaisante sous l'aspect matériel (par exemple, en ce

⁴³²Dans la pratique jurisprudentielle, la règle s'est également affirmée que "si dans la requête introductive des phrases ont été utilisées qui sont empruntées au Code civil néerlandais, comme 'il y a ébranlement durable du mariage', la démarche est sensée être un choix implicite du droit néerlandais" (Jessurun D'Oliveira, 1995, p.153).

⁴³³Jessurun D'Oliveira cite, à ce propos, une décision de la Cour d'appel d'Amsterdam (16 décembre 1991, in NIPR 1992, n°173).

qui concerne les aliments), mais qui implique une rupture avec le contexte juridique (et social) d'origine - et une 'solution personaliste', qui privilège la continuité de vie par rapport aux résultats concrets du procès. Le choix est sans doute difficile, voire douloureux, mais il reflète, en ceci, l'essence d'un processus parsemé de choix douloureux, comme celui de l'intégration.

5.3.7. Même dans les pays qui sont restés fidèles à l'orthodoxie personaliste en matière de dissolution du mariage, la *lex fori* résulte, en fin de compte, habituellement appliquée aux demandes en divorce de couples ressortissant de pays musulmans. Celle-ci semble être, en effet, la conséquence normale de l'intervention de l'ordre public international à l'encontre de la loi personnelle des parties dans les cas où elle prévoit la répudiation unilatérale (*talaq*) comme seule forme de dissolution du mariage disponible dans le cas d'espèce.

Dans le prochain paragraphe (5.4.), on s'arrêtera plus longuement sur les caractères de la répudiation musulmane et sur les problèmes de sa réception en Europe, en ayant référence aux procédures d'*exequatur* et, plus en général, à la reconnaissance des effets d'un *talaq* prononcé à l'étranger; ici on se limitera à observer que le caractère essentiellement *unilatéral* et *extrajudiciaire* de la répudiation musulmane, qui se traduit dans le pouvoir exclusif et inconditionnel attribué au mari de dissoudre le mariage par une simple manifestation de volonté⁴³⁴; provoque l'absorption de sa dimension matérielle à l'intérieur de sa dimension procédurale, tout à fait prédominante⁴³⁵, et rend par là logiquement difficile l'application des règles étrangères en matière de *talaq* à l'intérieur d'une procédure de divorce judiciaire de type européen. L'ordre public international ne tolère pas que le rôle du juge se réduise à celui d'enregistreur d'une volonté décisionnelle exprimée ailleurs.

⁴³⁴Dans le prochain paragraphe (5.4.) on verra que le pouvoir reconnu au mari rencontre souvent, dans les législations modernes, des limites de nature procédurale, et que son exercice arbitraire, en quelques cas, est sanctionné par l'Etat; cependant, l'essence de la répudiation, qui consiste en la faculté de dissoudre l'union sans besoin de fournir aucune justification, reste substantiellement intacte.

⁴³⁵Cela veut dire, par exemple, que ni le droit musulman classique ni les législations contemporaines des pays musulmans prévoient des *causes légitimes de talaq*. Le *talaq* constitue un *pouvoir* du mari et, comme tel, il n'est susceptible de limitations qu'*a posteriori*, à travers la catégorie de l'abus de pouvoir ou de l'exercice arbitraire du pouvoir.

Face à ce genre de difficultés, le repliement sur la loi du for semble être la solution la plus fréquemment adoptée. Il vaut néanmoins la peine de signaler une orientation de la jurisprudence *allemande* qui parvient à respecter la compétence de la loi étrangère, en la conciliant avec la nature particulière de l'institution de la répudiation. Voici comment cette 'invention' jurisprudentielle est illustrée par un commentateur⁴³⁶:

"Der deutsche Richter spricht kein *talaq* aus, sondern die Scheidung aufgrund des *talaq* in einem Verfahren nach ZPO [*le code de procédure civile allemand*]. *Talaq* ist keine bei uns Verfahrensart und nicht der Scheidungsakt; es kann aber im deutschen Verfahren als Indiz einer mindestens einseitigen Ehezerüttung gewertet werden" (Beitzke, 1993, p.234).

La répudiation prononcée devant le juge allemand perd donc son caractère de mode de dissolution du mariage et elle se réduit à motif de divorce; mais, même dans ce cas, "...kann es als Bestandteil der die ganze Kultur des Islam prägenden patriarchalischen Lebensform im Hinblick auf Artt.3 und 6 Grundgesetz bei uns nur eingeschränkt zur Anwendung kommen. Die Praxis hat dabei zwei Situationen herausgearbeitet: Entweder es liegt auch ein Scheidungsgrund des deutschen Rechts vor, oder aber die Frau stimmt dieser Art von Scheidung zu. In beiden Situationen entfallen die Einseitigkeit und die Beliebigkeit des *talaq*" (ibidem).

Le 'divorce pour cause de répudiation' ne sera donc prononcé qu'en présence du consentement exprimé clairement par la femme ou bien lorsqu'un motif supplémentaire de divorce, admis par le droit allemand, subsiste.

On voudrait conclure cette brève revue des moyens adoptés par les législateurs (et les juges) européens pour offrir un 'droit au divorce' aux femmes immigrées par un rappel des fortes limites que, en tout état de chose, le droit rencontre sur ce terrain. On puisera cet avertissement de l'expérience et de la sensibilité d'Ibrahim Fadlallah:

"Il faut toutefois souligner que l'efficacité d'une règle de droit dépend d'abord de sa réception par le corps social. Si la femme arabe doit être émancipée, elle le sera par elle-même, bien plutôt que par des règles des Etats européens d'accueil. Dans la famille musulmane, comme dans les autres, les règles de droit ne jouent qu'un rôle marginal; les femmes y exercent, en fait, une autorité

⁴³⁶L'arrêt commenté est AG Esslingen, 19 mars 1992, in IPRax, 1993, p.250.

rarement soupçonnée à l'extérieur. Mais enfin, la règle de droit intervient à des tournants importants, et il est utile qu'elle soit disponible lorsque l'on a besoin d'y recourir: la femme musulmane qui invoque une règle 'émancipatrice' est déjà elle-même largement émancipée de l'emprise de la règle contraire" (Fadlallah, 1992, p.348-349).

5.4. La répudiation: les techniques de modulation de l'ordre public à l'épreuve.

5.4.1. On a déjà dit que malgré la diffusion croissante du divorce judiciaire, la répudiation reste le mode de dissolution du mariage le plus largement utilisé dans la plupart des pays arabes (5.3.1.). Cette persistance sociale s'accompagne cependant, dans la majorité des pays, de profondes transformations juridiques dont il faut donner succinctement compte avant d'analyser le traitement de cette institution par les tribunaux et les législateurs occidentaux.

La répudiation de droit islamique est traditionnellement appréhendée par la science juridique européenne à travers deux aspects qui la distinguent du divorce et qui apparaissent donc essentiels d'un point de vue occidental: il s'agit de son caractère *extrajudiciaire* et *unilatéral*. On peut bien accepter une définition de la répudiation musulmane fondée sur ces deux paramètres; ce sera d'ailleurs une définition particulièrement utile pour rapporter le *talaq* aux exigences de l'ordre public international des pays européens; il faut néanmoins signaler que le caractère extrajudiciaire et unilatéral de la répudiation est *relatif*, et que sa relativité s'accroît au fur et à mesure que les législateurs arabes interviennent dans ce domaine, en s'éloignant du contenu originare du *fiqh*.

Pour ce qui concerne en particulier la nature extrajudiciaire du *talaq*⁴³⁷, elle a été atténué - dans plusieurs ordres juridiques - par une obligation d'enregistrement successif: c'est le cas par exemple de la Syrie (art.88, code du statut personnel, modifié par la loi n°34 du 31 décembre 1975), de l'Irak (art.39, code du statut personnel) et du

⁴³⁷L'extrajudiciaireté n'est d'ailleurs pas exclusive de la répudiation musulmane; cette dernière partage ce caractère, par exemple, avec le divorce par consentement mutuel prévu par les droits, de dérivation confucéenne, japonais et thaïlandais; cf. Henrich, 1982.

Maroc, où l'article 44 (deuxième alinéa) de la *Moudawwana*, récemment modifié (par la loi n°1.93.347 du 10 septembre 1993), dispose que:

“La répudiation ne peut être consignée par les adouls qu'en présence des deux parties et après autorisation du juge”.

Dans ce dernier cas, il semble que le législateur ne se contente plus d'imposer la publicité de l'acte (enregistrement et notification obligatoire de l'acte à la femme) et qu'il franchisse le seuil d'une vraie 'judicialisation', marquée par la présence simultanée des parties devant le juge.

Un rapprochement ultérieur aux conceptions européennes du divorce s'observe dans le code de la famille algérien: tandis que dans le cas marocain la répudiation se caractérise encore essentiellement comme un acte de formation privée, ici elle acquiert pleinement la nature d'acte judiciaire:

Art.49: “Le divorce ne peut être établi que par jugement précédé par une tentative de conciliation du juge, qui ne saurait excéder un délai de 3 mois”.

Une disposition analogue se retrouve dans la loi de la famille lybienne (art.28).

Quant au caractère *unilatéral* de la répudiation musulmane⁴³⁸, en quelques cas, il ne s'agit que d'un attribut formel. Notamment, le *khul* est une forme de répudiation dans laquelle l'initiative - en vertu d'une clause insérée dans le contrat de mariage ou d'une offre explicite de la part du mari (Schacht, 1983, p.139) - appartient substantiellement à la femme, qui a le droit d'imposer au mari de la répudier contre le versement d'une somme d'argent donnée (qui correspond souvent au montant de la dot)⁴³⁹.

⁴³⁸Pour relativiser la prétendue unicité de la répudiation musulmane, il faut rappeler que la législation révolutionnaire soviétique admettait la dissolution du lien conjugal par initiative unilatérale face à l'autorité administrative; le Code du mariage et de la famille de 1969, cependant, limita cette possibilité à trois cas: l'absence du conjoint, son incapacité et sa condamnation à une peine d'emprisonnement de durée supérieure à trois ans (art.39). Cf.:Hazard, Butler, Maggs (dir.), *The Soviet Legal System*, Dobbs Ferry, New York, 1977.

Il est intéressant de signaler, en outre, que deux Etats (Tunisie et Israël) qui ont voulu corriger l'asymétrie intrinsèque de la répudiation musulmane ont affronté l'écueil de l'unilatéralité de façon très différente: le code tunisien de 1956 a 'bilatéralisé' la répudiation (art.31), en étendant la faculté discrétionnaire de dissolution du mariage à la femme; le législateur israélien, en revanche, a interdit aux hommes de statut islamique de répudier leurs femmes “contre leur gré” sous peine de cinq ans de prison (cf.Meron, 1995, p.934, qui soutient que “il ne semble pas que cette peine ait été beaucoup appliquée”).

⁴³⁹A part le cas particulier du *khul*, où la femme peut racheter sa liberté à certaines conditions, la répudiation musulmane reste de toute façon substantiellement unilatérale. De ce point de vue, le *talaq* se distingue nettement du *get* hébraïque lequel - bien que basé formellement sur la consigne d'un libelle de répudiation de la part du mari à la femme (Deut. 24, 1-4) - accorde un espace significatif à la volonté de celle-ci et au

5.4.2. Les innovations législatives qu'on vient d'illustrer réduisent sans doute le caractère potentiellement arbitraire de la répudiation. Les avantages qu'une telle forme de dissolution du mariage offre au mari - par rapport au divorce judiciaire tel qu'il est règlementé en Europe - restent cependant importants. Il ne s'agit pas seulement de la rapidité et de la simplicité de la procédure, ni de ses coûts réduits: les avantages les plus importants du *talaq* s'apprécient par rapport aux conséquences d'ordre économique.

Le droit musulman classique, sur la base d'une prescription coranique (Coran, II, 237), recommande de donner une compensation à la femme répudiée. Ce "don de compensation" (*mout'a*) a été codifié et rendu obligatoire, en époque contemporaine, par de nombreux pays arabes: la première fut la Syrie (art.117 du code de 1953), suivie par le Maroc au lendemain de l'indépendance⁴⁴⁰, par l'Égypte de Sadate⁴⁴¹ et par l'Algérie en 1984⁴⁴².

Au-delà d'une ressemblance superficielle, ces dispositions se différencient de manière significative selon la fonction essentielle qu'elles reconnaissent à la *mout'a*: là où la *fonction de prévoyance* prévaut, comme il semble être le cas en Égypte,

pouvoir du juge. Depuis très longtemps, en effet, l'exégèse rabbinique a établi (*Herem de-Rabbenu Gershom*) l'interdiction pour le mari de répudier la femme contre sa volonté. C'est ainsi que, quand la femme est d'accord avec la dissolution du mariage, le rôle du tribunal rabbinique se réduit à une activité d'enregistrement semblable à celle exercée normalement par le *qadi* dans le *talaq*. Mais, lorsque la femme n'accepte pas le *get*, ou bien lorsqu'elle le demande et c'est le mari à le lui refuser, le juge peut intervenir en imposant son pouvoir aux parties et donc, par exemple, en obligeant le mari à répudier la femme contre sa volonté. Voir, pour des renseignements plus détaillés, l'article "Divorce" de Ben-Zion Schereschewsky, in *Jewish Encyclopedia*. Cf. aussi Glenn, 1980.

⁴⁴⁰L'article 60 de la *Moudawwana* dispose que:

"Tout mari qui prend l'initiative de répudier sa femme doit lui remettre un don de consolation qui sera fixé compte tenu de ses moyens et de la situation de la femme répudiée". La loi n°1.93.347, promulguée avec le Dahir du 10 septembre 1993, publié au Bulletin officiel n°4.222 du 29 septembre 1993, a intégré cette disposition, en prévoyant que: "Si le juge constate que le divorce a été prononcé par l'époux sans cause valable, il doit, dans l'évaluation du don de consolation, tenir compte du préjudice que subit la femme".

⁴⁴¹Voici l'article 18 bis 1 de la loi égyptienne n°44 du 10 juin 1979:

"Si l'épouse a eu des relations conjugales sur la base d'un mariage valable et qu'elle est divorcée de son mari sans avoir consenti et sans y avoir de responsabilité, elle aura droit, au-delà de la pension alimentaire (*nafaqa*) due pendant le délai de viduité (*'idda*) à une indemnité dite *mout'a* calculée sur la base d'une pension alimentaire d'au moins deux années et tenant compte de la situation financière du mari, des circonstances du divorce et de la durée du mariage. Le mari divorcé peut s'acquitter de la *mout'a* en plusieurs fois".

⁴⁴²L'article 52 du code algérien de la famille (loi n°84-11 du 9 juin 1984, J.O. 12 juin 1984) dispose que: "Si le juge constate que le mari aura abusivement usé de sa faculté de divorce, il accorde à l'épouse le droit aux dommages et intérêts pour le préjudice qu'elle a subi".

l'indemnité sera due même en l'absence de preuve du caractère arbitraire de la répudiation et son calcul ne sera pas fondé sur une évaluation ponctuelle du préjudice subi par la femme, mais plutôt sur des paramètres d'ordre économique plus général; là où, au contraire, la *fonction de dédommagement* est prédominante, comme en Algérie, les concepts d'abus de droit⁴⁴³ et de préjudice assument une importance décisive.

Dans la plupart des pays musulmans, donc, les garanties économiques offertes à la femme à la suite d'une répudiation consistent en une indemnité compensatoire versée au moment de la dissolution du mariage⁴⁴⁴. Le seul droit de l'aire arabo-musulmane qui connaisse un devoir de secours de durée indéterminée, comparable à celui qui est généralement prévu par les droits européens, est le droit tunisien⁴⁴⁵, qui, à travers l'article 31, alinéa 3, de la loi n°81-7 du 18 février 1981⁴⁴⁶, prévoit que:

“En ce qui concerne la femme, le préjudice matériel sera réparé sous forme de rente payable mensuellement et à terme échu à l'expiration du délai de viduité, en fonction du niveau de vie auquel elle était habituée durant la vie conjugale, y compris le logement. Cette rente est révisable en augmentation ou en diminution, compte tenu des fluctuations qui peuvent intervenir. Elle continue à être servie jusqu'au décès de la femme divorcée ou si certains changements

⁴⁴³En général sur le concept d'abus de droit dans le droit islamique et dans les codes civils du Moyen Orient, voir: Al Qasem, 1990.

⁴⁴⁴A cela s'ajoute la pension alimentaire que le mari doit continuer à verser à la femme pendant la période de retraite légale (*idda*) qui suit la répudiation (ainsi que l'annulation du mariage, le divorce, la mort du mari etc.), dont la durée est normalement indiquée en trois périodes intermenstruelles.

⁴⁴⁵Il nous semble cependant intéressant de signaler ici la proposition, courageuse mais quelque peu risquée, du professeur israélien Yaakov Meron, qui vise à valoriser un courant interprétatif interne à l'école hanéfite selon lequel “c'est uniquement par l'aveu de [la] femme suivant lequel la troisième menstruation [après la répudiation] a eu lieu que le délai de viduité prend fin” (Meron, 1995, p.933); puisque le *fiqh* établit de façon incontestée que pendant le délai de viduité (*idda*) le mari doit continuer à payer à sa femme la pension alimentaire, on parviendrait, par cette voie, à reconnaître à la femme la faculté de prolonger indéfiniment le devoir d'entretien du mari. Sans vouloir nous arrêter ici sur l'opportunité de garantir à la femme une protection contre la répudiation abusive en la forçant à avoir recours à une ‘ruse légale’, on se limitera à soulever l'objection que le droit musulman hanéfite, dans l'interprétation indiquée par Meron, n'est en vigueur en aucun pays musulman moderne. L'auteur reconnaît que: “il y a du vrai dans cette objection”. Mais il tranche - de façon en vérité un peu confuse - en ajoutant qu’“à la fin du vingtième siècle un intégrisme maghrébin [i.e.malékite] au sein du droit musulman n'est qu'un anachronisme, allant contre le sens de l'évolution prédominante en droit musulman depuis son époque post-classique (1200-1850) et notamment pendant le vingtième siècle. S'agissant d'une disposition concrète telle que l'obligation alimentaire après répudiation, nous sommes en droit de prendre au sérieux tout développement qui va dans le bon sens. Et il ne fait pas l'ombre d'un doute qu'un tel développement a déjà vu le jour” (Meron, 1995, p.939). Tout en considérant fort douteuse la conclusion optimiste de Meron sur la possibilité d'une “accommodation” de la répudiation musulmane par la voie proposée, nous considérons sa méthode interprétative fort intéressante.

⁴⁴⁶Publiée au Journal officiel de la République tunisienne, n°11 du 20 février 1981, p.334.

interviennent dans sa position sociale par le remariage ou lorsqu'elle n'en a plus besoin".

Le législateur tunisien est récemment retourné sur l'argument (loi n°93-65 du 5 juillet 1993), pour instituer un "fonds de garantie de la pension alimentaire et de la rente de divorce". Noureddine Sraieb explique ainsi la réforme:

"Devant les difficultés que rencontrent certaines femmes à percevoir les pensions auxquelles elles ont droit après leur divorce, pour élever les enfants qu'elles ont à charge, elles pourront désormais percevoir leur pension aux guichets de la Caisse nationale de sécurité sociale, qui se charge du recouvrement de la pension en cas de réticence de la part de l'ex-mari" (Sraieb, 1995, p.605).

Avec cette innovation le droit tunisien se place à l'avance - sur le papier au moins - par rapport à bien de systèmes occidentaux.

5.4.3. Les avantages que la répudiation continue à offrir à l'homme par rapport au divorce judiciaire tel qu'il est conçu et réglé en Europe, poussent de nombreux maris immigrés à privilégier tant que possible cet instrument traditionnel de dissolution du mariage. Il en découle, dans les principaux pays d'immigration stabilisée, qu'un nombre relativement élevé de demandes finalisées à obtenir la reconnaissance des effets d'un *talaq* prononcé à l'étranger sont présentées chaque année aux juges⁴⁴⁷. Les

⁴⁴⁷On laissera en marge de notre analyse la question de la compétence judiciaire indirecte, c'est-à-dire de la reconnaissance (ou non reconnaissance) de compétence judiciaire par les juges du pays d'immigration aux homologues du pays d'émigration qui ont éventuellement participé (souvent, comme on a vu, avec une fonction de type exclusivement notarial) à la procédure de répudiation. Cette mise en marge dépend, en premier lieu, de l'objective marginalité du juge dans le *talaq*, même dans ses manifestations contemporaines et codifiées; en deuxième lieu, notre choix méthodologique se fonde sur la constatation que la compétence des juges du pays d'origine à prononcer un divorce d'émigrés (et, le cas échéant, à accueillir le prononcé d'un *talaq*) n'est normalement pas mise en discussion par les droits européens. Même dans un pays qui, comme la France, a territorialisé son droit du divorce (cf.5.3.5.), la thèse selon laquelle le nouvel article 310 Code civ. aurait des répercussions immédiates en matière de compétence judiciaire reste tout à fait minoritaire en jurisprudence (p.e.Cour d'appel de Paris, 25 février 1987, in JDI 1988, p.435, 1e espèce, note Jacquet). L'oeuvre de "libération et libéralisation de la compétence indirecte" (Bertrand Ancel, note à Cour de cass., Civ., 24 novembre 1993, in RCDIP, 1994, p.369) accomplie - avec les seules limites du "lien caractérisé" du liuge avec le pays et de la fraude - par l'arrêt *Simitch* (Cass.civ, 6 février 1985, in Clunet, 1985, p.460, note André Huet; in RCDIP, 1985, p.369; cf. aussi Phocion Francescakis, *Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt Simitch*, in RCDIP, 1985, p.243) reste intacte (voir, récemment, Cour de cassation, Civ., 15 juin 1994, in RCDIP 1996, p.127, note Ancel). Jean Déprez signale les "contrecoups de la jurisprudence *Simitch*" (1988, p.174) en matière de répudiation, sans qu'il soit clair, cependant, s'il en déduit une opposition de principe à cette orientation jurisprudentielle.

problèmes et les perplexités soulevés par ce genre de demandes sont largement les mêmes dans tous les pays concernés, mais - même en présence de règles de conflit homogènes fondées sur la nationalité des parties - les réponses varient significativement.

La teneur concrète de la réponse fournie par les droits européens à une demande de reconnaissance de *talaq* étranger dépend essentiellement de trois facteurs:

- a) le lieu de la répudiation (5.4.4.);
- b) les modalités de la répudiation (5.4.5.);
- c) les liens de la situation avec la société du for (5.4.6.).

5.4.4. Le "lieu" de la répudiation pourrait apparaître un élément de fait juridiquement insignifiant, du moment qu'ici notre discours se borne explicitement à la répudiation prononcée "à l'étranger"⁴⁴⁸. Le *locus repudiationis* n'est cependant pas sans influence sur notre analyse, du moment que la signification concrète de l'expression linguistique "à l'étranger" devient douteuse et problématique au moins en deux cas, qui correspondent à autant de situations typiques dans lesquelles une répudiation peut se présenter à l'attention du juge européen. On se réfère à la répudiation *consulaire* (a) et à la répudiation qui a été définie '*transnationale*' (b).

a) On sait (cf. 5.2.8.) qu'une compétence consulaire est généralement admise pour la célébration des mariages et que la Convention de Vienne du 24 avril 1963 attribue aux consuls la faculté d'agir en qualité d'officiers d'état civil, sauf opposition de l'Etat de résidence. Mais, comme l'a soutenu avec vigueur Hélène Gaudemet-Tallon, "cela n'implique nullement une compétence du consul pour prononcer une désunion: il est possible que le consul ait des fonctions d'*officier d'état civil*; en revanche, il paraît inopportun de lui reconnaître la possibilité d'exercer une fonction de *juge*; et dès lors que la situation est conflictuelle entre les intéressés, l'ordre juridique

Pour conclure sur ce point, on peut observer que tant que le concours, internationalement admis, de compétences judiciaires en matière de divorce subsistera on pourra décrire l'univers normatif des familles migrantes comme un *espace pluraliste, unitaire bien que dialectique, de réglementation* (ce qui n'exclut pas des tensions, bien entendu). Au-delà de ce confin théorique, on ne pourrait parler que de *confrontation entre systèmes normatifs* juridiquement indifférents l'un à l'autre et politiquement en conflit.

⁴⁴⁸Naturellement, il doit s'agir d'un 'lieu' étranger dont le droit admet la répudiation, qui doit être prononcée, dans le cas d'espèce, par un sujet dont la loi personnelle l'admet également.

du for impose légitimement la compétence d'un juge et d'un juge étatique" (Gaudemet-Tallon, 1991, pp.193-194)⁴⁴⁹.

Le souhait de l'auteur cité semble correspondre à la situation actuelle en Europe, où le monopole étatique dans la dissolution des mariages est désormais établi⁴⁵⁰. La pratique des répudiations prononcées par des maris immigrés auprès du consulat ou de l'ambassade du pays d'origine a sans doute encouragé cette évolution dans les pays où des espaces de divorce consulaire ont résisté jusqu'à une époque récente. C'est le cas, par exemple, de l'Angleterre, où l'attitude extrêmement libérale qui émergeait dans la jurisprudence des années soixante⁴⁵¹ a été corrigée par le législateur avec la *section 16 du Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*:

⁴⁴⁹A propos des répudiations prononcées en France auprès de l'autorité diplomatique ou consulaire dont relèvent les époux, Yvon Loussouarn et Pierre Bourel soutiennent, au contraire, que: "Le refus de reconnaître cet acte s'accorde difficilement avec l'autorisation donnée à cette même autorité de célébrer en France un mariage en dehors de toute intervention de l'officier d'état civil. On s'explique mal que le principe d'ordre public suivant lequel les autorités françaises ont seules compétence pour célébrer en France les mariages, puisse céder dans le cas d'unions contractées entre deux étrangers devant les autorités consulaires de leur pays et non lorsque ces mêmes autorités sont appelées à dresser ou à constater la dissolution de cette union par voie de répudiation" (Loussouarn et Bourel, 1993, p.pp.351-352); à l'argument fondé sur l'analogie entre la célébration du mariage et sa dissolution, les deux illustres auteurs ajoutent un argument ultérieur qui se base sur une prise de position favorable à l'extraterritorialité de droit privé des consulats:

"...si, déplaçant le problème du terrain de la compétence des autorités étrangères pour prononcer en France des répudiations (ou pour y dresser des actes les constatants) sur celui de l'ordre public, l'on s'interroge sur le motif d'une éventuelle intervention de ce mécanisme, ne conviendrait-il pas, par analogie avec la solution proposée pour les mariages célébrés en France en la forme nationale étrangère [*ibidem*, n°292], d'admettre que s'agissant de répudiations constatées ou prononcées sur notre sol par des autorités étrangères en conformité à la loi nationale commune des époux, la situation est comparable à celle qui se présente lorsqu'il y a lieu pour le juge français de donner simplement effet à un droit régulièrement acquis à l'étranger, si bien que l'ordre public français ne serait pas directement intéressé ou ne le serait pas davantage que lorsqu'il intervient dans son effet atténué" (*ibidem*, p.352).

On retournera ci-dessous sur ce point, qui nous apparaît crucial.

⁴⁵⁰Si une exception de taille existe, elle est représentée par la compétence en matière accordée aux autorités confessionnelles dans les accords de type concordataire signés par certains Etats; la compétence des tribunaux ecclésiastiques à déclarer la nullité des mariages catholiques en Italie en est un exemple significatif.

Il faut en outre signaler que l'aversion aux 'divorces consulaires' n'empêche pas nécessairement la reconnaissance des effets de cette forme de dissolution du mariage, lorsque l'acte a été accompli dans un troisième Etat étranger (différent de celui dont la loi a régi la dissolution du mariage): cf.p.e. Trib. de grande instance de Paris, 10 mai 1990 (in RCDIP, 1991, p.391), qui déclare exécutoire en France l'acte dressé par l'officier de l'état civil de l'ambassade thaïlandaise à Londres, enregistrant la déclaration de divorce par consentement mutuel prononcée par une épouse thaïlandaise et un époux français conformément à la loi thaïlandaise.

⁴⁵¹Voir *Varanand v. Varanand* (The Times, 25 juillet 1964), qui concerne cependant le divorce par convention privée signée par deux époux thaïlandais à l'ambassade de Thaïlande à Londres.

“No proceeding in the United Kingdom, the Channel Islands or the Isle of Man shall be regarded as validly dissolving a marriage unless instituted in the courts of law of one of those countries”,

ensuite transposé dans la *section 44 (1) du Family Law Act 1986*:

“...no divorce or annulment obtained in any part of the British Islands shall be regarded as effective in any part of the United Kingdom unless granted by a court of civil jurisdiction”.

Une évolution comparable se vérifie plus tard - le décalage chronologique étant dû à la différente histoire migratoire des deux pays - dans l'ancienne République fédérale d'Allemagne: les incertitudes jurisprudentielles qui avaient fait surface au cours des années soixante-dix⁴⁵² ne sont effacées définitivement qu'à l'occasion de la réforme générale du droit international privé (25 juillet 1986), qui a énoncé catégoriquement que:

Art.17, al.2, EGBGB: “Eine Ehe kann im Inland nur durch ein Gericht geschieden werden”⁴⁵³.

Cette prise de position législative a été critiquée, à cause de son caractère absolu et rigide, par Erik Jayme:

“A mio avviso la disapplicazione del diritto thailandese nei confronti di una coppia thailandese costretta, contro i propri costumi, ad ottenere una pronuncia giudiziale, è incompatibile con le tendenze moderne tese alla protezione dell'identità culturale della persona” (Jayme, 1993, p.300).

La critique de Jayme est l'expression cohérente d'une position philosophique qui considère le droit national - le droit de la famille en particulier - comme une composante essentielle de l'identité culturelle de l'individu. Les échos manciens sont évidents (cf.3.2.).

⁴⁵²Cfr., p.e.: BayObLG, 17 février 1978, in StAZ, 1978, p.179; dans le sens contraire (non admissibilité de la répudiation consulaire) voir, p.e.: OLG Stuttgart, 10 avril 1980, in IPRax, 1981, p.213, avec le commentaire de Beitzke, *ibidem*, p.202 (Beitzke, 1981).

⁴⁵³A ce propos, le Max Planck Institut avait suggéré un amendement qui n'a pas été accueilli par le législateur:

“Un divorce ou une dissolution du mariage réalisé à l'intérieur du pays sans la participation de l'autorité étatique est valable s'il est valable selon le droit des Etats dont les conjoints sont nationaux” (in RabelsZ, 1983, p.701). La norme était très 'tolérante', en ce qu'elle n'imposait pas l'intervention des autorités consulaires dans la procédure, en ouvrant ainsi la voie même à une répudiation de nature strictement privée.

b) L'autre forme de répudiation dont la *localisation*⁴⁵⁴ a fait hésiter les tribunaux européens - britanniques en particulier⁴⁵⁵ - est celle qui a été définie *transnational divorce* par la doctrine anglophone⁴⁵⁶. Il ne s'agit pas, évidemment, d'une forme classique de *talaq* mais, au contraire, d'un hybride issu, d'une part, de la 'procéduralisation' croissante de la répudiation en certains pays musulmans et, d'autre part, des situations particulières engendrées par l'immigration.

Des doutes se sont manifestés, en particulier, à l'égard des répudiations de droit pakistanais, prononcées par des immigrés résidents en Grande Bretagne selon la procédure réglée par le *Muslim Family Laws Ordinance 1961* du Pakistan. Cette loi prévoit que les effets de la répudiation prononcée par le mari soient suspendus pendant quatre-vingt-dix jours⁴⁵⁷, pendant lesquels le président du *Union Council* dont relève le mari au Pakistan, auquel celui-ci aura notifié le *talaq*, constitue un *Arbitration Council* qui essaye de reconcilier les époux; seulement si la tentative échoue, le *talaq* devient définitif. Au sein de la nombreuse communauté pakistanaise immigrée au Royaume-Uni, la pratique s'est affirmée de prononcer la répudiation dans le lieu de résidence et de la notifier ensuite par voie postale à l'autorité compétente dans l'Etat d'origine et à la femme. Il est évident que, dans telles circonstances, la tentative de conciliation se réduit à une vaine formalité en justifiant la définition critique qui a été fournie de "divorce by post".

⁴⁵⁴Voir Gaudemet-Tallon, 1991, p.256 et ss..

⁴⁵⁵Des incertitudes à propos du traitement judiciaire des répudiations accomplies en partie dans le pays d'immigration et en partie dans le pays d'origine se sont manifestées également en Allemagne: voir, p.e., OLG Düsseldorf, 17 mai 1974, in FamRZ, 1974, p.528 (dans ce cas, il s'agissait, en vérité, d'un divorce juif, accompli à travers l'envoi d'une lettre de *ghet* de la part du mari, résidant à Frankfurt, à la femme, se trouvant à Tel Aviv, où l'enregistrement auprès du tribunal rabbinique avait par la suite eu lieu). Cependant, au cours des années quatre-vingt, une tendance nettement opposée à la reconnaissance de ces répudiations atypiques (qualifiées comme "inländischer Privatscheidungen") s'affirme très largement: cfr., p.e., BayObLG, 30 août 1984, in IPRax, 1985, p.108 (répudiation pakistanaise, voir *infra*); BayObLG, 29 août 1985, in IPRax, 1986, p.180 (*ghet* juif enregistré en Israël); OLG Düsseldorf, 24 janvier 1986, in IPRax, 1986, p.305 (répudiation jordanienne); OLG Stuttgart, 11 avril 1987, in IPRax, 1988, p.172 (il s'agit encore d'une répudiation pakistanaise; Dieter Beule, dans son commentaire (Beule, 1988) critique la décision, en soutenant que la période d'attente de 90 jours et la tentative de conciliation prévues comme obligatoires par le droit pakistanais déplacent le moment de la dissolution et empêchent de qualifier cette forme procéduralisée de répudiation comme "eine das deutsche Scheidungsmonopol vertetzende Inlandsprivatscheidung" (*ibidem*, p.152).

⁴⁵⁶Cf., p.e., Forsyth, 1985; Berkovits, 1988.

⁴⁵⁷On remarquera que trois mois sont le temps normalement prévu en droit musulman - sauf les cas particuliers de répudiation irrévocable - pour que le *talaq* devienne définitif.

Après quelques hésitations⁴⁵⁸, en 1986 la *House of Lords* a pris clairement position, en sens négatif, sur la possibilité de reconnaître cette variété de répudiation⁴⁵⁹, en considérant que le prononcé du *talaq* par le mari constitue le moment décisif pour localiser l'ensemble de la procédure. Il s'ensuit que la répudiation n'est pas obtenue à l'étranger, mais en Grande Bretagne, de façon incompatible avec la volonté législative exprimée dans la *section 16* du *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973* (citée ci-dessus). La décision de la haute juridiction anglaise, bien qu'absolument nette, ne représente pas un point ferme, car la formulation ambiguë sur ce point du *Family Law Act 1986* a de nouveau confus les esprits.

En conclusion, l'étude des cas de la *répudiation consulaire* et de la *répudiation transnationale* nous montre que les ordres juridiques européens, investis des problèmes liés à la localisation du *talaq*, adoptent une attitude fermée, qui refuse de déroger à une conception rigide du territoire *en tant que lieu d'accomplissement des actes juridiques*. L'extraterritorialité des consulats est ainsi niée dans ses reflets éventuels de droit privé; analogiquement, la localisation à l'étranger d'un acte complexe - comme la répudiation de droit pakistanais - est refusée (même lorsqu'elle est demandée conjointement par toutes les parties privées en cause, comme dans l'affaire *Fatima*) dès lors qu'une phase de la procédure, bien que non immédiatement productive d'effets, a eu lieu à l'intérieur des confins étatiques.

Dans une époque où les déplacements internationaux étaient plus lents, difficiles et coûteux qu'aujourd'hui, l'attachement à une conception si rigoureuse du territoire produisait des effets dissuasifs très vastes, sinon généraux. Mais dans un monde avec un degré de mobilité humaine incomparablement plus haut, une telle conception n'empêche pas à ceux, toujours plus nombreux, qui possèdent des moyens suffisants, d'obtenir également les résultats voulus, avec quelques heures d'avion

⁴⁵⁸*Quazi v. Quazi*, (1980) A.C. 744.

⁴⁵⁹*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Fatima*, (1986) A.C. 527; (1986) 2 All E.R. 32; avec un commentaire, in Lipstein, 1988, p.823. Dans cette affaire, était en discussion le droit d'entrée et de séjour au Royaume-Uni d'une jeune Pakistanaise, Fatima Gulham, voulant rejoindre son futur mari qui avait répudié sa femme précédente à travers un *transnational divorce*. L'administration avait refusé le droit de séjour en opposant l'impossibilité de reconnaître une telle répudiation. Il est remarquable que la reconnaissance était demandée par toutes les parties privées en cause et que elle ne risquait pas de nuire à la première femme. Le seul intérêt qui se trouvait en contraste avec une éventuelle reconnaissance était donc celui de l'Etat au contrôle des frontières et à la limitation de l'immigration. Cette circonstance pourrait bien ne pas être étrangère à la substance de la décision, rendue en une époque où le processus de *publicisation du droit international privé de la famille*, dont on parlera dans le prochain chapitre (6.3.), était déjà en cours.

supplémentaires. Dans ce nouveau contexte, la fermeture du droit à une interprétation élastique de la notion de "territoire" - qui conduirait par exemple à affirmer que le consulat *est* territoire étranger et que l'acte envoyé à l'étranger pour activer une procédure *est* accompli à l'étranger - n'a pour effet que d'établir un filtre de nature économique au libre choix des droits par les personnes.

Il serait sans doute plus équitable, alors, d'accepter une notion élastique de "territoire" (ou - ce qui est en définitive la même chose - reconnaître l'existence de certains liens *virtuels* de la personne avec le territoire étranger), quitte à limiter ensuite les éventuelles conséquences inacceptables d'une telle révolution conceptuelle, en utilisant les instruments que le droit international privé fournit à cette fin.

5.4.5. Face aux répudiations prononcées à l'étranger, la jurisprudence de certains pays européens adopte une attitude *analytique*, qui conduit à des décisions de contenu différent selon le *type* de répudiation en question. *L'application sélective de l'ordre public international*, qui nous était apparue gouvernée principalement par la considération des *effets* de la reconnaissance, dans le cas de la polygamie (5.2.12.), est ici guidée avant tout par les *caractères spécifiques de l'acte étranger*, tels qu'ils se manifestent dans chaque espèce.

Cette approche - qui ne se conçoit évidemment qu'en présence d'une institution complexe et multiforme comme la répudiation⁴⁶⁰ - se développe d'abord et surtout en France. Ceci n'est pas fortuit: d'un côté c'est probablement une conséquence de la relative rigidité de la doctrine de l'effet atténué de l'ordre public⁴⁶¹, de l'autre côté, c'est un fait qui semble s'expliquer aussi par des considérations d'ordre historique et culturel. Une modulation de l'ordre public fondée sur l'analyse de l'institution

⁴⁶⁰En revanche, la relative simplicité du droit matériel de la polygamie ne permet, et ne justifierait d'ailleurs pas, pas une pareille intensification de l'analyse comparative et factuelle.

⁴⁶¹On rappelle ici que la formulation actuelle de la doctrine de l'effet atténué de l'ordre public (cf. Baiffol et Lagarde, 1993, p.581) remonte à l'arrêt *Rivière* (Cass., Civ., 17 avril 1953, in RCDIP 1953, p.412, note Baiffol; JDI 1953, p.860, note Plaisant; maintenant in Ancel et Lequette, 1987, p.193 ss.) avec lequel la Cour de cassation reconnut les effets d'un divorce équatorien par consentement mutuel, prononcé à Quito entre une ressortissante française et un ressortissant russe, bien qu'un divorce de ce genre n'aurait pas pu être prononcé par une juridiction française. La décision fut rendue par la Cour de cassation sur la base d'un principe énoncé "de manière quasi-doctrinale" (Ancel et Lequette, 1987, p.201):

"...la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public (en l'espèce celle qui autorise le divorce par consentement mutuel) n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France où suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français".

étrangère présuppose, en effet, une sensibilité de comparatistes envers le droit étranger, dans notre cas musulman, laquelle, par effet de la longue et vaste expérience coloniale, est traditionnellement présente au sein de la culture juridique française, et surtout des hautes branches de la juridiction.

Mais parcourons donc rapidement les principales étapes de la réception selective des répudiations étrangères par les tribunaux français, en anticipant qu'il s'agit d'un processus d'élévation progressive du 'seuil de tolérance' (jusqu'à la deuxième moitié des années quatre-vingt), suivi par une réaction de fermeture.

Dès le début des années soixante, la jurisprudence française reconnaît sans hésitations la répudiation appelée *khul* (cf.5.4.1.), prononcée par le mari à la demande de la femme et assortie d'une compensation versée par la femme-même au mari⁴⁶²; mais, une plus générale tendance 'tolérante' à l'égard des répudiations étrangères ne se dessine avec netteté qu'à partir de la fin des années soixante-dix.

L'année 1979, en particulier, représente un tournant. D'abord, le Tribunal de grande instance de Paris ouvre les portes à la répudiation substantiellement unilatérale (où l'impulse initial vient du mari), dans les cas où il est prouvé que la femme a prêté son consentement en forme officielle. Deux sentences de 1979, fondées sur la même maxime, établissent que:

"la répudiation dont il s'agit, qui produit les effets équivalents à ceux d'un divorce par consentement mutuel n'est pas incompatible avec l'ordre public français et [...] peut être reçue dans un ordre juridique exigeant une pleine et exacte égalité de traitement de chacun des époux"⁴⁶³.

⁴⁶²Trib. de grande instance de la Seine, 23 mai 1960, in JDI, 1961, p.750, note Bredin; Trib. de grande instance de la Seine, 17 avril 1962, in JDI, 1963, p.151, note B.G.; en 1964, le président du tribunal auteur de ces importantes décisions, M.Bellet, les illustre ainsi:

"L'on peut dire que seules les atteintes à la personne humaine et aux droits de la défense constituent, aux yeux de ce tribunal, des atteintes à l'ordre public [...] c'est ainsi que le Tribunal de la Seine n'a pas considéré que l'ordre public s'opposait, en matière d'exequatur, à un divorce par consentement mutuel, à une répudiation, du moment que celle-ci était acceptée ou même provoquée par la femme répudiée" (communication sur *La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers*, in Travaux du comité français de droit international privé, 1964, pp.269 ss.).

⁴⁶³Tribunal de grande instance de Paris, 5 décembre 1979 (les deux décisions portent la même date), in RCDIP, 1981, p.88. La réforme du divorce décidée par le législateur français en 1975, avec l'introduction du divorce par consentement mutuel a modifié radicalement les paramètres normatifs interne de l'ordre public international en matière et a créée ainsi une prémisse essentielle de l'ouverture jurisprudentielle en matière de répudiation. Mais, cf.déjà: Tribunal de grande instance Seine, 26 octobre 1959, in RCDIP 1960, p.354, note Loussouarn.

Au cours de la même année, la Cour de cassation, "quelque peu prisonnière du schéma de raisonnement de l'effet atténué de l'ordre public" (Lagarde, 1993, p.269), admet que le *talaq* n'est pas contraire à l'ordre public, pourvu qu'il ouvre "une procédure à la faveur de laquelle chaque partie a fait valoir ses prétentions et ses défenses"⁴⁶⁴. Les garanties procédurales dont se contente la Cour suprême sont modestes: il suffit que le juge qui écoute la femme soit investi du pouvoir de décider sur la garde des enfants et de condamner le mari au paiement d'une indemnité, même s'il manque de toute faculté de refuser le divorce. Ibrahim Fadlallah commente ainsi:

"il restera à savoir si la Cour de Cassation se contentera désormais d'une garantie procédurale purement formelle. Un grand pas serait alors franchi vers l'admission pratiquement inconditionnelle de la répudiation musulmane" (Fadlallah, 1981, p.17).

En 1983, le "grand pas" dont parlait Fadlallah semble fait; avec l'arrêt *Rohbi*⁴⁶⁵, la Cour de cassation reconnaît une répudiation sur la base de la simple considération que "si elle est mode de dissolution du mariage laissé à la discrétion du mari, [elle] est tempérée par les garanties pécuniaires qui sont assurées à la femme"; cela équivaut, note encore Ibrahim Fadlallah, à reconnaître la répudiation musulmane "telle qu'elle existe et fonctionne effectivement dans un système social et de pensée étranger"⁴⁶⁶.

Les interprétations et les justifications de ce passage crucial de l'évolution jurisprudentielle en matière de répudiation sont divergentes: au prudent *agnosticisme technique* de l'Avocat général auprès de la Cour de cassation⁴⁶⁷, s'oppose le *réalisme tourmenté* de la doctrine spécialisée⁴⁶⁸, qui approuve l'orientation de la Cour de cassation, sans cependant se cacher le revers de la médaille:

⁴⁶⁴Cour de cassation, chambre civile, 18 décembre 1979, *Dahar*, in RCDIP, 1981, p.88.

⁴⁶⁵Cour de cassation, Chambre civile, 3 novembre 1983, in RCDIP, 1984, p.325, note Fadlallah.

⁴⁶⁶Ibrahim Fadlallah, note à l'arrêt cité, p.332.

⁴⁶⁷"Nos juridictions sont mal placées pour se prononcer sur ces garanties et notamment 'le respect des droits de la défense' à l'occasion d'actes étrangers dont la nature juridique exacte est souvent très incertaine. La reconnaissance de plein droit des répudiations *more islamico* faciliterait singulièrement le travail du juge confronté à un droit difficile à cerner, voire à apprécier [...]. Cette solution n'aurait, me semble-t-il, rien de choquant dès lors que les époux appartiennent tous deux à cet ordre particulier et que l'institution n'est pas utilisée par des personnes étrangères à cet ordre, comme un procédé expéditif de séparation, permettant de tourner des interdits de leur propre législation. Cette solution rejoindrait le principe fondamental de notre droit international privé qui, traditionnellement, fait relever le statut des personnes de la loi nationale de l'intéressé, règle que l'article 310-1° respecte scrupuleusement s'agissant du divorce de deux époux français" (Gulphe, *conclusions*, in JCP, 1984, II-20131).

⁴⁶⁸"...c'est sur un plan pratique qu'il faut rechercher les raisons de la tolérance de l'ordre juridique français. La répudiation heurte sans aucun doute nos principes, mais le réalisme commande de

“les ménages d'étrangers musulmans établis en France resteront sous l'empire du droit musulman comme s'ils vivaient en Islam (à cette différence près que la répudiation ne pourra intervenir sur le territoire français). Or cette ouverture au statut de l'autre, louable sur le plan de l'idéal, profite surtout à l'homme et se retourne contre les intérêts des femmes. L'établissement du ménage en France aurait pu constituer pour ces dernières une occasion d'échapper à leur statut d'infériorité”⁴⁶⁹.

On verra ci-dessus que - au cours de la dernière décennie - des importantes réactions de signe inverse se sont produites, qui ont limité de façon significative la portée de la jurisprudence décrite; il faut pourtant observer que ces corrections ont été effectuées surtout *par voie d'exception* (à travers la théorie de la fraude), sans mettre en discussion le noyau 'tolérant' du balancement entre les exigences de l'ordre public international et celles de la protection des droits acquis, réalisé par la Cour de cassation avec l'arrêt *Rohbi*.

Les perplexités manifestées à l'encontre de ce balancement de valeurs en conflit ont été plus profondes, peut-être, parmi les représentants de la pensée juridique libérale et réformiste au Maghreb, qu'au sein de la doctrine française elle-même⁴⁷⁰. Les lignes récentes de Meziou et Mezghani, à ce propos, sont éclairantes:

“Une telle jurisprudence pêche cependant par deux défauts majeurs; d'une part elle charge la répudiation du droit musulman d'une signification qui n'est pas la sienne, il y a une distance entre le pouvoir discrétionnaire et arbitraire du mari et les principes d'égalité; ce vide est rempli unilatéralement par la jurisprudence française; d'autre part, et c'est le second défaut, elle pousse trop loin le

l'accepter. Depuis longtemps déjà on a proposé la solution libérale afin d'éviter les situations matrimoniales boiteuses où la femme a plus à perdre qu'à gagner. Refuser tout effet à la répudiation revient à maintenir la femme dans les liens d'un mariage qui n'existe plus et à entraver sa liberté de remariage, au moins en France. A notre sens l'argument est de poids et suffit à justifier les actuelles solutions” (Déprez, 1989, pp.59-60).

⁴⁶⁹Ibidem, p.60.

⁴⁷⁰Parmi les positions les plus nettement opposées à l'orientation jurisprudentielle dominante en matière de répudiations, on signalera celle d'un gardien attentif des exigences du for, tel qu'Yves Lequette:

“L'accueil en France des répudiations prononcées à l'étranger s'imposait d'autant moins que les raisons qui justifient l'intervention de l'ordre public dans son effet atténué ne se retrouvaient pas dans la quasi-totalité des espèces dont on eu à connaître les tribunaux français. Etablis en France avec leurs épouses, nombre de maris de confession musulmane retournent, en effet, séjourner brièvement dans leurs pays d'origine afin d'y prononcer une répudiation qu'ils n'auraient pu réaliser directement dans leur pays de résidence. Autant dire que le 'postulat d'indifférence' qui sous-tend la théorie de l'effet atténué de l'ordre public se trouve ici pris en défaut” (Yves Lequette, in JDI 1994, p.123).

pretendu respect des civilisations étrangères. [...] La position de la jurisprudence européenne occulte la fonction pédagogique du droit, elle se soumet à l'opinion publique au nom d'une prétendue différence dont l'effet immédiat est l'isolement de certaines communautés. [...] En l'état actuel, la jurisprudence française manifeste au grand jour les méfaits du sociologisme; les tendances de certaines jurisprudences occidentales constitueraient une négation du dualisme des sociétés en transition et surtout du mouvement de réforme qui s'y développe" (Meziou et Mezghani, 1995, p.71).

5.4.6. D'un point de vue sociologique, la circonstance principale qui pousse les juges français à remettre en discussion les résultats décrits est l'émergence d'une catégorie homogène et assez nombreuse de cas, dans lesquels l'orientation établie montre dramatiquement ses limites. Nous pensons à ce que Bertrand Ancel a défini "*le cas-type du divorce migratoire*"⁴⁷¹: il s'agit d'une répudiation prononcée par le mari dans son pays d'origine, après que son épouse, avec qui il habite en France (éventuellement avec les enfants mineurs du couple), l'a assigné en divorce (ou en contribution aux charges du mariage) devant le tribunal français de leur résidence commune. Une telle démarche fonde le plus souvent une tentative évidente de la part du mari de maximiser les avantages, surtout d'ordre patrimonial, qui peuvent lui dériver du décalage matériel qui existe entre les deux droits qui se considèrent simultanément compétents à régler la dissolution du mariage.

Confrontés à des tentatives de ce genre, les tribunaux français ont développé deux stratégies de réponse: l'une (a) fondée sur la notion de fraude, l'autre (b) sur une nouvelle et plus exigeante conception des limites imposées par l'ordre public international en cette matière.

a) Le recours à l'exception d'ordre public étant paralysé par la théorie de l'effet atténué, les juges du fond, d'abord, la Cour de cassation par la suite, ont utilisé assez largement l'instrument de la fraude pour s'opposer aux répudiations étrangères⁴⁷². La

⁴⁷¹Bertrand Ancel, note à Cour de cass., Civ., 24 novembre 1993, in RCDIP 1994, p.370.

⁴⁷²Cour d'appel de Paris, 6 juillet 1982, in RCDIP 1984, p.325, note Fadlallah; Cour d'appel de Paris, 15 novembre 1988, D. 1989, Som., p.257, obs.Audit, et RCDIP 1990, p.809; Cour de cass., Civ., *Senoussi*, 1^{er} mars 1988, D. 1988, p.486, note Massip; RCDIP 1989, p.721, note Sinay-Citermann; Cour de cass., Civ., *Akla*, 6 juin 1990, in RCDIP 1991, p.593, note Courbe; Cour de cass., Civ., 4 mai 1994, in RCDIP 1995, p.103 (1^{ère} espèce), note Déprez.

fraude contestée, dans ces cas, ne correspond pas au modèle théorique fondamental de l'institution, puisque le "détournement du facteur de rattachement" (Batiffol et Lagarde, 1993, p.594) est absent. Il s'agit, au contraire, d'un comportement défini "fraude au jugement"⁴⁷³ qui, bien que parfaitement légitime du point de vue objectif, est 'rendu' illégitime par l'intention exclusivement frauduleuse de l'intéressé.

Sans nous arrêter ici sur les nombreuses critiques d'ordre général que la théorie de la fraude attire - centrées en particulier sur la difficulté de prouver l'élément psychologique - on se borne à deux observations relatives à l'utilisation de la notion de fraude dans les controverses familiales internationales engendrées par l'immigration musulmane.

Le recours à la fraude soulève, en premier lieu, des doutes quant à son opportunité sociale et, au sens large, politique; il semble, en effet, que ce remède, en 'criminalisant' un recours à la *lex patriae* qui est en soi absolument légitime⁴⁷⁴, ne fasse que changer de cible à la réaction négative de l'ordre juridique du for envers la loi étrangère: du contenu matériel de la loi étrangère elle-même, au comportement du sujet qui la fait valoir. Cette attribution de la 'responsabilité' subjective du conflit de juridictions risque de crispier ultérieurement une catégorie de relations déjà suffisamment tendues, sans d'ailleurs contribuer (sauf que la preuve de l'intention frauduleuse se réduise à une sorte de présomption, ce qui n'est pas souhaitable) à augmenter la prévisibilité des solutions de droit en cette délicate matière.

En deuxième lieu, il ne faut pas oublier que, en nombre de cas, la dénonciation de la fraude n'évite pas que les mêmes résultats qui étaient visés par le comportement 'frauduleux' peuvent être également obtenu par le mari dans un laps de temps réduit. C'est,

Mais la contestation de la fraude n'est pas constante: v., p.e., Cour de cassation, Civ., 6 juillet 1988 (in RCDIP, 1989, p.733, note Niboyet-Hoegy), qui déboute une femme marocaine de sa requête en séparation de corps, après avoir constaté la répudiation intervenue après le dépôt de la requête. Le contenu de la décision est durement critiqué par Niboyet-Hoegy, qui reconnaît cependant que "...cette fraude - lorsqu'elle est ainsi détachée de toute autre source d'irrégularité - est assez insaisissable" (*ibidem*, p.739). La solution alternative préconisée par l'auteur est fondée sur l'exception de litispendance (cf.6.2.5.).

⁴⁷³Elle consiste à invoquer en France un jugement étranger dont le contenu diffère de la décision qu'aurait rendue la juridiction française si elle avait été saisie du litige, le but étant d'échapper ainsi aux conséquences d'un jugement français d'ores et déjà rendu, ou susceptible d'intervenir. Ce cas de figure suppose que la juridiction française est concurrentement compétente avec la juridiction étrangère" (Patrick Courbe, in RCDIP 1991, p.599). Si on regarde aux conséquences de la fraude, au lieu qu'à son objet, le comportement peut être défini comme une fraude "à l'intensité de l'exception d'ordre public" (Fadlallah, in RCDIP 1984, p.336).

⁴⁷⁴S'agissant d'Algériens ou de Marocains domiciliés en France, les autorités françaises et étrangères, la loi française et étrangère ont toutes des titres raisonnables à intervenir. On ne peut pas reprocher au mari de choisir le système le plus conforme à ses intérêts" (Gaudemet-Tallon, 1991, p.267).

par exemple, le cas, fréquent dans la pratique, de la répudiation prononcée par le mari au pays d'origine pendant que, dans le pays de résidence commune, la femme a assigné le mari en contribution aux charges du mariage. A l'aide de l'exception de fraude, le juge français pourra 'sauver' sa procédure et condamner le mari à l'entretien du ménage. Mais la solution est fragile car, comme l'observe justement Jean Déprez:

"Le fait qu'un mari soit l'objet d'une action en contribution ne saurait le priver [pour le futur] du droit de provoquer la dissolution du mariage en demandant le divorce ou en usant de la répudiation"⁴⁷⁵.

L'interprétation du recours aux juridictions du pays d'origine par le mari comme frauduleux, en somme, ne saurait se cristalliser en une sorte de *présomption permanente*, à peine de renverser subrepticement la jurisprudence *Simitch* et de condamner le mari immigré à une sorte de limitation de sa capacité légale.

b) L'insatisfaction diffuse à l'égard des solutions fondées sur l'exception de fraude semble pousser la jurisprudence, en temps récents, à expérimenter des nouveaux antidotes aux 'répudiations des immigrés'. En particulier, on remarque une tendance ⁴⁷⁶ à 'raviver' l'ordre public, à travers son ancrage explicite au texte de l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n°7, à la Convention européenne des droits de l'homme (entré en vigueur en France le 1^{er} novembre 1988), qui engage les Etats à garantir l'égalité des époux pendant toute la durée du mariage, mais aussi "lors de sa dissolution":

"Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilité de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les Etats de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants".

En refusant la reconnaissance de certaines répudiations sur la base de cette norme, la Cour de cassation tranche en sens affirmatif ses doutes précédents à propos de l'opposabilité des principes de la Convention aux normes d'un Etat non signataire⁴⁷⁷. Plus incertaine, dans la

⁴⁷⁵Jean Déprez, note in RCDIP 1995, p.113.

⁴⁷⁶Cour de cass., Civ., 1er juin 1994, in RCDIP 1995, p.103 (2ème espèce), note Déprez; Cour de cass., Civ., 31 janvier 1995, in RCDIP 1995, p.569, note Déprez, et in JDI 1995, p.343 (2ème espèce), note Kahn.

⁴⁷⁷*Pour*: Cour de cass., Civ., 31 janvier 1990, in RCDIP 1990, p.519, note Poisson-Drocourt; *contre*: Cour de cass., Civ., 10 juillet 1990, in RCDIP 1991, p.757. En décidant pour l'opposabilité, la Cour de cassation privilégie la considération des résultats concrets de l'application d'une norme étrangère (soit qu'il s'agisse d'une loi, soit d'un jugement) par rapport à celle de paramètres abstraits de titularité de l'acte et de souveraineté. C'est la même logique qui a guidé la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg dans une importante décision prononcée à l'encontre du Royaume-Uni en

tendance jurisprudentielle qui semble s'amorcer, reste l'étendue des conséquences de l'intégration de l'article 5 du protocole n°7 dans la notion d'ordre public international en matière de divorces étrangers. Certains souhaitent que cette étendue soit extrêmement vaste:

"Il n'est même pas besoin de se livrer à un savant exercice d'exégèse pour reconnaître qu'il [l'article 5 en question] condamne la plupart des répudiations sinon toutes. Il rend dans une large mesure la jurisprudence fondée sur la fraude ou l'ordre public procédural inutile par l'ampleur et la généralité du principe de l'égalité. [...] Ce qui reste incertain c'est le contenu que la Cour de cassation donnera au concept d'égalité de l'homme et de la femme dans le couple. [...] dans une interprétation minimaliste pourraient être reconnues en France les répudiations [...] dans les cas où le fonctionnement concret de l'institution ferait de la répudiation un véritable divorce au moins par consentement mutuel [...]. Dans une position maximaliste, aucune répudiation ne pourra être reconnue en France"⁴⁷⁸;

d'autres pensent que l'impacte de la norme européenne devrait épargner du moins le domaine des conventions bilatérales et, notamment de la Convention franco-marocaine de 1981⁴⁷⁹, qui traite la répudiation marocaine avec une faveur particulière (art.13; cf.6.2.). A un niveau plus général d'élaboration théorique, l'opportunité que les principes de la Convention ne se traduisent pas en normes d'application immédiate et que le mécanisme de l'ordre public conserve une certaine élasticité, même en leur présence, a été défendue par Pierre Mayer, en soutenant que:

"Rien ne permet [...] de penser qu'en concluant la Convention ou en y adhérant, les Etats parties aient voulu bouleverser le fonctionnement de leurs systèmes de droit

matière d'extradition vers les Etats-Unis (affaire *Soering*, Recueil des décisions, Série A, n°161). Une méthode analogue, pragmatique et finaliste, de protection des droits de l'homme (dans ce cas, il s'agissait de droits de source constitutionnelle et non conventionnelle) se trouvait à la base de la célèbre *Spanierentscheidung* du *Bundesverfassungsgericht* allemand; le juge constitutionnel allemand résumait ainsi le problème qui lui était posé et l'approche suivie dans la réponse:

"Il s'agit [...] d'examiner si un acte interne émanant d'un pouvoir public allemand, dans une situation concrète présentant plus ou moins de points de contact avec l'ordre interne, ne conduit pas à une violation des droits fondamentaux. S'il en résulte que l'application du droit étranger heurte un droit fondamental, il ne s'ensuit aucune condamnation générale de la règle étrangère, qui n'a pas été conçue pour être appliquée par des autorités allemandes et qui peut être parfaitement justifiée dans son propre contexte juridique; mais on se borne à constater que son application concrète dans une situation donnée n'est pas compatible avec l'ordre établi par notre Constitution" (Bundesverfassungsgericht, 4 mai 1971, version française in RCDIP 1974, p.57).

⁴⁷⁸Philippe Kahn, note in JDI 1995, p.353.

⁴⁷⁹Jean Déprez, note in RCDIP 1995, p.115.

international privé. Tel droit de l'homme, déjà consacré par leurs normes législatives ou constitutionnelles, n'a pas changé de nature lorsqu'ils ont décidé de s'obliger les uns envers les autres à le respecter" (Mayer, 1991, p.661).

Sur le terrain de cette cruciale controverse doctrinale, l'opposition entre deux conceptions opposées des "droits de l'homme" se dessine clairement: d'un côté, se situe une conception 'autoritaire' des ces droits, dont l'affirmation unilatérale, instantanée et universelle est considérée légitime et opportune, sinon nécessaire; de l'autre côté, émerge une conception 'contractuelle' et progressive de ces mêmes droits, perçus comme une valeur 'difficile', qui doit être assimilée par degrés et à niveau capillaire par la société, faute de rester lettre morte.

5.4.7. On a vu ci-dessus (5.4.5.) que la dimension procédurale de la répudiation a joué, pendant une certaine période, un rôle central dans la définition de l'attitude de la jurisprudence française en matière de reconnaissance de répudiations prononcées à l'étranger. Ce même critère a été assumé comme décisif par les législateurs de quelques pays européens.

Au Pays-Bas, la loi du 25 mars 1981 a subordonné la possibilité de la reconnaissance d'une répudiation étrangère à son acceptation, expresse ou tacite, de la part de la femme répudiée (art.3):

"La dissolution du lien matrimonial survenue à l'extérieur du royaume par une déclaration unilatérale prononcée par le mari n'est pas reconnue à moins que:

- a) la rupture du lien matrimonial dans cette forme correspond à la loi de statut personnel du mari;
- b) la rupture a effet juridique à l'endroit où elle s'est tenue;
- c) il apparaît clairement que l'épouse a explicitement ou implicitement marqué son accord avec la rupture ou s'est résignée à celle-ci"⁴⁸⁰.

La norme - qui semble énoncer une *clause spéciale d'ordre public*⁴⁸¹ - a le mérite de la clarté; mais ce mérite pourrait se révéler seulement apparent, si la jurisprudence n'était

⁴⁸⁰La traduction française (à la syntaxe incertaine) est celle fournie par Jean-Yves Carlier (1985, p.104, note 34).

⁴⁸¹Les clauses spéciales d'ordre public sont des dispositions législatives qui, généralement, définissent dans une situation donnée, d'une part, les exigences de l'ordre public du for ou, si l'on préfère, le seuil d'intolérance de l'ordre juridique du for à la loi étrangère, d'autre part, le lien requis avec le for pour provoquer l'éviction de la loi étrangère, donc l'*Inlandsbeziehung*" (Lagarde, 1993, p.279).

pas en mesure de maîtriser les "difficultés de preuve quant à l'acceptation de la femme" dont il a été souligné le risque⁴⁸².

L'évolution normative anglaise en matière, bien plus complexe, est centrée sur la distinction fondamentale entre les "overseas divorces" obtenus à l'étranger "by means of judicial or other proceedings" et ceux obtenus "otherwise than by means of judicial or other proceedings"; la dichotomie a été d'abord élaborée par la jurisprudence⁴⁸³ et ensuite codifiée par le législateur⁴⁸⁴. Sans prétendre de reconstruire ici ce parcours tourmenté dans les détails⁴⁸⁵, on se limite à dessiner la situation normative qui en résulte actuellement, dans ses lignes essentielles.

Les "overseas divorces" obtenus à l'étranger "by means of judicial or other proceedings" sont reconnus en Angleterre, pourvu qu'ils soient valables et productifs d'effets dans le pays étranger en question, si au moins une des parties était ressortissante, domiciliée ou habituellement résidente dans ce même pays (sect.46 (1) *Family Law Act* 1986).

Dans les mêmes conditions, si un divorce est obtenu à l'étranger "otherwise than by means of judicial or other proceedings" ("bare talak"⁴⁸⁶, dans la terminologie adoptée par la doctrine anglaise), il sera reconnu en Angleterre seulement si:

- a) les deux époux étaient domiciliés dans le pays où le divorce a été obtenu;
- b) ou bien, si un des époux était domicilié en ce pays et l'autre dans un pays qui reconnaît la validité du divorce;

en tout cas, la reconnaissance sera niée lorsqu'un des époux (ou tous les deux, naturellement) était habituellement résident en Grande Bretagne depuis au moins un an au moment du divorce⁴⁸⁷ (sect.46 (2) *Family Law Act* 1986).

⁴⁸²Gaudemet-Tallon, 1991, p.262. Jessurun d'Oliveira, 1995, pp.158-160.

⁴⁸³Dans la deuxième moitié de notre siècle, une ligne jurisprudentielle se déploie avec continuité de *Har Shefi v. Har Shefi* (1953, P.220; RCDIP 1953, p.598, note Graveson) à *Russ v. Russ* (1964, P.315; JDI 1965, p.454) à *Qureshi v. Qureshi* (1972, Fam.173; JDI 1973, p.422), pour ne citer que les arrêts plus remarquables.

⁴⁸⁴D'abord avec le *Recognition of Divorces and Legal Separations Act 1971* (reprenant la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps), qui restreint explicitement la possibilité de la reconnaissance aux divorces obtenus à l'étranger "by means of judicial or other proceedings" (sect.2 a)), puis avec le *Family Law Act 1986*, qui traite aussi des divorces extra-judiciaires en sens stricte en leur reconnaissant, comme on va voir, des marges limitées de reconnaissance.

⁴⁸⁵Cf., p.e., Nott, 1985; v.aussi Lipstein, 1980. en part.pp.148 ss..

⁴⁸⁶Talak est la translittération le plus souvent adoptée par la doctrine anglophone.

⁴⁸⁷Cf. la *Rule 82* du traité de Dicey et Morris (Collins, 1993, p.740).

Bien que des incertitudes survivent - liées surtout à la distinction entre divorces obtenus "by means of judicial or other proceedings" et divorces obtenus "otherwise", qui n'a pas été éclaircie par le législateur⁴⁸⁸ - la physionomie générale du système est claire. Le droit anglais actuel 'croise' deux critères différents d'évaluation de la répudiation prononcée à l'étranger: l'un concernant *la nature de la répudiation* elle-même (suivant qu'elle soit 'procéduralisée' ou totalement extra-judiciaire) et l'autre *visant le lien respectif des époux avec la société du for* (selon leur nationalité, et suivant qu'ils soient domiciliés et habituellement résidents en Grande Bretagne, ou bien dans le pays où le *talaq* a été prononcé). Cette combinaison de critères produit un spectre de solutions concrètes, qui reflètent des degrés différents (présumés) d'intégration, en y associant des degrés différents de tolérance envers le *talaq*. La reconnaissance de la répudiation 'procéduralisée' sera donc généreuse, pourvu qu'au moins un des époux conserve un lien, même si relativement ténu (nationalité, domicile, jusqu'à la résidence habituelle) avec la société d'origine (où la répudiation est prononcée); la reconnaissance sera, en revanche, très limitée, dans le cas de *bare talak* car, en ce cas, une seule année de résidence habituelle en Grande Bretagne suffit à élever une barrière infranchissable à l'encontre de la dérangeante institution⁴⁸⁹.

Méthodologiquement semblable à la solution anglaise, bien que moins articulée, est celle choisie par le législateur *suisse* en 1987. L'article 65 de la loi fédérale du 18 décembre prévoit que "les décisions étrangères de divorce ou de séparation de corps sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle, ou dans l'Etat national de l'un des époux, ou si elles sont reconnues dans un de ces Etats". Si, néanmoins, seul l'époux qui demande l'*exequatur* possède la nationalité du pays où a été rendue la décision, la reconnaissance est

⁴⁸⁸Cf. Pilkington, 1988.

⁴⁸⁹Pour avoir un tableau complet, il faut encore ajouter que le juge a toujours la *faculté* de refuser une reconnaissance si il évalue que:

a) dans le cas de divorce "by means of judicial or other proceedings", il constate que on n'a pas mis en condition une des parties d'intervenir dans la procédure (*Family Law Act 1986*, sect.51(3) et 54(1));
b) en tout cas, si la reconnaissance du divorce étranger apparaît "manifestly contrary to public policy" (*Family Law Act 1986*, sect.51(3)). Cette éventualité correspond à l'intervention de l'ordre public international dans les systèmes de *civil law*, mais elle a une portée effective beaucoup plus réduite. Dicey et Morris fournissent un exemple hypothétique mais significatif de contrariété manifeste à la *public policy*:

"One context in which this ground might be successfully invoked would be that in which a husband ordinarily resident in England uses a talak divorce in an attempt to avoid financial or other consequences attaching to a divorce obtained through the courts" (Collins, 1993, p.755).

conditionnée au consentement de l'époux défendeur ou bien au fait que "au moment de l'introduction de la demande, au moins l'un des époux était domicilié ou avait sa résidence habituelle dans cet Etat et que l'époux défendeur n'était pas domicilié en Suisse".

Les implications de ce texte pour le cas particulier de l'*exequatur* des répudiations étrangères - et les analogies partielles avec la situation anglaise - sont illustrées par le *Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé*:

"Le concept de divorce de l'article 65 est plus vaste que celui du droit suisse, puisque le divorce n'a pas besoin d'avoir été prononcé à l'étranger à la suite d'une procédure qui s'est déroulée devant les tribunaux civils; il suffit qu'il ait été prononcé à la suite de n'importe quelle procédure qui, dans l'Etat du jugement, a un caractère officiel. Qu'on pense aux divorces prononcés devant une autorité administrative ou un tribunal religieux. Il faut cependant qu'une procédure se soit déroulée ou qu'un organe officiel ait prêté son concours; une simple déclaration unilatérales [*bare talak*] comme certaines formes usuelles de répudiation du droit musulman, ne suffit pas, sauf dans les cas où pareille déclaration est intervenue à l'étranger entre des ressortissants du pays en question et que la question de la validité du divorce ne se pose qu'à titre préalable"⁴⁹⁰.

5.4.8. Dans le cadre d'une analyse comparative des marges et des paramètres de reconnaissance de la répudiation musulmane par les droits européens, on peut tracer une ligne de distinction entre:

- a) systèmes qui adoptent des *critères de selection fondés principalement sur le type de répudiation en question* (critères de nature juridico-comparative);
- b) systèmes qui adoptent un *critère visant de façon prioritaire les liens de la situation* (la vie conjugale et sa crise) *avec la société du for* (critères de nature 'sociologique').

La France représente sans doute l'exemple le plus évident d'un droit appartenant à la première catégorie (cf.5.4.5.)⁴⁹¹; l'Allemagne, en revanche, - avec la

⁴⁹⁰Feuille fédérale, 1983, I, pp.350-351, cité par Aldeeb Abu-Sahlieh, 1992, p.65.

⁴⁹¹L'attitude "traditionnelle" (Carlier, 1985, p.105) de la jurisprudence belge se rapprochait - en ce domaine comme en bien d'autres - à celle française, notamment en vertu du rôle important qu'y jouait la doctrine de l'effet atténué de l'ordre public. Cette attitude se traduisait en une reconnaissance relativement aisée des répudiations *khul* et des *talaq* acceptés, implicitement ou explicitement, par

centralité qu'on y observe de la notion d'*Inlandsbeziehung* - illustre bien la seconde approche, dont on examinera les traits caractéristiques ci-dessous.

L'opposition entre ces deux modèles nous semble capable de fournir une grille d'interprétation utile d'un panorama vaste et articulé; il ne faut cependant pas exagérer la portée et la signification de cette opposition, en risquant de la cristalliser. De nombreux systèmes de droit, en effet, réagissent au défi posé par le *talaq* en combinant - selon les exigences soulevées par le cas d'espèce, le moment politique ou la situation migratoire - critères de nature comparative et de nature 'sociologique'.

D'autre part, il ne faut pas négliger que la dichotomie proposée s'adapte à l'étude de systèmes juridiques caractérisés par un degré appréciable de '*maturité interculturelle*', c'est-à-dire des systèmes qui ont développé une attitude suffisamment différenciée à l'égard d'une institution étrangère telle la répudiation. Ce n'est pas

l'épouse (voir les décisions citées par Carlier, 1985, p.104, notes 33 et 34); en l'absence du consentement de l'épouse, en revanche, les solutions étaient moins pacifiques, le courant préminent étant cependant favorable à la reconnaissance, après vérification du respect formel des droits de la défense (*ibidem*, p.105, note 45; la solution se rapproche de celle de l'arrêt *Dahar*, rendu par la Cour de cassation française en 1979; cf.5.4.5.).

En dehors des cas de reconnaissance, le deuxième mariage après répudiation risquait d'entraîner - jusqu'à la suppression récente du délit d'adultère en droit pénal belge - une condamnation pour le mari. La jurisprudence essayait cependant, autant que possible, d'éviter cette conséquence disproportionnée (v., p.e., Trib.1^o inst. Bruxelles, 21 octobre 1986: "...la prévention retenue à l'égard du ressortissant marocain n'a pas été établie: en effet, le prévenu pouvait légitimement croire qu'il était divorcé. Il n'avait par ailleurs aucune intention injurieuse à l'égard de la première épouse puisqu'il se trouvait lui-même dans une situation de force majeure. La validité de son second mariage au regard de la loi marocaine entraînait pour lui l'obligation de le consommer" (cité par Bertrand et Shama, 1992, pp.63-64).

L'attitude "traditionnelle" de la jurisprudence belge face aux répudiations étrangères a été critiquée radicalement par Jean-Yves Carlier dans un important article (1985); l'auteur y soulignait, d'un côté, le caractère purement formel du respect des droits de la défense dans la procédure du *talaq* (là où il est procéduralisé); de l'autre côté, Carlier soutenait avec passion la nécessité de respecter la nature contractuelle du mariage musulman en reconnaissant encore plus largement sa dissolution par volonté unilatérale. Ses critiques débouchaient sur la proposition d'une nouvelle solution, basée sur la scission entre la rupture du lien conjugal (à reconnaître *de plano*) et ses effets (à soumettre à un contrôle rigoureux de compatibilité avec l'ordre public par les juges belges, qui pourront notamment condamner le mari au paiement d'une pension alimentaire après divorce).

La solution préconisée par Carlier (appuyée aussi par Michel Taverne, 1990, p.408) semble jouir d'une faveur croissante auprès de la jurisprudence belge: cf. Trib.civ. Bruxelles, 31 janvier 1989, in RTDF, p.42, note Fallon; Trib. Bruxelles, 9 mai 1989, in RTDF, 1990, p.37, note Fallon; Trib.civ. Namur, 3 janvier 1990, in RTDF, 1990, p.429; Trib.civ. Namur 17 mai 1990, in RTDF, 1990, p.431; Trib.civ. Nivelles, 25 juin 1991, in RTDF, 1991, p.378, note Fallon.

Si cette tendance était confirmée, un 'modèle belge', distinct de celui français, serait en voie de construction. La solution fondée sur la scission entre la reconnaissance de la répudiation et de ses effets est sans doute subtile et cohérente; mais il ne faut pas se leurrer à propos de sa capacité de résoudre les conflits d'intérêts qui gisent sous les conflits de lois; car - dans la plupart des cas - c'est juste en vue des effets patrimoniaux que le mari choisit la répudiation (cf.5.4.2.); le déplacement de la rigueur de l'ordre public de la dissolution à ses effets, alors, ne modifiera pas de façon substantielle l'impact de la décision sur les attentes et les espoirs des parties.

encore le cas de tous les droits européens: les tribunaux italiens, par exemple, semblent encore attachés à une perception 'idéologique' et indifférenciée de la répudiation, rejetée en tant que telle, abstraction faite de ses caractères concrets dans le cas d'espèce, ainsi que de l'intensité des liens de la situation litigieuse avec la société d'accueil⁴⁹².

5.4.9. On va terminer notre tentative de comparaison critique des réponses fournies par les systèmes de droit européens au 'problème de la répudiation' avec l'illustration des caractères essentiels de l'approche allemande à la question, qu'on a ci-dessus jugé utile juxtaposer - au prix de quelques inévitables schématismes - à l'approche française.

Nous venons d'anticiper que la spécificité de l'attitude des juges allemands envers les *talaq* étrangers dérive essentiellement de l'utilisation de la technique de modulation de l'ordre public qu'on appelle *Inlandsbeziehung* ou *Inlandsberührung*; voici comment cette notion est illustrée par Gerhard Kegel, sans renoncer à une flambée polémique, qui pourrait d'ailleurs investir de la même façon toute tentative pragmatique de doser l'intensité de nos principes fondamentaux selon les circonstances:

⁴⁹²La Corte di cassazione n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité d'un *talaq* prononcé à l'étranger avec l'ordre public italien; les décisions les plus récentes des juges du fond (pour les peu de précédents plus anciens: cf. Pastore, 1993, p.108) concernent le divorce à l'initiative du mari *ex art.1133* code civil iranien ("A man can divorce his wife whenever he wishes to do so"; traduction anglaise in: Amin, s.d.): il-s'agit de: Corte d'appello di Milano, 17 dicembre 1991, in RDIPP, 1993, p.109; Tribunale di Milano, 24 marzo 1994, in RDIPP, 4/1994, p.853. La deuxième décision, en renvoyant explicitement à la première, arrête que: "...come [...] è già stato in altre occasioni osservato dal giudice italiano (cfr.Corte d'Appello di Milano, sentenza 18 ottobre-17 dicembre 1991) la vigente normativa iraniana, correttamente interpretata, sancisce una fattispecie di divorzio che per il suo carattere unilaterale ed arbitrario non si discosta affatto dall'istituto del ripudio, come tale oggetto di aperte censure nell'ambito dell'ordinamento internazionale ed in contrasto con i principi informatori dell'ordinamento italiano".

Le caractère encore très approximatif de la connaissance de l'institution de la répudiation musulmane par les juges italiens émerge aussi de l'erreur interprétative des juges de la Cour d'appel milanaise, qui les conduit à une compréhension renversée de la répudiation *khol* (ou *khut*: cf.5.4.1.):

"...nel matrimonio [sic] *khol* (fattispecie nella quale, evidentemente, l'iniziativa del divorzio è ancora e sempre del marito), non solo il carattere arbitrario della decisione di questo giustifica - a titolo di compenso - il diritto della moglie alla restituzione della dote, ma inoltre l'esercizio di tale diritto restitutorio conferisce all'obbligato il potere di rinunciare al divorzio (potere che ovviamente presuppone che l'iniziativa fosse comunque sua, e non mai della moglie) per sottrarsi a tale prestazione economica, mentre l'eventuale rinuncia della moglie alla restituzione in parola privi il marito del *ius penitendi*, cioè del potere di rinunciare al divorzio, essendo venuta meno la ragione della sua speciale tutela. Ne deriva che queste norme, se correttamente tradotte ed interpretate, non contraddicono affatto il carattere unilaterale ed arbitrario del ripudio" (in RDIPP, 1993, pp.112-113).

“Eine Inlandsberührung ist nötig, und je stärker wir betroffen sind, um so eher wird Art.6 Satz 1⁴⁹³ eingreifen. Das Inland ist berührt vor allem, wenn ein Deutscher betroffen ist [...] oder wenn in Deutschland geheiratet wird (z.B. wenn ein Ägypter, der bereits verheiratet ist, bei uns zur Vielweiberei übergehen will). Dagegen rührt uns nicht, ‘wenn hinten weit in der Türkei die Völker aufeinander schlagen’ (Kegel, 1995, pp.379-380).

La prise en compte des liens concrets entre la situation litigieuse et l'Etat du for n'empêche pas aux juges allemands de sanctionner à travers le refus de reconnaissance des graves anomalies procédurales (“groben Verfahrensmängel”⁴⁹⁴), telle une violation grave du principe du contradictoire⁴⁹⁵; mais - voilà ce qui nous intéresse ici - l'ordre public procédural n'opère presque jamais de façon rigide: c'est ainsi que, par exemple, un *talaq* pakistanais a été jugé incompatible avec le *Gleichberechtigungsprinzip* par le *Amtsgericht* de München⁴⁹⁶, bien que la femme pakistanaise était favorable à la reconnaissance, parce que l'*Inlandsbeziehung* représenté par le *ständiger Aufenthalt* (séjour permanent) en Allemagne est apparu prédominant. En revanche, plus récemment, un tribunal du même degré à Hamburg a reconnu une répudiation marocaine dont la femme (marocaine) n'avait reçu notification qu'*a posteriori*, en affirmant que “der Anerkennung steht nicht entgegen, dass beide Eheleute ihren gewöhnlichen Aufenthalt [*résidence habituelle*] in der BRD haben”⁴⁹⁷.

⁴⁹³ Art. 6 EGBGB: “Öffentliche Ordnung (ordre public)

Die Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist”.

⁴⁹⁴ Cfr. § 328 I Nr.4 ZPO.

⁴⁹⁵ Cfr., p.e., BayObLG, 30 novembre 1981, in IPRax 1982, p.104, où les juges affirment de façon très nette le principe suivant:

“Die Anerkennung derartiger Scheidungen [*répudiation égyptienne*] kommt jedoch nicht in Betracht, wenn sie gegen den Willen und ohne Wissen der deutschen Ehefrau durchgeführt worden ist und diese sich auch noch im Anerkennungsverfahren gegen die genannte Art der Eheauflösung wendet”.

Mais il faut tout de même souligner que dans ce cas d'espèce la femme qui s'opposait à la reconnaissance avait la nationalité allemande. Pour un cas où le consentement de la femme à la reconnaissance couvre les insuffisances procédurales de la répudiation étrangère (ici jordanienne), cfr.: OLG Frankfurt, 12 juillet 1984, in IPRax, 1985, p.48.

⁴⁹⁶ AG München, 5 décembre 1980, in IPRax 1982, p.250, note critique E.J., qui se déclare favorable à la reconnaissance en présence du consentement de la femme.

⁴⁹⁷ AG Hamburg, 24 janvier 1985, in IPRax, 1986, p.114. La décision est particulièrement intéressante, parce que les juges allemands reconnaissent la décision marocaine dans la partie concernant la dissolution du mariage, mais ils refusent la reconnaissance des provisions relatives au montant de la pension alimentaire que le mari doit payer pendant la durée de la *idda* (la retraite légale qui suit tout divorce, fixée en trois mois par le droit marocain); ces provisions sont en effet jugées incompatible avec l'ordre public allemand, puisqu'elles contrastent avec une précédente sentence

L'examen de la nature des liens entre l'espèce et l'ordre juridique du for n'est pourtant pas la seule ressource dont disposent les juges allemands pour adapter leurs décisions à la remarquable variété de situations concrètes qui peuvent se cacher sous la demande de reconnaissance d'un *talaq*; notamment, on signale le poids qu'assume, en certains cas, la considération des résultats concrets auxquels conduirait l'application de la loi étrangère. Conformément à la notion concrète et téléologique de l'ordre public que le législateur de 1986 a codifié⁴⁹⁸, L'*Oberlandesgericht* de München a, par exemple, donné reconnaissance à un divorce unilatéral iranien - même en présence de liens forts et significatifs de la situation avec la société et la loi allemande (le mari répudiant avait sa résidence habituelle en Allemagne et il était soumis au statut personnel allemand en tant que réfugié politique), sur la base de la simple considération que le divorce aurait pu être obtenu même en cas d'application du droit allemand⁴⁹⁹.

Tout en admettant - avec Erik Jayme, la valeur positive représentée par le fait que "...das Münchner Urteil verhilft [...] beiden Eheleuten zu einer allseits wirksamen Auflösung de Ehe" (Jayme, 1989, p.223), on a l'impression que la logique qui conduit à une concrétisation trop accentuée de l'ordre public puisse rentrer en conflit avec celle qui pousse vers sa flexibilisation à travers l'*Inlandsbeziehung*; plus précisément, il nous semble que le plus grand mérite de la théorie de l'*Inlandsbeziehung* - lorsqu'appliquée en matière de répudiation - soit celui de permettre d'établir des 'seuils d'intégration' (cfr.chap.7), élastiques mais suffisamment nets, au-delà desquels la reconnaissance est impossible; au contraire, l'usage radicalement téléologique de l'exception d'ordre public efface à nouveau ces confins et, avec eux, la possibilité de rétablir un niveau acceptable de certitude du droit dans un domaine qui en a indiscutablement besoin.

5.4.10. En fin de ce chapitre, une synthèse est difficile: le tableau - comme nous l'avons vu - est complexe et présente des lacunes. Il nous semble, cependant, qu'il soit possible mettre en évidence quelques traits évolutifs communs à la plupart des droits

allemande de condamnation aux charges du mariage. La solution - fondée sur la considération distincte et autonome des effets personnels et patrimoniaux de la sentence étrangère - se rapproche des solutions belges décrites ci-dessus.

⁴⁹⁸L'article 6 EGBGB, déjà cité, dispose en effet que: "Die Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist...".

⁴⁹⁹OLG München, 19 septembre 1988, in IPRax, 1989, p.238.

nationaux dans leurs tentatives de trouver des solutions viables et équitables au problème de la reconnaissance des *talaq* étrangers.

On remarque, tout d'abord, une conscience croissante de la variété des types de répudiation qui existent dans le monde musulman contemporain, et de leur divers impact sur nos catégories juridiques. A cette *sensibilité comparative* accrue s'ajoute, du moins auprès de certains secteurs de la jurisprudence européenne, une *sensibilité 'sociologique'* croissante, qui conduit à différencier le traitement d'une demande de reconnaissance en fonction des caractères concrets de la situation litigieuse, et notamment du degré d'intégration des parties dans la société d'accueil. Les avantages d'une telle approche ont été perçus initialement par la doctrine et la jurisprudence allemande, mais aujourd'hui ils sont reconnus aussi par de nombreux auteurs francophones, de plus en plus conscients des limites intrinsèques de la doctrine de l'ordre public atténué. La nécessité d'un changement de paradigme est soutenue, par exemple, en ayant recours à des arguments très stimulants qui lient l'évolution des catégories juridiques à des changements historiques de 'longue durée', par Hélène Gaudemet-Tallon:

"...la corrélation entre l'espace et la durée [*qui subsistait en une époque, révolue, de déplacements internationaux moins faciles et rapides qu'aujourd'hui*] justifiait la distinction entre effet plein et effet atténué de l'ordre public. Mais, de nos jours, la notion allemande de *Inlandsbeziehung* est bien préférable, qui permet le même jeu de l'ordre public que la situation soit constituée dans ou au hors du territoire du for, dès lors que cette situation présente des *liens étroits* avec le for" (Gaudemet-Tallon, 1991, p.271).

Parallèlement à l'attention d'une partie de la doctrine vers un usage plus flexible et concret de l'ordre public, on voit se développer - auprès d'autres auteurs- une vague d'insatisfaction vers l'ordre public lui-même, en tant qu'instrument privilégié de réglementation des rapports entre les ordres juridiques européens et arabo-musulmans.

Pierre Gannagé cueille bien ce mouvement d'opinion, quand il écrit:

"Cette substitution de l'ordre public à la technique normale de conflit permettait certes une plus grande malléabilité des solutions. Mais elle en altérait [...] la fonction et les objectifs et n'a pas manqué de provoquer de sérieuses réserves" (Gannagé, 1992, p.427)

En effet, dans une phase historique où la présence stable de communautés étrangères de religion musulmane sur le sol européen est une donnée de plus en plus difficile à ignorer (cf.6.1.), une méthode de réponse *exceptionnelle* aux problèmes de droit international privé que ce phénomène pose - comme celle qui se fonde sur l'exception d'ordre public - apparaît inadéquate. L'éviction sélective, décidée cas par cas, du droit ou de l'acte étranger est une méthode qui ne parvient pas à s'affranchir de sa nature originaire de remède défensif extraordinaire, d'*extrema ratio*. Même lorsqu'elle vient élaborée dans les façons décrites, l'exception d'ordre public ne semble donc pas en mesure d'assurer le degré de prévisibilité et de 'normalité' qui est requis aux mécanismes du droit international privé dans l'ère de son application massive et systématique.

Dans la recherche de filtres à la réception des droits arabo-musulmans au fonctionnement moins hasardeux et plus transparent, la doctrine spécialisée européenne refuse généralement de replier sur des positions ouvertement territorialistes, qui sont au contraire épousées, en quelques cas, par les législateurs (cfr.6.3.). Les solutions préconisées par le milieu scientifique essayent, en revanche, d'allier une fidélité de fond à l'idée personnaliste avec une plus grande rigueur pratique, atteinte soit à travers la conversion au rattachement domiciliaire (Déprez, 1991, pp.200 ss.), soit avec l'introduction de clauses spéciales d'ordre public (Lagarde, 1993, pp.278 ss.).

Avant de revenir sur ces différentes options, pour esquisser également une prise de position autonome, dans le chapitre conclusif, on doit compléter notre cadre descriptif en illustrant les transformations profondes qui se produisent au cours des années quatre-vingt dans le domaine juridique étudié. Car, comme il a été résumé efficacement:

"...le grand vent de libéralisme et même de laxisme des années soixante et soixante-dix, combiné avec les élans tiers-mondistes de l'époque, allait dans le sens d'une atténuation toujours plus grande des exigences de l'ordre public en matière familiale et d'une tolérance accrue vis-à-vis des institutions du droit musulman. L'esprit des années quatre-vingt-dix n'est plus le même et il est parfois difficile d'en démêler toutes les composantes. La plus évidente est de caractère politique" (Lagarde, 1993, p.265).

Notre prochain chapitre essaye précisément d'analyser cette variable *politique* qui s'introduit dans le débat sur le statut personnel des familles immigrées de pays musulmans à partir du début des années quatre-vingt, en démêlant quelques-unes parmi ses principales composantes.

Chapitre sixième
**Les familles disputées: le statut personnel
comme enjeu politique**

6.1. Les années quatre-vingt: l'épiphanie de l'islam en Europe.

6.1.1. Les concepts de crise et de décadence retournent avec une fréquence presque obsessionnelle dans l'historiographie et la pensée arabe et musulmane, depuis l'impact colonial. La recherche d'explications de la perte de centralité et d'autonomie dans les rapports avec l'occident et la quête de solutions et de voies de renaissance ont occupé les meilleures énergies culturelles de cette partie du monde dans le dernier siècle et demi.

L'un des intellectuels les plus vifs et féconds de la scène arabe contemporaine, le marocain Abdallah Laroui, par exemple, décrit l'état de la culture dans l'aire arabo-musulmane, à l'époque contemporaine, comme un état de *crise* perpétuelle, qu'il définit comme "incapacité des intellectuels arabes à donner *un* diagnostic et, partant, *une* thérapeutique à l'ensemble des difficultés que connaît leur société" (Laroui, 1987, p.81). En soutenant avec courage un point de vue libre de toute intention consolatrice, il présente l'histoire récente de la pensée arabe comme une série de déchirements successifs, comme une chaîne d'effondrements d'hypothèses de renouvellement politique, chacune étant finalisée à soutenir le défi posé par l'Occident triomphant.

Dans la reconstruction de Laroui, le processus se déroule dramatiquement à travers *quatre crises*: la première est celle qui investit l'idéologie islamique traditionnelle et porte - au siècle dernier - à la naissance des courants réformistes et modernistes (dits "salafistes", depuis le mot arabe *salafiyya*⁵¹⁰), une deuxième crise emporte ces derniers - en effaçant pour longtemps l'idée même d'un 'libéralisme arabe' - à la veille de la deuxième guerre mondiale: "la réponse à cette crise fut double: d'une part une réaffirmation du néo-islam sous la forme du mouvement des *Frères*

⁵¹⁰Voir Hourani, 1993, en part.pp.403-409, pour un efficace encadrement historique de la "culture de la réforme". Dans le même ouvrage on trouvera (p.679) une bibliographie essentielle en matière.

musulmans qui, tout en appliquant la méthode des salafistes, s'efforcèrent d'éliminer toute influence extérieure et mirent la question sociale au premier rang de leurs préoccupations; d'autre part, une ouverture au marxisme qui se développa souvent à l'ombre d'une classe bourgeoise émergente" (Laroui, 1987, p.82). Une troisième crise est engendrée par la défaite arabe dans la 'guerre des six jours' (5-10 juin 1967) et elle marque la fin des illusions qui avaient fleuri autour du 'socialisme arabe'; la signature d'une paix séparé entre Egypte et Israël (Camp David, 5-14 septembre 1978) déclenche la quatrième crise, celle du panarabisme, en ouvrant définitivement la voie à un retour massif à la référence islamique dans la politique des pays arabes.

En centrant leurs analyses sur les dynamiques politiques générales plutôt que les théories relatives, la plupart des politologues occidentaux aboutissent à une vision également pessimiste du rapport des peuples arabes avec la modernité, représentée comme l'objet d'une tension nécessaire et constante, mais toujours infructueuse. On rappellera ici, pour tous, Bertrand Badie qui, dans son oeuvre fondamentale de comparaison historique intitulé "Les deux Etats" (1986, en part. chap.VI), identifie deux types essentiels de parcours de modernisation politique dans le monde arabe: la "modernisation conservatrice", dont l'Arabie Saoudite et le Maroc sont les seuls exemples qui survivent aujourd'hui et qui "ne se maintient comme formule de gouvernement qu'en protégeant, de façon sans cesse plus rigoureuse, l'ordre social en place et en multipliant les concessions de nature patrimoniale aux acteurs politiques" (Badie, 1986, p.219). et la "modernisation révolutionnaire", dont les nombreux expérimentations ont tous naufragé-dans l'autoritarisme et la corruption et qui "échouant régulièrement dans la construction des formules de légitimité et dans la mobilisation des masses, ne survit qu'en manipulant de plus en plus ouvertement les idéologies auxquelles elle se réfère, pour n'en plus faire que des défenses des acteurs de la scène politique moderne" (ibidem).

L'échec des modèles conservateur et révolutionnaire prépare le terrain à celle que Badie appelle la "contre-modernisation" islamiste, qui prend le devant de la scène dans les derniers vingt ans.

6.1.2. Le monde contemporain connaît la première réalisation concrète du modèle politique islamiste en 1979, quand l'ayatollah Khomeyni rentre en chef d'Etat à

Teheran de son exil parisien (1^o avril 1979), rappelé par un vaste soulèvement populaire qui avait forcé le premier ministre Shahpur Bakhtiar à abandonner le pouvoir (12 février 1979). La République islamique iranienne, soutenue à ses débuts par un consensus plébiscitaire (98% des voix, dans la consultation populaire du 30 et 31 mars 1979), deviendra un exemple et un symbole pour les nombreux mouvements contestataires d'inspiration islamiste et radicale qui se diffuseront, au cours de la décennie suivante, dans tout le monde musulman.

A partir de la fin des années soixante-dix, l'islam se présente impérieusement sur la scène politique de presque tous les pays à culture musulmane et il en devient rapidement une variable fondamentale. Mais les formes et les conséquences de ce bouleversement diffèrent selon les Etats.

Tout en soulignant combien la notion d'Etat islamique soit vague et controversée, on constate qu'une organisation politique ainsi définie s'instaure au Pakistan en 1977, avec le coup d'Etat du général Zia ul-Haq, et qu'une islamisation croissante de la structure de l'Etat et du système juridique caractérise, au Soudan, le régime de Jaafar al-Nimeiri depuis 1977⁵⁰¹ et, encore plus, celui d'Omar Hassan al-Bashir, imposé militairement en juin 1989.

En d'autres pays, les forces au pouvoir parviennent à résister à la pression islamiste en développant des stratégies, oscillantes et souvent non déclarées, d'"intégration" des mouvements radicaux:

"Dans plusieurs cas, y compris l'Égypte, la Jordanie et le Yémen unifié, la stratégie gouvernementale de compromis et de répression, de souplesse en matière de culture et de moralité, mais non de pouvoir et de sécurité, a connu un relatif succès. Dans tous ces cas, la culture de l'élite politique est plus réceptive à l'idée de l'activisme politique islamiste, à condition qu'il soit 'modéré', enraciné dans la société locale et doté d'une légitimité nationale. La situation est différente en Algérie et en Tunisie, où le rôle de l'islam dans la politique et la société est plus controversé, et le mouvement islamiste local d'origine bien plus récente. En Algérie et en Tunisie, l'expérience de la

⁵⁰¹Le code pénal de la *chari'a* est introduit en 1983; en 1984 (22-26 septembre) le président Nimeiri organise à Khartoum le Premier congrès mondial pour l'application de la *chari'a* islamique, qui aura environ 400 participants provenant de 42 pays. Cf.: Etudes Arabes, 1986, pp.65-85.

cooptation a cédé la place à la répression ouverte, suivant en ceci l'exemple de l'Egypte nassérienne des années 50 et 60..." (Krämer, in Salamé, 1994, p.309).

Dans une sommaire typologie, donc, à côté des Etats où l'idéal islamiste se trouve, en quelque mesure, réalisé, et des Etats qui coexistent avec l'islam politique en essayant de le canaliser, on peut situer les cas où la tension entre le pouvoir étatique et l'opposition islamiste débouche en un affrontement direct qui entraîne parfois, comme en Algérie, une véritable guerre civile⁵⁰².

6.1.3. Le phénomène qu'on a jusqu'ici qualifié comme 'islamiste' a une diffusion vaste - globale dit-on aujourd'hui - et une nature complexe et hétérogène qu'il n'est pas lieu ici d'essayer de saisir. On se limitera, donc, à fournir quelques repères pour s'orienter dans une certaine confusion terminologique.

Surtout dans une phase initiale du processus de réislamisation, le terme 'intégrisme' a été largement utilisé; comme nous l'explique le grand islamisant Maxime Rodinson:

"...l'étiquette d'intégrisme, empruntée à l'histoire récente du catholicisme [...] est relativement juste s'il s'agit, comme chez les intégristes catholiques, de l'aspiration à résoudre au moyen de la religion tous les problèmes sociaux et politiques et, simultanément, de restaurer l'intégralité de la croyance aux dogmes et aux rites" (Rodinson, 1993, p.268).

Mais, si telle est la définition, comme l'admet le même Rodinson, "...l'islam n'a jamais cessé d'être, en un sens, 'intégriste'. Né dans une société où chaque groupe élémentaire, chaque tribu avait des fonctions politiques, formait un micro-Etat, il a fallu, à l'origine même, que la communauté des fidèles, pour subsister, puis pour s'étendre, assume, entre autres de telles fonctions" (*ibidem*, p.269).

Dans l'aire anglophone, le terme *fundamentalism* est dominant; Youssef Choueiri éclaircit son origine et définit son objet comme il suit:

⁵⁰²Pour des analyses comparatives du rapport entre Etat et mouvement islamiste dans différents pays, cf.: Lamchichi, 1990a et 1990b; Baduel 1993. Il peut être utile, en outre, signaler quelques ouvrages généraux d'information sur le phénomène islamiste dans le monde: *Géopolitiques de l'islam* (n°1: *Les islams 'périphériques'*; n°2: *Les centres de l'islam*), numéros spéciaux de Hérodote. Revue de géographie et de géopolitique, N°35 - 4e trimestre 1984 et N°36 - 1er trimestre 1985; le recueil d'articles intitulé *L'islam dans le monde*, Paul Balta (dir.), La Découverte et Le Monde, Paris, 1986; Xavier Raufer (dir.), *Atlas mondial de l'islam activiste*, La Table Ronde, Paris, 1991; Farzana Shaikh (dir.), *Islam and Islamic Groups. A Worldwide Reference Guide*, Longman, Harlow, Essex, 1992.

“Whereas the term ‘fundamentalism’ has an obvious Protestant origin, denoting the literal yet creative interpretation of the Bible, it is here redefined, for lack of a better word, in order to convey a less rigorous connotation. Its direct meaning is assumed to indicate a certain intellectual stance that claims to derive political principles from a timeless, divine text” (Choueiri, 1990, p.9).

Dans ce sens le fondamentalisme - catégorie dans laquelle Choueiri fait rentrer certains courants de *revivalism* du XVIIIe et XIXe siècle, le réformisme qui se développe à cheval du siècle dernier et du nôtre, ainsi que le radicalisme contemporain - : “...is not simply the hallmark of a fanatic or a traditionalist. Contrary to common belief, it is an ardent endeavour that is imbued with an activist stance and an earnest determination to grapple with overwhelming odds. [...]. The ideological pronouncements of fundamentalism reveal a hostile attitude towards both traditionalism and official religious institutions. In other words, it is neither tradition bound, nor a literalist transcription of the statements of a divinely inspired book” (*ibidem*, p.11).

La classification de Choueiri nous aide à comprendre que ce qui caractérise l’islamisme radical contemporain, n’est pas son attitude envers les textes sacrés et la tradition, mais essentiellement sa position *politique* face à la modernité, son engagement sur la voie de la ‘contre-modernisation’ (Badie, 1986). Comme Bruno Etienne l’a écrit en termes clairs et péremptoires, en effet:

“Les islamistes sont radicaux par leur re-lecture de l’histoire de l’Orient et de l’Occident. Reprenant, par exemple, dans une opération inverse de celle pratiquée par l’Occident, l’ensemble des théories du développement qui font du sous-développement un phénomène ‘naturel’ lié au ‘retard’ de certaines sociétés périphériques, les islamistes soutiennent, tout au contraire, qu’il est le produit de l’Occident et de son imitation (*taqlid*). Il apparaît donc clairement que leur analyse est radicale en ce sens qu’elle remet en cause l’ordre économique mondial et la domination de l’Occident; elle propose comme solution à tous les maux de la modernité/modernisation les retour aux racines de l’islam politique” (Etienne, 1987, p.22).

Les spécialistes qu’on vient de citer nous fournissent des éléments précieux pour nous aider à cueillir l’identité politique de l’islamisme contemporain, qui combine un usage

intégriste de la religion (Rodinson) avec un activisme (Choueiri) et un radicalisme politique (Etienne) inédits.

Sur le plan des rapports avec l'ensemble bien plus vaste des manifestations de l'identité islamique, l'islamisme se caractérise par sa prétention à l'*authenticité*, qu'il revendique de façon exclusive et obsessionnelle⁵⁰³. Il existe un contraste paradoxal et dramatique entre cette donnée centrale du discours islamiste et le jugement amer et tranchant d'un illustre intellectuel arabe, qui voit, au contraire, dans l'islamisme, une perte totale d'identité:

"L'expression actuelle de ce que les acteurs sociaux et les observateurs - journalistes et politologues - appellent 'l'islam' est en fait un discours populiste qui atteste, dans sa forme linguistique, dans ses contenus imaginaires, mythologiques, dans les conduites véhémentes, incohérentes qu'il inspire, la pulvérisation des cadres sociaux, des codes de l'honneur, des registres sémantique, des lexiques réglés, des calendriers, des rituels, des célébrations, des liens de parenté ou de proximité sociale...bref, de tout ce qui conférerait un *ethos*, un visage, une cohésion, une mémoire et un sens de l'avenir à la société" (Arkoun, 1994, p.40)

6.1.4. Dix ans après la révolution iranienne, dans ce même 1989 qui voit se propager en Europe orientale une autre révolution qui sera appelée 'de velours', deux événements - puissamment amplifiés par les moyens d'information - marquent l'irruption de l'islam politique sur la scène publique du vieux continent. Il s'agit de deux manifestations de présence et d'identité de la part d'une minorité qui, jusque à ce

⁵⁰³"Sauver et développer l'identité authentique' de l'islam sont considérées, par les leaders des plus différents courants islamistes, les tâches fondamentales du mouvement. Dans une importante intervention sur l'hebdomadaire allemand *Die Zeit* (*Unsere globale Mission*, 22 décembre 1995, reproduite en traduction italienne par l'hebdomadaire *Internazionale*, n.122, 22 mars 1996, pp.30-32), par exemple, le leader tunisien Rachid al-Ghannouchi, leader du mouvement islamiste *Ennahda*, réfugié politique en Grande Bretagne depuis août 1993, résume ainsi les objectifs du mouvement islamique mondial:

"1) sventare il tentativo di eliminazione della comunità islamica a cui lavora una civiltà che si crede superiore, dispotica ed espansionista, dotata delle più efficaci armi di morte, di annientamento e di dissoluzione;

2) riconquistare la propria identità in quanto comunità portatrice di una missione globale eterna, a cui i profeti hanno affidato la loro eredità;

3) risvegliare la coscienza culturale e politica della comunità islamica".

moment avait cherché, autant que possible, de se confondre dans la société d'accueil et de demeurer ainsi inaperçue.

La première épifanie médiatique de l'islam radical européen a lieu à Bradford, en Grande Bretagne, en janvier, quand des membres d'associations islamiques locales⁵⁰⁴ brûlent des exemplaires du livre "The Satanic Verses"⁵⁰⁵ et des effigies de son auteur, le romancier anglo-indien Salman Rushdie⁵⁰⁶. L'action démonstrative a pour objectif d'obtenir du gouvernement l'interdiction et l'enlèvement du marché d'un texte considéré blasphème et offensif de la personne du prophète Mahomet. A l'arrière-plan de la protestation se situe une polémique ancienne des minorités islamiques à l'encontre d'une loi sur la blasphémie qui n'assure une protection adéquate qu'aux croyances et aux symboles de la religion anglicane, dont la reine d'Angleterre est "gouverneur suprême".

Le refus net du gouvernement britannique d'interdire la diffusion du livre élargit l'aire du mécontent à l'intérieur des communautés immigrées, en touchant aussi des secteurs traditionnellement réfractaires à toute tentation islamiste. Le problème atteint une dimension *constitutionnelle*, en révélant l'existence d'un contraste profond entre les principes normatifs qui fondent l'organisation étatique et la sensibilité normative d'une composante importante de la population⁵⁰⁷.

Les musulmans britanniques trouvent bientôt un champion exceptionnel, qui intervient à l'improviste pour venger leur humiliation: le 14 février 1989, l'ayatollah iranien Khomeyni prononce une *fatwa*⁵⁰⁸ qui choque l'occident:

"In the name of God almighty. There is only one God, to whom we shall all return. I would like to inform all the intrepid Muslims in the world that the author of the book 'The Satanic Verses', which has been compiled, printed and

⁵⁰⁴Un rôle décisif dans le déclenchement de l'affaire Rushdie a été joué par la *Jama'at-i-islami*, mouvement islamiste à diffusion internationale, fondé en 1941 dans le sous-continent indien par le journaliste de langue ourdou, A.A. Mawdoudi. Cf. Kepel, 1994, p.129.

⁵⁰⁵Publié en septembre 1988 par Viking Penguin.

⁵⁰⁶Né à Bombay en 1947.

⁵⁰⁷Les musulmans vivant en Grande-Bretagne, au lendemain de l'affaire Rushdie, étaient estimés être environ un million, dont deux tiers au moins provenant d'Asie du sud: 400.000 pakistanais, 12.000 du Bangladesh, environ 100.000 de l'Inde et près de 100.000 d'ascendance sud-asiatique mais nés en Afrique orientale (*The Economist*, 26 janvier 1991). Sur l'affaire Rushdie, le débat interminable qui l'a suivie et son impact sur le système des *ethnic relations* en Grande Bretagne, voir: Ruthven, 1990; Ahsan et Kidwai, 1991; Akhtar, 1989; Webster, 1992.

⁵⁰⁸C'est le terme arabe qui indique l'avis juridique, prononcé par un expert (*mufti*) et fondé sur la *chari'a*.

published in opposition to Islam, the Prophet and the Koran, as well as those publishers who were aware of its contents, have been sentenced to death. I call on all zealous Muslims to execute them quickly, wherever they find them, so that no others will dare to insult the islamic sanctions. Whoever is killed on this path will be regarded as a martyr and go directly to heaven, God willing..."⁹⁹.

L'intérêt de ce document - au-delà de ses répercussions dramatiques (le meurtre d'un des éditeurs du livre) et de son impact sur la vie de l'auteur du livre, qui est contraint dès lors à vivre en clandestinité - consiste dans le fait qu'il a révélé aux Etats européens que les minorités immigrées, celles islamiques en particulier, représentent un enjeu important non seulement au niveau de la politique interne, mais aussi de celle internationale. Il existe une compétition ouverte entre différents acteurs de la scène islamique internationale - une compétition qui se joue même au-dessus de la grande fracture théologique entre sunnisme et chiisme - pour assumer un rôle de contrôle et de guide envers ces précieuses minorités.

6.1.5. Dans le mois d'octobre 1989, le principal du collège "Gabriel-Havez" de Créteil (Oise), en France, décide l'éloignement provisoire des cours de trois élèves musulmanes qui insistaient pour se couvrir les cheveux avec un foulard¹⁰⁰ - en signe de pudeur et de distinction - pendant les leçons. La décision, perçue comme discriminatoire par les personnes concernées et stigmatisée par les associations de défense des droits des immigrés, entraînera la nation entière dans une débat vif et interminable: la 'question du foulard' - de nature éminemment symbolique - deviendra, par un effet singulier de polarisation médiatique, un des lieux centraux de la confrontation politique, juridique et intellectuelle sur l'intégration des personnes de culture musulmane.

Le premier acte de cette 'saga' (Bernard, 1994, p.V) est l'avis fourni par le Conseil d'Etat à la demande du ministre de l'éducation nationale de l'époque, Lionel Jospin. La haute juridiction juge que le port de signes distinctifs de nature religieuse n'est pas "incompatible avec la laïcité de l'école publique" - et que, donc, toute

⁹⁹Une traduction intégrale en anglais du texte de la *fatwa* se trouve en appendice à: Alan J. Day (dir.), *The Annual Register 1989. A Record of World Events*, Longman, Harlow, Essex.

¹⁰⁰Sur la pratique du foulard (en arabe: *hijab*) et du voile (en persan: *chador*), présente en mesure et en forme différente dans la plupart des pays à majorité musulmane, cf., par exemple, Mincees, 1990, en part.pp.90-97.

interdiction serait illégitime - sauf que les signes en question acquièrent, dans le contexte considéré, un caractère ostentatoire, revendicatif, discriminatoire ou perturbant les cours. Il s'agit d'une adresse sans doute équilibrée sur le plan des principes, mais qui laisse inévitablement ouvert un espace d'appréciation discrétionnaire, que les directeurs d'institut ne sont pas toujours capables de remplir avec l'équilibre nécessaire.

Ce sont, en effet, deux règlements scolaires qui prohibent de façon absolue le port du foulard, à provoquer une nouvelle intervention du Conseil d'Etat (en novembre 1992 et encore en mars 1994); l'organe, cette fois investi de la controverse en tant que juge administratif suprême, réaffirme son orientation originaire en censurant les règlements en question.

Plus récemment, l'orientation substantiellement 'tolérante' de l'ordre juridique français envers les signes d'allégeances islamiques dans les écoles publiques est corrigée en sens restrictif par une circulaire (20 septembre 1994) du nouveau ministre de l'éducation, François Bayrou, qui pose une distinction - fort problématique - entre signes religieux "discrets" et signes "ostentatoires"; seulement ces derniers, "qui constituent en eux-mêmes des éléments de prosélitisme ou de discrimination" et dont la signification "est précisément de séparer certains élèves des règles de vie commune de l'école", sont interdits.

Le 'tour de vis' décidé par le gouvernement semble bien s'accorder avec la dernière décision en matière du Conseil d'Etat, avec laquelle la Haute Assemblée confirme l'exclusion du collège Xavier Bichat de Nantua (Ain) de deux élèves qui refusaient d'ôter leur foulard pendant les cours d'éducation physique, puisque le comportement des deux filles est jugé incompatible avec le "bon déroulement" des leçons. La sentence se fonde sur l'affirmation de principe selon laquelle la liberté de conscience des élèves "comporte pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires", mais ne leur permet pas "d'arborer des signes d'appartenances religieuses qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles il seraient portés, individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient

leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement ou le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public"⁵¹¹.

Le remarquable catalogue de fondements légitimes de la prohibition des signes d'appartenance religieuse élaboré par le Conseil d'Etat ne semble laisser de l'espace que pour des manifestations extérieures d'identité collective purement *routinières*, qui ne seraient donc ni "ostentatoires" ni "revendicatives". Il est fort douteux que ce critère soit conforme à une situation d'immigration et à une époque de reformulation incessante des codes extérieurs de l'appartenance.

6.1.6. L'«affaire Rushdie» et l'«affaire du voile» sont les reflets spectaculaires et emphatisés d'une transformation qui est pourtant réelle et profonde et qu'on peut décrire comme «islamisation» croissante de la population immigrée et d'origine immigrée en Europe occidentale.

C'est un processus qui a une double dimension: sur le plan quantitatif on observe (cf.5.1.6.) que les personnes provenant de pays de culture musulmane deviennent la composante numériquement plus importante de la présence étrangère; du point de vue qualitatif, en revanche, on peut parler d'«islamisation» dans le sens que - au sein des communautés originaires de pays musulmans - la référence à l'«identité islamique» devient de plus en plus fréquente et inspire en mesure croissante les comportements collectifs.

Ce dernier phénomène s'insère dans une tendance plus générale à la revalorisation des racines historiques de l'identité collective - un *ethnic revival*, selon la formule forgée par Anthony Smith (1981) - qui intéresse un monde où l'ordre bipolaire est en voie de dissolution. A ce propos, il faut remarquer que:

«On a insuffisamment souligné l'étroite correspondance dans le temps entre, d'une part, l'aggravation des inégalités et des exclusions qui a accompagné le néolibéralisme idéologique des années quatre-vingt et, d'autre part, l'affirmation des revendications identitaires (qui ne concernent pas seulement ni

⁵¹¹Conseil d'Etat, 10 mars 1995, *M. et Mme Aoukili*, req.n°159981, in *Revue française de droit administratif*, 11 (3), mai-juin 1995, pp.631-632.

spécialement la population de culture arabo-musulmane)" (Bistolfi, 1994, p.23).

Pour ce qui concerne spécialement la formation en Europe d'un "islam transplanté" (Dassetto et Bastenier, 1984; Dassetto, 1994), il est évident que ce processus a également des liens étroits avec le mouvement de 'réislamisation' en cours dans le monde arabe et musulman, dont on a brièvement rappelé les lignes essentielles ci-dessus.

L'islamisation croissante des populations d'origine immigrée en Europe occidentale conduit à la formation de minorités de religion et de culture musulmane - qui, de plus en plus souvent, se perçoivent et sont perçues *exclusivement et essentiellement* comme telles - à l'intérieur de sociétés historiquement chrétiennes, imparfaitement laïcisées, et fondées, quant à leur organisation économique et politique, sur l'économie de marché et sur la démocratie libérale.

La situation qui s'engendre ainsi est, du point de vue de l'islam, tout à fait inédite. Il s'agit, tout d'abord, d'un islam *minoritaire*, qui ne jouit pas des marges relativement larges d'autonomie communautaire qui étaient accordés aux populations islamiques dominées par les colonisateurs européens (cf.1.3.) et qui sont reconnus - au moins formellement - aujourd'hui aux minorités musulmanes présentes en Inde et en nombreux Etats d'Afrique sub-saharienne.

Mais à cela s'ajoute un élément qui porte à l'émergence de celle que, dans une perspective historique, est "...une catégorie tout à fait nouvelle: la minorité musulmane *constituée par la migration volontaire* depuis les terres musulmanes vers les pays à domination chrétienne qui, jamais, n'ont appartenu à la Maison de l'islam. Il n'y a pas de précédent dans l'histoire islamique, ni d'examen dans la littérature juridique. Les juristes, anciens et modernes, ont analysé la situation délicate des musulmans sous un gouvernement non musulman selon différentes catégories: le nouveau converti, aliéné par ses anciens coreligionnaires; le visiteur temporaire pris en captivité ou voyageant comme diplomate ou commerçant; les malheureux habitants d'un pays musulman conquis par les incroyants. A aucun moment, on n'a imaginé une situation où un musulman quitterait volontairement une terre musulmane pour se mettre dans une situation aussi délicate" (Lewis, 1992, in Cesari, 1995, pp.19-20).

Cette situation, qui représente - comme le fait remarquer Bernard Lewis - l'inverse du pèlerinage à La Mecque (*hijra*), se caractérise donc par une absence presque totale de références doctrinales explicites qui puissent adresser les comportements des croyants. La légitimité même de l'émigration volontaire vers un pays non musulman se trouve parfois mise en discussion et "l'argument le plus fréquemment avancé pour défendre cette migration est la *darura* (la nécessité), interprétée en sens économique" (*ibidem*, p.20)⁵¹².

6.1.7. A partir de la fin des années soixante-dix, les minorités islamiques établies en Europe s'engagent dans une vaste et capillaire réflexion sur leur condition minoritaire et sur les rapports avec les pouvoirs publics de l'Etat laïque. Ce processus fait émerger, au cours de la décennie suivante, une série d'exigences fondamentales⁵¹³, qui se traduisent bientôt en autant de demandes et de revendications adressées aux autorités du pays d'accueil.

Les formes dans lesquelles ces demandes sont exprimées varient localement, mais peuvent toutes se reconduire à quelques catégories fondamentales. On peut ainsi distinguer, sur la base du secteur de la vie associée où elles se manifestent:

a) revendications concernant le système éducatif, qui ont des objets tels: l'enseignement religieux dans l'école publique, le traitement différencié des garçons et des filles (par exemple, l'exemption de ces dernières des cours d'éducation physique) et éventuellement leur séparation dans l'organisation scolaire, le port de signes distinctifs de nature religieuse ou traditionnelle à l'intérieur des établissements

⁵¹²Sur le concept de "migration" dans la culture islamique, cf. aussi: Aldeeb Abu-Sahlieh, 1996, et Karpal, 1996.

⁵¹³Les exigences principales qui inspirent les revendications avancées par les minorités islamiques dans l'espace public peuvent s'ordonner - de façon certes quelque peu schématique - ainsi:

a) exigence de pouvoir pratiquer librement et aisément les devoirs fondamentaux de chaque croyant (les *cinq piliers* de l'islam) qui sont les suivants: profession de foi (*shahada*), prière quotidienne, jeûne diurne pendant le mois de pénitence (*ramadan*), aumône (*zakat*), pèlerinage à La Mecque (*hijra*). Cette exigence d'importance absolument primaire se traduit surtout dans les demandes d'espaces de culte et d'arrangements contractuels spéciaux pour les travailleurs, qui tiennent compte des festivités islamiques;

b) exigence de visibilité et de reconnaissance sociale, qui fonde par exemple les demandes finalisées à la construction de grandes mosquées au lieu de simples salles de prière;

c) exigence de se perpétuer comme communauté, qui est à la base des nombreuses revendications liées aux modalités et aux contenus de l'enseignement public;

d) certaines demandes, enfin, naissent surtout d'une intention provocatrice ou bien ont une nature essentiellement instrumentale en relation à des objectifs de pouvoir qui sont en effet prédominants. Ceci est parfois le cas, comme on verra mieux, des revendications liées au statut personnel musulman.

(foulard), en quelque cas le contenu même de l'enseignement (cours d'éducation sexuelle);

b) revendications concernant l'organisation du travail, qui consistent essentiellement dans la demande d'horaires flexibles, qui permettent aux croyants de respecter les horaires de prière et les fêtes islamiques, notamment le vendredi et le *ramadan*;

c) revendications qui touchent à la gestion de l'espace urbain: outre les autorisations finalisées à la construction de mosquées, la création de 'carrés islamiques' dans les cimetières, la concessions d'espaces pour l'abattage rituel (*halal*);

d) revendications qui visent à obtenir une application plus large ou même exclusive du droit familial du pays d'origine ou, en quelque cas, du statut personnel musulman classique (*ahwal al-shaksiyya*), aux communautés islamiques d'origine immigrée.

6.1.8. Les résultats du renforcement de la présence islamique sur la scène publique européenne sont nettement visibles à partir de la moitié des années quatre-vingt, quand, par exemple, "on peut dénombrer à travers l'Europe une infrastructure de quelques 2000 mosquées, mises en place en peu plus d'une dizaine d'années" (Bastienier et Dassetto, 1993, pp.258-259).

Le degré de visibilité varie cependant substantiellement en fonction des différentes réponses des États européens aux instances islamiques. Car, en effet, pendant que dans la même période les politiques des pays européens en matière d'immigration traversent une phase de profonde convergence⁵¹⁴, les politiques nationales qu'on définit généralement (et génériquement) "d'intégration" des immigrés suivent des parcours tout à fait autonomes et parfois ouvertement divergents.

La différence entre les approches nationales se mesure déjà à partir de la terminologie: tandis qu'en France on parle de façon prédominante de "*intégration*" des "*immigrés*" et des "*jeunes issus de l'immigration*", en Grande Bretagne on discute habituellement de "*race relations*", au Pays-Bas on affronte la question en terme de "*etnische miunderheden*", en Allemagne on continue pendant longtemps à traiter de

⁵¹⁴Pour ce qui concerne en particulier les politiques d'immigration familiale, cf.5.1..

“*Gastarbeiter*” et en Italie on appréhende significativement le nouveau phénomène avec la formule “*lavoratori extra-comunitari*”.

Les nuances du vocabulaire officiel reflètent, bien entendu, des options politiques différentes, influencées à leur tour par de nombreux facteurs tels la conception de la Nation et le type de droit de la nationalité qui règnent dans chaque pays, la forme juridique des rapports entre l'Etat et les confessions religieuses, la nature des relations historiques, diplomatiques et économiques entre l'Etat d'accueil et les Etats d'origine⁵¹⁵.

Au cours des dernières années, les modèles nationaux d'intégration, aussi bien les plus universalistes que les plus respectueux des spécificités culturelles, ont dû se confronter avec les limites inhérent à toute approche trop rigide, excessivement simplificatrice, ou idéologique. En particulier:

“Une double interrogation n'a pu être éludée. Pour l'approche ‘assimilationniste’ [*dont la France s'est posée traditionnellement comme le champion*]: comment approfondir la démocratie en prenant en compte la dimension collective d'une appartenance culturelle, mais ceci sans la reconnaissance institutionnelle des communautés structurées qui remettraient en cause les fondements politiques biséculaires de la nation? Pour les tenants du multiculturalisme [*notamment, la Grande Bretagne et les Pays-Bas*] et les adeptes d'une simple insertion [*comme l'Allemagne*] comment renforcer le noyau des valeurs partagées de la citoyenneté, et prévenir la consolidation de minorités fermées, nationales, ethniques ou religieuses, porteuses d'exigences particulières incompatibles?” (Bistolfi, in Bistolfi et Zabhal, 1995, p.54).

Le début des années quatre-vingt-dix a ainsi coïncidé, pour beaucoup de pays, avec la mise en discussion de la démarche originare en matière d'intégration et la recherche expérimentale de correctifs et de solutions nouvelles. Les Pays-Bas, par exemple, amorcent un recentrage discret de leur politique, en réduisant le soutien financier aux communautés ethniques minoritaires⁵¹⁶. En suivant un parcours historique et politique

⁵¹⁵Pour approfondir la connaissance des différentes ‘voies nationales’ à l'intégration des minorités islamiques, voir en particulier: Arkoun et al., 1993; Basfao et Taarji, 1994; Bastenier, 1992; Baubérot, 1994; Bistolfi et Zabhal, 1995; Cesari, 1994; Dassetto et Bastenier, 1988; Dassetto et Bastenier, 1984; Entzinger, 1990; Etienne, 1990 et 1989; Gerholm et Litman, 1988; Kepel, 1994 et 1987; Lewis et Schnapper, 1992; Lopez-Garcia, 1993; Nielsen, 1992; Rath et al., 1991; Van Koningsveld et Shadid, 1992; Vöcking, 1992; Waardenburg et al., 1994.

⁵¹⁶Entzinger, 1992; Rath et al., 1991.

inverse, le ministre de l'intérieur socialiste français, Pierre Joxe, décide en 1990 l'institution d'un Conseil de réflexion sur l'islam de France (Corif): cet organe consultatif représente la première reconnaissance explicite, sur le plan institutionnel, de l'existence d'une minorité islamique en France⁵¹⁷.

6.1.9. La convergence européenne vers une reconnaissance *critique* et *pragmatique* de l'islam transplanté - dont on observe, comme on vient de voir, quelques traces - rencontre cependant plusieurs obstacles.

Sur le terrain culturel, elle se heurte à un courant de pensée qui reconstruit une image bipolaire de l'ordre international, en remplaçant le 'péril rouge' par un prétendu 'péril vert', identifié avec la mouvance islamiste internationale et, plus en général, avec l'islam même, interprété comme une civilisation immuable et monolithique. Cette conception, qui s'alimente aussi bien du terrorisme du mouvement palestinien *Hamas*, que des appels au *jihad* lancés par Saddam Hussein en 1991, a eu une formulation parmi les plus nettes et influentes par le politologue de Harvard, Samuel P. Huntington. L'auteur nord-américain fonde sa démarche sur l'hypothèse fondamentale que:

"...the fundamental source of conflict in this new world will not be primarily ideological or primarily economic. The great divisions among humankind and the dominating source of conflict will be cultural. Nation states will remain the most powerful actors in world affairs, but the principal conflicts of global politics will occur between nations and groups of different civilizations. The clash of civilizations will dominate global politics. The fault lines between civilizations will be the battle lines of the future" (Huntington, 1993, p.22).

A partir de là, et à travers une analyse géopolitique fort schématique, Huntington parvient à identifier le front principal du conflit de civilisations qui nous attend:

"Those countries that for reason of culture and power do not wish to, or cannot, join the West compete with the West by developing their own

⁵¹⁷L'activité des quinze 'sages' composant le Corif a duré jusqu'au début du 1993, quand le changement de majorité politique a conduit à sa 'mise en sommeil'. Cet organe est aujourd'hui officiellement remplacé par le Conseil représentatif des musulmans de France, reconnu par le gouvernement le 10 janvier 1995. La principale différence entre les deux conseils est que le deuxième se trouve dans un rapport de dépendance plus directe avec l'interlocuteur traditionnel de l'Etat français dans les rapports avec l'islam, c'est à dire la Grande Mosquée de Paris, dont le recteur, depuis avril 1992, est l'algérien Dalil Boubakeur.

economic, military and political power. They do this by promoting their internal development and by cooperating with other non Western countries. The most prominent form of this cooperation is the Confucian-Islamic connection that has emerged to challenge Western interests, values and power" (ibidem, p.45).

Une telle analyse ne nous intéresse pas ici pour ses conclusions descriptives, très discutables⁵¹⁸, mais plutôt à cause de sa méthodologie, une forme de *culturalisme axiomatique avec des fortes implications prescriptives*.

Une attitude culturelle de ce type inspire les positions politiques, minoritaires mais contagieuses, qui - dans tous les principaux pays d'immigration musulmane - utilisent des représentations stéréotypées et menaçantes de l'islam pour canaliser plus efficacement l'inquiétude sociale alimentée par l'immigration⁵¹⁹.

6.1.10. A côté des facteurs d'ordre culturel et politique qui entravent une reconnaissance *prudente* de l'islam européen, il y a des obstacles d'ordre pratique qui dérivent de la structure même des communautés islamiques d'origine immigrée, fortement divisées suivant les clivages des allégeances nationales et doctrinales. La principale difficulté à laquelle sont confrontés les Etats européens quand ils essayent de formuler des réponses politiques aux revendications islamique est sans doute la définition de critères équilibrés pour l'individuation d'interlocuteurs institutionnels effectivement représentatifs d'une galaxie hétérogène comme celle islamique.

"Au sein d'une communauté confessionnelle qui ne connaît pas (sauf dans sa composante chiite) une église institutionnalisée, la question de la représentation est à la fois "difficile et délicate. Difficile pour des raisons objectives tenant à la dispersion nationale et ethnique de la communauté musulmane elle-même, aux concurrences et aux sensibilités qui la traversent. Délicate aussi en raison du principe de 'séparation' qui prône la neutralité et interdit en principe aux

⁵¹⁸Par exemple, Huntington n'explique pas comment - à l'intérieur d'un paradigme basé sur la civilisation comme facteur conflictuel primaire - puisse résister l'hypothèse d'une alliance stratégique entre deux civilisations différentes comme l'islamique et la confucéenne.

⁵¹⁹L'entreprise est partiellement réussie si on en juge des résultats d'un important sondage effectué par l'IFOP pour Le Monde. A la question sur quels sont les mots qui synthétisent le mieux le contenu de l'islam, tandis que les musulmans interrogés répondent dans l'ordre "démocratie" (21%), "justice" (17%), liberté (17%), "protection de la femme" (14%), etc.; les français indiquent le "fanatisme" (37%), la "soumission" (24%), le "rejet des valeurs occidentales" (12%), la "liberté" (6%), etc.. Cf. Le Monde, 13 octobre 1994, dossier "La France et l'islam", pp.I-XII.

pouvoirs publics toutes ingérences dans la gestion des cultes. Délicate enfin et surtout parce que toute pression administrative tendant à la mise en place de représentations moins émiettées risque de fausser l'émergence, à son rythme, d'une représentation à la fois plus légitime et plus spontanément conforme aux exigences de la société d'accueil" (Bistolfi, 1995, p.33).

Mais l'importance décisive de la 'question de la représentation' ne peut être appréciée sans considérer les enjeux concrets qu'elle sous-tend. Car, comme le souligne Jocelyne Cesari pour la France, la fonction la plus importante d'un organe représentatif des musulmans, dans la phase actuelle, n'est pas celle de contribuer à l'élaboration de normes juridiques qui permettent de concilier les revendications islamiques avec le système juridique national, mais plutôt d'exercer le pouvoir fondamental de désigner les personnes chargées de conserver et transmettre l'identité religieuse de la communauté:

"...la recherche d'un interlocuteur par les autorités françaises n'est pas justifiée principalement par le besoin d'innovations dans la mise en forme juridique du culte puisque les questions à résoudre font l'objet d'une juridiction abondante concernant le judaïsme (abattage rituel, enseignement religieux, etc.), laquelle peut être appliquée par analogie à l'islam. En revanche, le problème le plus saillant est éminemment politique et a trait à la reconnaissance des autorités religieuses exerçant sur le territoire, ce qui renvoie à la question du statut des *imams* et de leur formation. En effet, la plupart d'entre eux sont formés à l'extérieur de l'Héxagone et sont de nationalité étrangère alors que près de la moitié des musulmans sont désormais des nationaux, ce qui pose notamment la question de l'adaptation de la transmission du message religieux aux nouvelles générations" (Cesari, 1995, p.29).

A titre de conclusion, on remarque que - bien que la difficulté et la délicatesse de la 'question de la représentation' soient hors discussion - dans certains pays, comme en Italie et en Allemagne, ces facteurs semblent parfois être surévalués, plus ou moins consciemment, pour fournir un commode argument pour rejeter ou renvoyer des demandes légitimes mais politiquement épineuses.

6.2. Les Etats d'origine et le statut personnel comme instrument de politique de l'émigration.

7

6.2.1. Dans les sociétés arabes contemporaines, déchirées entre un impératif exogène de modernisation 'à l'occidentale' et une poussée croissante vers la "contre-modernisation" islamiste (cf.6.1.1.), le droit de la famille est peut-être le lieu du conflit par excellence, le thème autour duquel les tensions s'intensifient, jusqu'à exploser. Dans les paroles d'un illustre juriste tunisien:

"C'est en matière de statut personnel et autour de lui que se jouent les grands scénarios (droit moderne/droit traditionnel, droit positif de l'Etat/droit de la société, droit laïc/droit islamique) et que s'instaurent crises et discordes (changement/résistance, acculturation/reculturation). La question relève, à ce niveau, de l'ordre du symbolique, du culturel, de l'anthropologique, d'où sa radicale politisation et sa position au centre des rapports ou conflit entre Etats et société, différent groupes de sociétés, monde arabe/occident, monde arabe/monde musulman, relations inter-arabes. C'est à ce niveau que le droit est sollicité de toutes parts, par l'Etat, l'individu, les groupes sociaux, au nom de la religion, de la morale, des moeurs, de l'histoire" (Ben Achour, 1992, p.9).

Parmi les raisons de la dramatique centralité de la question du statut personnel on doit sans doute compter la richesse symbolique d'une branche du droit qu'en la plupart des pays a conservé, plus profondément que toute autre, son empreinte confessionnelle originaire, et qui devient par conséquence un pivot idéologique nécessaire de tout mouvement à la forte charge identitaire⁵²⁰. Mais il ne faut pas négliger non plus l'enjeu concret de pouvoir, qui est sous-tendu par le débat sur le statut familial: entre l'organisation de la famille et celle de l'Etat il existe indéniablement un lien, qui a été théorisé en termes radicaux et provocateurs par la sociologue marocaine Fatima Mernissi:

"Obéir au mari, c'est obéir à Dieu. La *ta'a* [l'obéissance] qui figure dans les codes civils actuels reproduit, dans le harem, la *ta'a* aveugle au khalife. Les imams se fâchent parce que si la *ta'a* domestique est remise en question par de

⁵²⁰Pour une sélection de textes d'islamistes algériens portant sur le rôle de la femme et l'organisation de la famille dans une société 'réislamisée', voir le précieux recueil élaboré par Mustafa Al-Ahmal, Bernard Botiveau et Franck Frégosi (1991), en part.pp.239-265.

faibles femmes, comment s'attendre à ce que les hommes baissent les yeux devant le chef? La modestie de la femme arabe est la clef de voûte de tout le système politique" (Mernissi, 1992, p.200).

6.2.2. Mais, de nos jours, la centralité de la question du statut personnel ne caractérise pas seulement la politique interne des pays arabes, mais aussi - en mesure variable - cette branche importante de leur politique étrangère qui est la *politique de l'émigration*⁵²¹.

L'attitude des pays arabo-musulmans à l'égard des migrations en direction de l'Europe est marquée aujourd'hui par une *ambiguïté de fond*: le phénomène migratoire est désormais accepté officiellement par l'Etat⁵²² et l'implantation des communautés émigrées à l'étranger est considérée, en grande partie au moins, comme définitive; mais cette acceptation n'équivaut pas à une perte d'intérêt ou à un relâchement des liens. L'importance décisive que les remises des émigrés ont pour la balance économique des pays du rivage sud de la Méditerranée fait considérer leur pleine intégration dans le pays d'accueil comme un risque sérieux. Par conséquence, le but essentiel des politiques conduites envers les communautés émigrées par les États d'origine semble être de maintenir avec celles-ci des liens solides et vitaux.

Cette stratégie s'exprime à travers des comportements politiques différents dans chaque pays. En Tunisie, par exemple, selon l'analyse conduite par Malika Horchani-Zamiti pour l'année 1993:

"les principales mesures prises par les autorités tunisiennes en faveur des travailleurs émigrés pourraient être réparties en deux catégories visant toutes les deux le même but, à savoir le maintien et le renforcement des liens avec le pays en vue de l'incitation à l'épargne et à l'investissement en Tunisie. La première catégorie concerne des mesures qui tendent à renforcer l'identité tunisienne et le sentiment d'appartenance culturelle au pays, indépendamment

⁵²¹Les politiques en matière d'émigration des pays émetteurs, en dépit de leur influence évidente sur les réciproques politiques d'immigration des pays d'accueil, sont des objets d'études longtemps négligés par les chercheurs européens. Ce n'est qu'en temps très récents que les signes d'un inversion de tendance s'observent, aussi bien sur le plan théorique (Badie - Wihtol de Wenden, 1994) qu'empirique (Geisser - Lorcerie et Al., 1995).

⁵²²Les restrictions à la sortie, autrefois importantes, sont aujourd'hui réduites à un niveau comparable à celui des pays européens (sauf, il faut le dire, pour les femmes mariées, soumises en plusieurs pays à une autorisation préalable du mari pour obtenir le passeport).

de la nationalité juridique⁵²³. [...] La deuxième catégorie de mesures comporte des mesures financières qui tentent d'attirer le capital étranger, qu'il appartienne à des étrangers ou à des Tunisiens vivant à l'étranger" (Horchani-Zamiti, 1995, p.795).

Dans l'Algérie déchirée par la guerre civile, au contraire, la destinée des communautés émigrées ne semble pas constituer un enjeu politique central. La campagne patriotique d'encouragement au retour lancée dans les années soixante-dix par le parti unique au pouvoir se trouve convertie, aujourd'hui, dans une bien plus modeste et pragmatique initiative gouvernementale finalisée à rappeler les Algériens résidant à l'étranger en tant que potentiels investisseurs⁵²⁴.

Mais l'Etat arabe qui poursuit le plus activement une politique de conservation et de renforcement des liens avec les communautés émigrées est sans doute le Maroc. Dans ce cadre, les autorités du Royaume chérifien utilisent la *lex patriae* comme un rattachement social et culturel, outre que juridique⁵²⁵.

6.2.3. L'attitude du gouvernement marocain à propos du statut personnel des émigrés - que l'on pourrait définir un *personnalisme militant*⁵²⁶ - se manifeste sur plusieurs terrains, dès le lendemain de l'indépendance.

En 1960 (le 3 mars), le *dahir* n°1-60-020 établit d'abord des règles rigoureuses en matière de mariage des ressortissants marocain à l'étranger:

"Art.1: Les mariages entre Marocains et étrangères, d'une part, et Marocaines et étrangers, d'autre part, dans la mesure où ils ne sont pas interdits par le statut personnel du conjoint marocain, peuvent être célébré, à la demande des

⁵²³Cette catégorie de mesures comprend, par exemple, l'institution d'un Conseil supérieur des Tunisiens à l'étranger, investi de tâches consultatives dans le domaine de la politique de l'émigration; la création d'un programme de visites au pays d'origine pour les enfants de la deuxième génération; un amendement de l'article 12 du Code de la nationalité pour permettre aux Tunisiennes mariées avec des étrangers de transmettre leur nationalité aux enfants.

⁵²⁴Cf. Abada, 1995, en part. pp.797-798.

⁵²⁵Dans le cours tenu en 1988 à La Haye, où il a condensé sa riche expérience de juriste 'de frontière', Jean Déprez a observé que "...le respect du statut marocain à l'étranger demeure [pour les autorités marocaines] une préoccupation politique majeure. A tort ou à raison, le sentiment demeure aigu que le respect de chacun passe par le respect de son statut" (Déprez, 1988, p.113). L'observation est exacte; il nous semble, cependant, que l'obstination personnaliste du régime marocain s'explique mieux en termes de politique de l'émigration, comme on vient de dire, que d'orgueil national, comme suggère Déprez, bien que ce dernier facteur joue sans doute un rôle significatif.

⁵²⁶Nous avons utilisé cette terminologie dans un rapport préparé en 1994 pour l'Institut du Monde Arabe de Paris, intitulé "Familles entre les droits: pour un encadrement de la problématique du statut personnel des familles immigrées de pays musulmans en Europe"; voir: Bistolli, 1995, pp.47-53.

conjoints, par l'officier de l'état civil conformément aux dispositions du *dahir* du 4 septembre 1915.

Art.2: Toutefois, la célébration du mariage en la force de l'état civil est subordonnée à la consécration préalable de l'union dans les conditions de fond et de forme prévues par le statut personnel du conjoint marocain [...]⁵²⁷.

Par ces dispositions, le législateur marocain vise ouvertement à établir les ménages - ceux entre émigrés d'abord, mais également les ménages mixtes - sous l'empire de la *Moudawwana*; l'objectif de la norme n'est donc pas celui de protéger l'essence religieuse de l'union - car, comme on a déjà observé, le mariage musulman n'a pas la valeur d'un sacrement - mais plutôt celui d'affirmer avec force la portée bilatérale et extraterritoriale des empêchements de nature religieuse au mariage prévus par le droit coranique⁵²⁸. Les ressortissants marocains musulmans sont ainsi posés devant une alternative tranchante: se soumettre, dans la forme et dans le fond, au droit matrimonial de leur pays d'origine ou bien renoncer, dès le début, à toute reconnaissance de leur nouvelle situation familiale dans le pays d'immigration et choisir ainsi la voie d'une sorte d'«exile juridique».

Outre qu'en matière de conditions du mariage, le fort attachement au paradigme personnaliste des classes dirigeantes marocaines s'est manifesté à propos de la détermination de la loi applicable dans l'Etat de destination aux controverses familiales des ressortissants du Royaume. Paradoxalement, cette attitude a été révélée de façon retentissante par la diffusion d'un courant d'opinion d'empreinte territorialiste. Dans un pamphlet publié posthume en 1977, le *leader* nationaliste Allal Al Fassi prenait passionnément position pour une application généralisée de la *Chari'a* à tous les rapports sociaux, y comprises les relations familiales entre étrangers⁵²⁹. Cette thèse extrême - qui impliquait évidemment la destruction intégrale du système de droit

⁵²⁷De cette norme citée dérive - comme l'a confirmé le tribunal de première instance de Casablanca le 10 juin 1976 (cf. Aldeeb Abu-Sahlieh, 1992, p.55) - la nullité au Maroc du mariage célébré à l'étranger quand l'un au moins des conjoints est marocain. Le tribunal de grande instance de Paris a considéré une telle déclaration de nullité comme contraire à l'ordre public français et, comme telle, incapable de produire ses effets en France (RCDIP, 1982, p.510; Clunet, 1982, p.699).

⁵²⁸Notamment l'interdiction du mariage de la femme musulmane avec l'homme non-musulman: Coran, II, 221 et LX, 10.

⁵²⁹La thèse qui, au nom de la *chari'a*, envisage le dépassement d'un régime juridique des étrangers non-croyants qui a caractérisé dès le début (cf.1.1.) l'expérience juridique musulmane nous semble fournir un bon exemple de l'attitude violemment *simplificatrice* que la pensée islamiste a à l'égard d'une tradition culturelle riche et complexe comme celle islamique (cf., ci-dessus, les paroles de Mohammed Arkoun, 6.1.3.).

international privé marocain, liquidé en tant que produit inacceptable du colonialisme - représente l'aboutissement radical d'un itinéraire de pensée politique et juridique qui avait connu des étapes intermédiaires. Au cours d'un débat sur les mariages mixtes entre musulmans et non-musulmans Allal Al Fassi⁵³⁰ avait préconisé la même mesure "à titre de mesure de retorsion"⁵³¹ contre les Etats européens qui piétinaient le statut personnel originaire des émigrés marocains par une application toujours plus fréquente de la *lex fori* ou bien de la loi du domicile.

C'est cette version plus pragmatique du territorialisme de Al Fassi qui nous intéresse le plus ici, car c'est elle qui a eu plus de fortune, scientifique⁵³² aussi bien que politique, avec la présentation d'une série de projets de loi, l'un desquels prévoit, entre autres, que:

"L'état et la capacité de l'étranger en résidence au Maroc sont régis par sa loi nationale à moins qu'elle ne soit contraire à l'ordre public ou qu'elle ne garantisse pas au Marocain résidant sur le territoire du pays dont l'étranger est ressortissant la réciprocité..."⁵³³.

La suite des relations franco-marocaines nous montrera que l'épouvantail de la réciprocité n'a pas été agité en vain dans les milieux juridiques marocains.

6.2.4. L'adoption du nouvel article 310 du Code civil par la France (cf.5.3.4.) avait engendré une grave impasse dans les rapports juridiques entre la République et le Royaume marocain; la situation est synthétisée efficacement par Françoise Monéger:

"...l'application de l'article 310 alinéa 2 avait conduit à un vide juridique⁵³⁴, puisque les Marocains refusaient de reconnaître, au Maroc, les mariages célébrés en France et les divorces prononcés selon la loi française; tandis que les Français refusaient l'exequatur aux dissolutions des mariages prononcées au

⁵³⁰Sur ce débat, cf. Déprez, 1975, pp.19 ss..

⁵³¹Déprez, 1988, p.193.

⁵³²Notamment avec les travaux de Driss Chabi: *La réforme du divorce international français et ses incidences juridiques sur le statut personnel des Marocains établis en France*, mémoire de l'Ecole marocaine d'administration, 1982; *Les relations franco-marocaines de droit international privé depuis la loi du 11 juillet 1975 sur le divorce*, thèse, Strasbourg, 1987.

⁵³³La norme est citée par Jean Déprez (1988, p.198), sans indiquer du reste l'origine exacte et la date du projet de loi en question.

⁵³⁴La situation de "vide juridique" est dénoncée au Sénat par le ministre des Affaires étrangères, Claude Cheysson, dans son "Exposé des motifs" du projet de loi d'autorisation à la ratification de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981; cf. *Documentation parlementaire - Sénat*, première session extraordinaire de 1981-1982, document n.171, p.5.

Maroc, alors que les époux avaient leur domicile en France, et ne donnaient aucune efficacité juridique aux répudiations reçues devant les consulats marocains en France" (Monéger, 1984, pp.35-36).

Ce mur de méconnaissance réciproque, qui trouble profondément la vie d'une nombreuse communauté émigrée, résiste jusqu'en 1981, année de la stipulation de la Convention franco-marocaine "relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire" (Rabat, 10.8.1981)⁵³⁵. Le texte réalise de façon manifeste un échange de concessions entre les deux gouvernements; les termes du compromis sont résumés ainsi par l'auteur déjà cité:

"...les français, en contrepartie des concessions qu'ils faisaient sur le statut personnel, tant au niveau de la loi applicable en matière de divorce, qu'à celui de la reconnaissance des dissolutions de mariage prononcées au Maroc, ont obtenu que la Convention franco-marocaine mette en place un système de coopération judiciaire, afin de faciliter et de garantir l'exercice des droits de garde et de visite⁵³⁶ et le paiement des pensions alimentaires, système contenu dans le chapitre III de la Convention".

⁵³⁵Décret n°83-435 du 27 mai 1983, in Journal officiel, 1er juin 1983, p.1643; la Convention est entrée en vigueur le 13 mai 1983. Sur la Convention, voir notamment: Monéger, 1984, et Decroux, 1985.

⁵³⁶Au début des années quatre-vingt, le problème des 'enlèvement' des enfants de couples mixtes franco-marocains et franco-algériens par les pères auxquels les juges français n'ont pas confié la garde après-divorce agitaient l'opinion publique française. Le problème, à cette époque ainsi qu'aujourd'hui, ne surgissait pas exclusivement au sein des couples euro-maghrébins; dans ces cas, cependant, il assumait souvent un aspect plus inextricable, car les droits maghrébins soutiennent généralement les prétentions du père à obtenir la garde ou, du moins, à éviter qu'elle soit confiée à la mère, dans des circonstances particulières, qui sont fréquentes en situation d'immigration. Dans la *Moudawwana*, par exemple, si en voie de principe la garde (*hadana*) est confiée prioritairement à la mère (art.99), des hypothèses sont prévues où cette règle générale est écartée au profit du père ou d'une série d'autres personnes (grand-mère maternelle, mère de la grand-mère maternelle, tante maternelle germaine, etc.):

Art.107: "Lorsque la gardienne fixe sa résidence dans une autre ville et qu'il devient difficile de ce fait, au père ou au tuteur de surveiller les conditions de vie de l'enfant et d'assumer ses obligations envers lui, la gardienne perd son droit de garde".

Art.108: "Lorsque la gardienne a une religion différente de celle du père de l'enfant qui lui a été confié et qu'elle n'en est pas la mère, elle ne peut exercer son droit de garde que durant les cinq premières années de la vie de l'enfant.

Lorsque la gardienne est en même temps la mère de l'enfant, elle exerce pleinement son droit de garde, à condition qu'elle ne profite pas de l'exercice de ce droit pour élever l'enfant dans une religion autre que celle du père".

On voit bien que ces circonstances exceptionnelles (résidence du père et de la mère en deux villes, ou même en deux pays différents; religion différentes de la mère et du père) sont beaucoup plus fréquentes chez des familles d'émigrés ou des familles mixtes.

La clef de voûte de l'accord - qui contient, chose rare pour ce genre de documents, de nombreuses règles de conflits de lois - est représentée par son article premier, qui réaffirme solennellement que:

“L'état et la capacité des personnes physiques sont régis par la loi de celui des deux Etats dont ces personnes ont la nationalité”.

Malgré la portée générale de l'intitulé et de ce premier article, la Convention ne contient que des règles de conflit en matière matrimoniale, qui touchent à la phase de la constitution du lien, aussi bien qu'à celle de sa persistance et de son éventuelle dissolution. Après avoir posé le principe fondamental de la soumission des ressortissants des deux pays à la *lex patriae*, le traité s'en écarte pour les conditions de forme du mariage (*locus regit actum*)⁵³⁷ - sans préjudice de la faculté pour chaque Etat de permettre le mariage consulaire de ses ressortissants - et pour les effets personnels du mariage mixte que l'article 7, alinéa 2, situe sous l'empire de "la loi de celui des deux Etats sur le territoire duquel les époux ont leur domicile commun ou avaient leur dernier domicile commun" (art.7). La solution reproduit celle de la tradition jurisprudentielle française, établie par l'arrêt *Tarwid*⁵³⁸, sauf en ce qui concerne le dernier des échelons prévus (le dernier domicile commun au lieu de la *lex fori*).

Une échelle de rattachements identique à celle qui régit les effets du mariage est énoncée par l'article 9 pour sa dissolution, qui sera prononcée selon la loi nationale commune, ou bien selon "la loi de l'Etat sur le territoire duquel les époux ont leur domicile commun ou avaient leur dernier domicile commun", en cas d'époux de nationalité différente. Par cette norme cruciale, les effets de la réforme française de 1975 sont renversés et les ménages émigrés sont rétablis sous l'emprise de la *Moudawwana*.

Comme on déduit de l'article 11, qui parle de dissolution de mariage "prononcée" par des "juridictions", l'applicabilité de la loi nationale marocaine en France rencontre sa limite essentielle dans la nature nécessairement judiciaire de la dissolution du mariage sur le sol français. Mais, l'institution de la répudiation - qui est rejetée à ce titre - est réintroduite par l'article 13, qui établit - non sans ambiguïté - que:

“Les actes constatant la dissolution du lien conjugal homologués par un juge au Maroc entre conjoints de nationalité marocaine dans les formes prévues par leur loi

⁵³⁷Le Maroc renonce ainsi, dans ses rapports bilatéraux avec la France, au personalisme intégral (de forme et de fond) de ses règles de droit commun en matière de mariage (cf.6.2.3.).

⁵³⁸Cour de cassation, Ch.civ., 15 mai 1961, in RCDIP, 1961, p.547, note Batiffol.

nationale produisent effet en France dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés à l'étranger.

Lorsqu'ils sont devenus irrévocables, les actes constatant la dissolution du lien conjugal selon la loi marocaine entre un mari de nationalité marocaine et son épouse de nationalité française, dressés et homologués par un juge au Maroc, produisent effet en France à la demande de la femme dans les mêmes conditions que les jugements de divorce".

C'est une reconnaissance législative du *talaq* qui n'a pas de précédents en Europe continentale et qui provoquera - comme on verra ci-dessous - une vague de réactions jurisprudentielles négatives.

Il faut signaler, en conclusion, que la vaste ouverture au statut personnel marocain réalisée par la Convention est délimitée par la barrière extrême de l'article 4:

"La loi de l'un des deux Etats désignés par la présente Convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public"

La portée concrète de cette clause d'exception représente, de toute évidence, l'un des problèmes interprétatifs majeurs du texte conventionnel; Françoise Monéger nous prévient raisonnablement, à ce propos, que:

"...sous peine de priver la Convention de toute utilité et de la vider de sa substance, les juges des deux pays devront faire un effort pour accepter la différence de l'autre et se défendre du penchant naturel consistant à considérer par principe que sa propre loi est la meilleure".

6.2.5. A distance d'une quinzaine d'années de la signature de la Convention de Rabat, on peut affirmer que le compromis⁵³⁹ qui était à la base de l'accord s'est révélé infructueux: d'un côté l'entraide judiciaire n'a produit qu'une amélioration relative du

⁵³⁹La logique même du compromis - introduite par la Convention franco-marocaine sur le terrain des droits fondamentaux de l'individu - a été durement critiquée par de nombreux observateurs; à titre d'exemple, on cite les paroles indignées de Mohammed Arkoun:

"La défense des droits de la personne - notamment pour les femmes - est ainsi sacrifiée par des 'Etats de droit' en vertu du 'droit des peuples à disposer d'eux mêmes' qui, en l'occurrence, est un droit reconnu à des Etats oppresseurs, d'étendre leur souveraineté juridique jusqu'en terre étrangère" (Arkoun, 1992, p.15)

taux d'efficacité des décisions en matière de garde des enfants⁵⁴⁰; d'autre côté, l'ouverture française aux répudiations marocaines a été réduite fortement, dans la pratique, par une attitude fermée des tribunaux républicains⁵⁴¹, fondée sur l'usage fréquent des exceptions d'ordre public international⁵⁴² et de fraude⁵⁴³.

La doctrine la plus autorisée a critiqué le recours aux remèdes exceptionnels le l'ordre public et de la fraude pour barrer la voie aux répudiations marocaines. Selon Jean Déprez, par exemple, une réaction efficace aux répudiations frauduleuses pourrait bien s'envisager, sans parvenir à des solutions qui trahissent l'esprit initial du traité; le spécialiste considère notamment qu'on pourrait tirer du texte de l'article 11, alinéa 3, de la Convention⁵⁴⁴, une règle de litispendance qui investit les répudiations aussi bien que les actions en divorce judiciaire. Déprez repousse l'objection immédiate que l'article en question ne se réfère explicitement qu'aux actions judiciaires, à travers une interprétation progressive qui valorise particulièrement les changements intervenus dans le droit matériel marocain du divorce depuis la signature de la Convention (cf.5.4.1.):

"L'esprit du texte est d'éviter le chevauchement de compétences concurrentes et même si, en rigueur de termes, il n'y a pas d'action en répudiation", c'est tout de même le juge qui par décision de justice en tire les conséquences, jouant ainsi le rôle d'intermédiaire obligé sans lequel la répudiation, certes décidée par

⁵⁴⁰En 1991, le Bureau de l'Entraide Judiciaire Internationale du ministère de la Justice nous a fourni les données suivantes relatives à l'année 1990:

Algérie: dossiers ouverts: 47; retours d'enfants: 24

Maroc: dossiers ouverts: 17; retours d'enfants: 6

Tunisie: dossiers ouverts: 11; retours d'enfants: 0.

⁵⁴¹Le gouvernement français ne s'est pas opposé à cette tendance jurisprudentielle: en 1985, le garde des sceaux répondait ainsi à une question officielle qui lui était posée au Sénat:

"L'acte de répudiation est soumis à un contrôle identique à celui qui est exercé par les tribunaux sur les jugements de divorce étrangers en général. Comme pour le divorce, les effets de la répudiation relèvent de la loi qui est à l'origine de l'acte, sous réserve du rôle dévolu à la loi française par les règles contenues dans la Convention ou, le cas échéant, dans les principes du droit international privé français" (Réponse du ministre n.21544, in Journal officiel, débat Sénat, Questions, 21 février 1985, p.336).

Bien que vague, la réponse ne s'oppose pas, par exemple, à une interprétation de l'article 13 de la Convention de 1981 qui considère la répudiation prononcée sans le respect des droits de la défense comme contraire à l'ordre public français.

⁵⁴²Récemment, cf.: Cour de cass., Civ., 1^{er} juin 1994, in RCDIP 1995, p.103 (2^{ème} espèce), note Déprez.

⁵⁴³Cour de cass., Civ., 4 mai 1994, in RCDIP 1995, p.103 (1^{ère} espèce), note Déprez; Cour de cass., Civ., 13 décembre 1994, in JDI 1995, p.343 (1^{ère} espèce), note Kahn.

⁵⁴⁴"Si une action judiciaire a été introduite devant une juridiction de l'un des deux Etats et si une nouvelle action entre les mêmes parties et ayant le même objet est portée devant le tribunal de l'autre Etat, la juridiction saisie en second lieu doit surseoir à statuer".

le seul mari, ne peut produire ses effets de droit. Encore qu'elle laisse intacte le droit de rupture discrétionnaire, la réforme opérée en 1993 (tentative de conciliation, autorisation du juge) confirme l'encadrement judiciaire de ce procédé de dissolution et un emprunt au régime du divorce. On peut donc dire sans invraisemblance que le tribunal marocain est 'saisi' et que s'il l'a été en second lieu, comme en l'espèce, il aurait dû surseoir à l'homologation. En ne le faisant pas, il a méconnu la Convention franco-marocaine et la dissolution opérée au Maroc sous son égide ne s'impose pas à l'ordre juridique français"⁵⁴⁵.

6.2.6. Encouragé par le succès (très relatif, comme on vient de voir) obtenu dans les négociations avec la France, le gouvernement marocain a essayé d'appliquer la même méthode sur une plus large échelle, en visant à construire un réseau de protection conventionnelle du statut personnel des Marocains dans les principaux pays d'émigration. Des pourparlers ont ainsi été successivement entamés avec la Belgique, les Pays-Bas⁵⁴⁶, l'Allemagne et l'Italie⁵⁴⁷.

La négociation entre le Maroc et la Belgique a suivi un parcours tortueux et tourmenté mais, jusqu'aujourd'hui, elle est la seule qui a produit quelques résultats concrets, bien que non définitifs: à deux reprises, en 1979⁵⁴⁸ et en 1991⁵⁴⁹, des textes ont été signés par les représentants des deux gouvernements mais, chaque fois, des perplexités surgies dans la phase de l'examen parlementaire ont empêché la ratification.

⁵⁴⁵Jean Déprez, note in RCDIP 1995, p.109.

⁵⁴⁶Pour une mise à jour sur l'état des négociations entre le Maroc et les Pays-Bas - assez pessimiste quant à l'issue possible - voir: Jessurun d'Oliveira, 1995, pp.164-166.

⁵⁴⁷Cf. Moulay Rhid, 1995, pp.126-127.

⁵⁴⁸Protocole d'accord administratif relatif à l'application des règles régissant l'état des personnes sur le territoire des Royaumes du Maroc et de Belgique", signé à Bruxelles le 26 septembre 1979. Le texte de l'accord, avec un commentaire approfondi par Joe Verhoeven, se trouvent dans: Verhoeven, 1980.

⁵⁴⁹En juillet 1991, trois conventions distinctes ont été signées entre Maroc et Belgique:

"Convention sur la loi applicable et la reconnaissance des mariages et de leur dissolution";

"Convention sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière d'obligation alimentaire";

"Convention relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires en matière de droit de garde et de droit de visite";

Les textes relatifs se trouvent dans: Revue de droit familial, 1994, pp.535 ss.. Une analyse critique des conventions, accompagnée par une reconstruction attentive des relations juridiques entre les deux royaumes est fournie par Carlier, 1994.

Dans les deux occasions, la disponibilité au compromis qui animait l'exécutif belge⁵⁵⁰ a été paralysée par une attitude plus intransigeante déployée par les représentants du peuple. Pour ce qui concerne les conventions de 1991, cependant, l'impasse pourrait ne pas être définitive et la discussion se poursuit; il vaut donc la peine d'illustrer brièvement les particularités de celle qui nous intéresse le plus ici: la Convention sur la loi applicable et la reconnaissance des mariages et de leur dissolution. Presque identique, dans la substance des solutions accueillies, à la convention franco-marocaine en ce qui concerne la loi applicable aux conditions du mariage, à ses effets personnels et à sa dissolution⁵⁵¹, la convention s'en éloigne à propos de la reconnaissance en Belgique des répudiations intervenues au Maroc. L'article 19 établit en effet que:

“La dissolution du lien conjugal résultant d'un acte adoulaire irrévocable dressé et homologué au Maroc est reconnue de plein droit en Belgique lorsque les époux sont de nationalité marocaine, dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés à l'étranger.

La reconnaissance prévue par le présent article s'applique uniquement aux dispositions de l'acte relatives à la dissolution du lien conjugal”.

On remarque deux divergences par rapport à l'article 13 de la Convention avec la France: d'abord, aucune disposition *ad hoc* n'est ici dictée pour le cas particulier où la femme répudiée soit de nationalité belge; en deuxième lieu, le deuxième alinéa de cet article limite la reconnaissance à l'effet principal de la répudiation - c'est à dire à la dissolution du mariage - et il en exclut implicitement les effets de nature patrimoniale et ceux, éventuels, relatifs à la garde des enfants issus de l'union. Cette dissociation des effets - qui est manifestement inspirée par une tendance récente de la jurisprudence

⁵⁵⁰Le ‘cœur’ de l'accord, du point de vue de l'intérêt politique des Etats signataires, était le même de la Convention franco-marocaine de 1981:

“Il apparaît [...] clairement que ces trois projets doivent être considérés comme un ensemble entraînant des concessions réciproques du Maroc et de la Belgique. C'est ainsi que la partie belge a un intérêt prépondérant pour la troisième convention relative à l'exécution des décisions judiciaires en matière de droit de garde et de droit de visite, en vue de pouvoir trouver des solutions concrètes à l'épineux problème des *kidnapping* légaux, alors que la partie marocaine a un intérêt prépondérant pour la première convention relative au mariage et à la dissolution du lien conjugal, en vue d'obtenir officiellement, dans un texte, le principe de la reconnaissance des répudiations intervenues au Maroc entre Marocains” (Carlier, 1994, p.451).

⁵⁵¹L'article 11 - en établissant que “La dissolution du lien conjugal entre époux qui possèdent tous deux la nationalité d'un Etat contractant est régie par la loi de cet Etat” - ramène le système belge à ses origines rigoureusement personalistes (art.3, al.3, Code civil, bilatéralisé comme en France par la jurisprudence), en dérogeant à la territorialisation partielle opérée par la loi du 27 juin 1960 (cf.5.3.3.).

belge (cf.5.4.8., note) - atténue l'impact concret de la répudiation sur la condition socio-économique de la femme et rend donc tolérable une application de la norme aussi aux couples mixtes.

6.2.7. A côté des négociations bilatérales, en matière de statut personnel des émigrés, on signale aussi une initiative multilatérale amorcée par les trois pays d'émigration du Maghreb arabe (Algérie, Maroc, Tunisie). Au sommet de l'UMA (Union du Maghreb Arabe) du 13 et 14 septembre 1991, le conseil de présidence de l'organisation - qui traversait au tout début des années quatre-vingt-dix une phase de vitalité intense, désormais révolue - établissait d'adopter une position unifiée pour mieux sauvegarder les droits et les intérêts de la communauté maghrébine à l'étranger.

Par la suite, les ministres maghrébins compétents pour les affaires d'émigrations, réunis à Rabat le 9 et 10 octobre de la même année pour mieux définir cette position commune, décidaient de proposer à la Communauté européenne deux accords multilatéraux: l'un en matière de circulation des personnes, d'emploi et de sécurité sociale, l'autre concernant spécifiquement le statut personnel des migrants établis en Europe. L'effondrement de l'Algérie dans la crise interne et la conversion de la Tunisie et surtout du Maroc à des stratégies autonomes de dialogue avec l'Europe ont paralysé la démarche⁵⁵²; cette tentative avortée et peu connue reste cependant un précédent intéressant.

6.2.8. Il est évident que, dans l'Europe des années quatre-vingt-dix, la disponibilité à des solutions conventionnelles du problème du statut personnel des migrants de pays musulmans est de plus en plus réduite. L'évolution qu'on a essayé d'esquisser au paragraphe 6.1. et la hantise d'une fragmentation des sociétés d'immigration sur base ethnique ou religieuse expliquent cette inversion de stratégie.

Face à la fermeture de la voie conventionnelle, le seul ressort dont disposent les Etats d'émigration pour affirmer et défendre leur conception personnaliste du statut personnel est une attitude rigoureuse en matière de reconnaissance des décisions

⁵⁵²L'économiste marocain Abdelkrim Belguendouz constatait que "...du côté officiel maghrébin, la réflexion n'a pas avancé depuis pour identifier les solutions adéquates, dans la mesure où ces propositions n'ont pas encore été approfondies par des groupes pour 'remplir' ces divers cadres proposés aux européens, afin que ces derniers perçoivent ce que veulent exactement les maghrébins" (Belguendouz, 1992, p.44).

étrangères (européennes) qui appliquent une loi différente de la *lex patriae* aux controverses familiales de leurs ressortissants⁵⁵³⁵⁵⁴.

L'instrument technique de cette forme de réaction est fourni par une notion d'ordre public complexe (cf.2.3.-2.4.), dont la rigueur résulte de la fusion d'une dimension nationale et d'une dimension confessionnelle du concept:

“En Islam, la réception des situations nées ou des décisions rendues en pays étranger relativement au statut personnel des nationaux de l'Etat musulman ne va pas de soi. Aucun système de droit international privé n'échappe, certes, à cette difficulté de la reconnaissance et de l'exécution de ce qui a été fait ou jugé à l'étranger [...]. En Islam, les difficultés de la réception sont probablement aggravées par le poids du facteur religieux, qui s'ajoute au facteur national en se confondant parfois avec lui, au point de rendre suspect ce qui vient de l'étranger, surtout lorsque c'est un musulman qui est concerné” (Deprez, 1988, p.103).

Le fait que la situation (p.e. un divorce) ait été créée à l'étranger et que les liens avec la société du for puissent, en quelques cas, être désormais très ténus, semble n'avoir aucune influence sur le contenu de la décision:

“Il est [...] douteux qu'on puisse obtenir par le détour de l'exequatur un effet juridique que le juge aurait refusé de consacrer s'il en avait été directement saisi. Le respect des situations acquises à l'étranger pourrait, certes, être ici invoqué en vertu de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public. Encore faut-il, pour que joue cette théorie, que l'effet invoqué ne heurte pas fondamentalement l'ordre public. Or, tout ce qui remet en cause l'autorité

⁵⁵³On a vu ci-dessus (6.2.3.) que certains Etats - notamment le Maroc - essayent également d'élargir la sphère d'application effective de leur droit familial, en soumettant à la loi nationale non seulement les conditions de fond mais aussi les conditions de forme des mariages de leurs ressortissants, même si résidents à l'étranger.

⁵⁵⁴Une manifestation significative de l'attitude rigoureuse des Etats arabo-musulmans en matière de reconnaissance de décisions étrangères est contenue dans la Convention franco-égyptienne du 15 mars 1982 sur la coopération judiciaire en matière civile, y compris le statut personnel, et en matière sociale, commerciale et administrative (Journal officiel, 19 juillet 1983, p.2222; RCDIP, 1983, p.745). L'article 27 de la Convention formule une règle de reconnaissance ouverte qui est cependant dérogée précisément en matière de statut personnel:

“La reconnaissance ne peut être refusée pour la seule raison que le tribunal de l'Etat d'origine a appliqué une autre loi que celle qui aurait été applicable d'après les règles de droit international privé de l'Etat requis, *sauf en ce qui concerne l'état des personnes*. Même dans ce cas, la reconnaissance ne peut être refusée si l'application de la loi désignée par lesdites règles eût abouti au même résultat”.

maritale dans le ménage et la famille est contraire à l'ordre public" (Deprez, 1988, p.107).

Il semble évident - bien qu'en l'absence d'une masse d'informations suffisante à l'affirmer avec certitude⁵⁵⁵ - que cet *ordre public de rétorsion* s'attache principalement aux décisions rendues en faveur de femmes émigrées (p.e. un divorce judiciaire) et qui n'auraient pas pu être obtenues dans le pays d'origine. Le refus d'exequatur devient ainsi un instrument de dissuasion envers les opportunités d'émancipation que les droits européens offrent aux femmes maghrébines (cf.5.3.).

La rigidité des pays d'origine en matière de reconnaissance des décisions étrangères risque de transformer le choix de la femme relatif au divorce en un choix existentiel radical et définitif à propos du rapport avec le pays d'origine et d'un éventuel retour; il est en effet improbable qu'une femme émigrée décide de retourner dans un pays qui ne reconnaît pas sa nouvelle situation familiale. C'est une conséquence vraiment paradoxale, lorsqu'on considère que l'objectif principal affiché par les tenants du personnalisme militant est précisément la conservation des liens des émigrés avec leur terre d'origine.

6.2.9. Les tendances à la fermeture qu'on aperçoit dans les systèmes de droit international privé des pays d'émigration ne doivent pas nous fermer les yeux sur quelques manifestations de signe inverse, qui témoignent de l'existence d'une approche *pragmatique et flexible* à la question - que nous avons déjà défini politiquement et économiquement cruciale pour ces Etats - du statut personnel des émigrés et, plus en général, de leur liens d'allégeance avec le pays d'origine.

En traitant de la situation égyptienne récente⁵⁵⁶, par exemple, Bernard Botiveau nous signale que:

⁵⁵⁵Il faut prévenir le lecteur que les affirmations contenues dans ce sous-paragraphe s'appuient principalement sur les indications de quelques auteurs européens (surtout M.Jean Déprez), qui ne fournissent malheureusement pas des références jurisprudentielles de soutien à leurs paroles. La jurisprudence accessible en langues européennes en cette matière est, d'ailleurs, presque inexistante. Il est probable que cela dépende aussi d'une pénurie objective de décisions: on peut supposer, en effet, que la conscience de la difficulté d'obtenir l'exequatur d'une décision rendue par une cour européenne en application d'un droit autre que celui considéré compétent par l'Etat d'origine décourage les initiatives des parties en ce sens.

⁵⁵⁶Mais, déjà en 1971, une Commission de savants convoquée par le Ministère de l'Enseignement Originel et des Affaires Religieuses, rendait une *fatwa* "sur des cas précis concernant la situation matrimoniale de l'émigration algérienne", qui nous fournit un exemple intéressant de pragmatisme juridique induit par une situation d'émigration. L'avis fourni par la Commission affrontait la question

"...la politique de l'*infitah* (ouverture économique) et l'émigration qui en est la conséquence, a entraîné des situations fréquentes de rupture de la vie conjugale où la notion d'abandon du domicile conjugal par l'épouse (traduction en droit positif de celle de *tâ'a* ou 'soumission' de l'épouse à son mari) est évaluée selon des critères relevant d'une conception étrangère au *fiqh*, d'une conception tenant compte d'un état social donné: en l'occurrence, le juge admet qu'une femme peut ne pas être contrainte de suivre son mari émigré" (Botiveau, 1993, p.204).

Même au Maroc, quelques signes de changement semble affleurer sur ce terrain décisif:

"...plusieurs décisions symboliques prises au cours de l'année 1993 semblent marquer un changement d'attitude de la part des autorités marocaines: la volonté du Palais de promouvoir une 'marocanité' plus offensive s'accompagne d'une reconnaissance de la personnalité culturelle et juridique des migrants au-delà de leur statut de 'sujets' du Commandeur des Croyants. Le 21 juin 1993, le Maroc signe pour la première fois une convention sur la protection de tous les travailleurs migrants et membres de leur famille. Le même mois, le Ministère de la Coopération et la Radio-Télévision marocaine (R.T.M.) établissent une convention pour la production de programmes culturels, éducatifs et de loisirs, destinés à la communauté marocaine à l'étranger. Mais le fait le plus significatif de ce changement d'attitude est la décision du gouvernement marocain de ne pas faire participer les émigrés aux élections législatives. Pour la première fois dans l'histoire du royaume chérifien, les Marocains de l'étranger n'enverront pas des représentants au parlement" (Geisser, 1995, p.807-808).

La suppression des cinq postes de représentants des Marocains à l'étranger est compensée par l'institution d'une structure *ad hoc*, qui permettrait une représentation

des mariages célébrés dans le pays d'émigrations par des ressortissants algériens musulmans sans respecter les formalités requises par le droit musulman (tuteur, dot, témoins), ce qui est par exemple le cas du rite civil prévu par les droits européens. La *fatwa* déclarait ces mariages valides et se poussait même au-delà, en reconnaissant en voie exceptionnelle la légitimité des enfants issus de concubinages (*mu'uchara*) surgis en situation d'émigration. La *fatwa* a été ensuite accueillie par une ordonnance du gouvernement algérien (n°71-65 du 22 septembre 1971), relative "à la preuve de certains mariages qui n'ont pas fait l'objet d'actes dressés ou transcrits sur les registres de l'état civil". Maurice Borrmans observe, à ce propos, que "En agissant ainsi, le législateur algérien garantit une plus grande stabilité aux foyers fondés par ses nationaux et assure une nationalité algérienne aux enfants qui sont issus de ces unions, parce que ceux-ci ont alors pour père légitime un citoyen algérien" (Borrmans, 1973, p.140).

plus fidèle et efficace, mais, comme le remarque encore Geisser, "en réalité, cette rupture avec les pratiques passées traduit la reconnaissance par le pouvoir chérifien de l'inévitable inscription des émigrés dans les espaces publics des pays d'accueil et donc de leur exclusion de fait de l'espace politique marocain" (*ibidem*).

Il ne s'agit que d'une conjecture, mais il semble bien qu'une telle marginalisation des émigrés dans le système politique du pays d'origine pourra difficilement coexister longtemps avec la traditionnelle attitude anti-intégrationniste du pouvoir marocain, qui s'est traduite, jusqu'à présent, dans une nette aversion à la naturalisation et à la participation politique des ressortissants marocains dans le pays d'immigration.

6.3. Territorialisme et 'publicisation' du droit international privé: les "lois Pasqua".

6.3.1. Ce n'est pas seulement dans les pays musulmans d'émigration que le statut personnel des migrants tend à devenir un enjeu politique; dans certains pays d'accueil également, une telle tendance s'est manifestée au cours des dernières années. Dans les deux cas, évidemment, les causes et les débouchés du *processus de politisation de la question du statut personnel* sont différents: dans les pays d'origines - comme on vient de voir - l'intérêt à maintenir des liens étroits avec les communautés émigrées alimente des formes de *personnalisme militant*, dans les pays d'immigration, au contraire, on voit affleurer un *territorialisme autoritaire*, dont les sources et les finalités sont diverses.

En quelques cas, les prises de positions territorialistes sont encadrées dans des idéologies assimilationnistes, justifiées par une perception exagérée des risques que la 'culture islamique' comporterait pour la survivance même de nos sociétés⁵⁵⁷; en d'autres cas, l'option territorialiste est inspirée plutôt par des objectifs de politique de l'immigration *stricto sensu*, notamment par une volonté politique de réduction, sinon de mise à zéro, des flux migratoires. Celui-ci semble être, en particulier, le véritable

⁵⁵⁷Cfr.6.1.9.. Pour un exemple déconcertant de prise de position de ce genre par un intellectuel italien, par ailleurs raisonnable et modéré, cfr.Losano, 1991.

fondement des récentes décisions du gouvernement français en matière de mariage polygamique, dont il est intéressant de reconstruire brièvement ici la généalogie.

6.3.2. Déjà en 1988, la Commission extraordinaire chargée par le premier ministre d'étudier les perspectives de réforme du Code de la nationalité identifiait dans l'écart excessif entre le statut personnel originaire et celui du pays d'accueil un obstacle potentiel à l'intégration⁵⁵⁸.

Deux ans plus tard, une commission d'étude sur l'intégration des immigrés formée au sein de l'Assemblée nationale produisait un rapport - connu comme 'rapport Marchand' depuis le nom du député socialiste qui présidait la commission⁵⁵⁹ - où, tout en soutenant avec conviction que "il convient [...] de favoriser l'organisation de l'Islam en France et de permettre à ses adeptes de pratiquer leur religion dans des conditions normales"⁵⁶⁰, on souhaitait la révision des conventions bilatérales qui prévoient "l'application en France de dispositions contraires à notre ordre public, ou à des principes fondamentaux de notre droit, tel le principe d'égalité entre l'homme et la femme, ou le principe de laïcité"⁵⁶¹.

Ces symptômes isolés d'une attention politique croissante pour le thème du statut personnel sont définitivement confirmés en 1992, lors de la présentation, par le Haut Conseil à l'Intégration, d'un important Rapport intitulé "Conditions juridiques et culturelles de l'intégration", dont une partie importante est consacrée spécifiquement à la question du statut personnel⁵⁶². Les termes du problème sont illustrés clairement dès l'introduction:

"Le rapprochement des caractéristiques de l'immigration d'aujourd'hui, et de certains principes de notre droit international privé, crée [...] une situation nouvelle, révélatrice de conflits de droits et de cultures, qui place dans une certaine mesure le statut personnel au coeur du problème politique de l'intégration. A cet égard, l'application des règles traditionnelles de résolution des conflits de lois s'avère souvent délicate, et l'analyse des difficultés

⁵⁵⁸Cf. Long, 1988, pp.27 et 89.

⁵⁵⁹Rapport d'information à l'Assemblée Nationale, deuxième session ordinaire 1989-1990, annexe au verbal de la séance du 11 mai 1990.

⁵⁶⁰Ibidem, p.74.

⁵⁶¹Ibidem, p.34. Dans les lignes qui suivent on trouve l'exemple de l'article 9 de la Convention franco-marocaine de 1981 (cité ci-dessus, 6.2.4.).

⁵⁶²Chapitre 1, intitulé "Conflit de droits et intégration: le statut des personnes".

rencontrées fait apparaître que la femme et l'enfant sont les sujets de droit les plus exposés dans ces conflits. On observe, toutefois, dans ce domaine, des facteurs d'évolution tout à la fois dans la jurisprudence, dans la législation et dans la protection offerte par les conventions internationales. Il est souhaitable de renforcer ces instruments de protection, en précisant le contenu de notre 'ordre public', qui ne doit pas être entendu ici au sens policier du terme mais, selon l'acception du droit international privé, comme ensemble des valeurs auxquelles la société française est profondément attachée et qui fondent sa cohésion" (Haut Conseil à l'Intégration, 1992, p.11).

Sur ces prémisses, l'organe consultatif formule une série de propositions concrètes et suffisamment détaillées⁶³:

a) "donner leur plein effet aux conventions internationales", notamment à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 dont les principes s'appliquent "tout aussi bien aux enfants de ressortissants d'Etats non signataire de la Convention";

b) "renégocier les conventions bilatérales lorsqu'elles comportent des dispositions manifestement contraires à notre conception de l'ordre public, c'est à dire à nos valeurs de société. Il en va ainsi, par exemple, de la Convention franco-marocaine de 1981 sur la question de la répudiation";

c) "traiter certains aspects du problème de la double nationalité"; le Rapport signale, en particulier, l'opportunité de renégocier les conventions bilatérales qui s'écartent du principe, considéré fondamental, selon lequel les "obligations militaires [*du double national*] ne sauraient être accomplies que dans le pays de résidence habituelle"; il s'agit notamment de la convention franco-israélienne de 1959 et, surtout, de celle franco-algérienne de 1983;

d) faire un "vigoureux effort d'information" en direction des doubles nationaux "pour faire connaître [...] les conséquences de leur situation au plan du droit" et en direction de l'ensemble des migrants pour les mettre au courant des "points sur lesquels leurs modes de vie, leurs pratiques ou leurs traditions risquent de les mettre en difficulté avec la loi française";

⁶³Les propositions sont exposées aux pages 28-30 du Rapport, d'où sont tirées les citations qui suivent.

e) introduire dans les textes relatifs à l'entrée et au séjour des étrangers des "dispositions protectrices", finalisées à sauvegarder "les principes ou les règles que les valeurs de notre ordre public imposent de voir respectés". La solution technique suggérée par le Haut Conseil - après avoir écarté la conversion au domicile comme facteur de rattachement, pour les "inconvenients graves [qu'une telle solution aurait] pour les français résidant à l'étranger" - est fondée sur l'introduction de *clauses spéciales d'ordre public* dans la législation en matière de séjour et de regroupement familial; le seul exemple concret fourni par le Haut Conseil se réfère à la polygamie:

"La polygamie étant contraire à l'ordre public, l'état de polygame ferait à l'avenir obstacle à l'acquisition du droit au séjour à titre de résident permanent. S'agissant des autres formes de droit au séjour, serait exclu le regroupement familial polygamique" (*ibidem*, p.30).

L'idéologie juridique qui inspire ces propositions et, plus en général, l'"interventionnisme juridique en matière de statut des personnes" (Geisser et Lorcerie, 1995, p.753) du Haut Conseil, pourrait se définir comme un *territorialisme contractualiste et sélectif*⁶⁴, qui se fonde sur une distinction nette entre les aspects considérés essentiels de la structure normative de la société d'accueil - que l'étranger voulant s'établir en France est tenu à accepter - et d'autres aspects, jugés non essentiels, qui correspondent aux espaces de différenciation légitime sur base culturelle à l'intérieur de la société⁶⁵. L'étranger qui, informé de façon adéquate (voir point d), ci-dessus), adhère au *contrat d'intégration* qui lui est proposé obtient des avantages qui, selon sa précédente situation personnelle, peuvent consister dans l'accès au

⁶⁴Le territorialisme proposé par le Haut Conseil est, en outre, *moralement neutre*, dans le sens qu'il n'est pas fondé sur des prétentions universelles d'excellence des valeurs qu'il entend affirmer:

"...le Haut Conseil ne se croit pas autorisé à porter un jugement sur les systèmes juridiques étrangers, ou établir entre eux une quelconque hiérarchie. Il estime seulement indispensable d'affirmer la prééminence de certains principes fondamentaux dont toute personne résidant durablement en France - et par là même possédant avec notre pays de puissants liens de rattachement - quels que soient son âge, son sexe, son origine ou sa nationalité, doit pouvoir invoquer la protection" (Haut Conseil à l'Intégration, 1992, p.28).

⁶⁵En essayant de cerner la spécificité théorique de cette position, Vincent Geisser et François Lorcerie ont parlé d'un "nationalisme renouvelé, à base à la fois culturelle, juridique et procédurale, marquant ses distances par rapport au nationalisme classique à base d'identification ethno-culturelle comme par rapport au nationalisme républicain, assimilationniste et anti-communautaire. [Cette nouvelle forme de nationalisme] faisait une différence entre ce qui, dans la culture, est propre aux groupes qui composent la société, et les valeurs, références et processus démocratiques qui définissent en France le contrat social que l'Etat a pour charge de garantir et d'inculquer à tous les membres de la société" (Geisser et Lorcerie, 1995, p.782).

territoire français (ou dans le regroupement familial) ou bien dans l'obtention d'un titre de séjour permanent.

6.3.3. Le Rapport de 1992 marque sans équivoque la *politisation* d'une question qui - comme il est dit clairement dans les pages introductives citées ci-dessus - se situe "au coeur du problème politique de l'intégration" (Haut Conseil à l'Intégration, 1992, p.11); et c'est justement la *politique de l'intégration* qui, dans l'approche du Conseil, se trouve questionnée par les conflits de lois en matière familiale. L'intervention législative en ce domaine serait donc justifiée dans le but de sauvegarder la cohésion sociale et le processus d'intégration. Cette forme de politisation se distingue nettement d'une autre - qui prend le devant de la scène dans les dernières années (1993-1996) - et qui se fonde sur l'exaltation des risques qu'une reconnaissance trop large de certains droits de la famille étrangers peut engendrer, non pas pour la politique de l'intégration mais, avant tout, pour la politique de l'immigration au sens stricte de l'expression.

Le glissement vers cette cette nouvelle forme de politisation se manifeste à partir de la campagne électorale pour les élections législatives de 1993. Dans le document programmatique intitulé "Projet de l'Union pour la France" - présenté conjointement par UDF et RPR - à l'intérieur d'un paragraphe consacré à dessiner les caractères essentiels d'"Un Etat qui maîtrise l'immigration", on peut lire des propositions inédites pour des partis 'modérés':

"Les lois de la République doivent être strictement respectées et il faut mettre fin au détournement manifeste de procédure que constituent, par exemple, les mariages blancs, certaines demandes de droit d'asile, ainsi qu'aux situations contraires à notre droit et à nos traditions telles que la polygamie. [...] nous sommes attachés à une conception de l'école qui favorise non pas le '*multiculturalisme*' mais la transmission d'une morale, de valeurs et d'une culture communes, à l'acceptation du service national en France, dès lors qu'on demande à devenir Français, ce qui impliquera la révision de certains de nos accords internationaux, à une idée de la famille et de la vie commune qui

respecte nos traditions et qui en particulier exclut la polygamie dans la distribution des prestations sociales⁵⁶⁶.

6.3.4. La victoire électorale de la coalition centriste permet de satisfaire ces promesses. Dans la loi n°93-1027 du 24 août 1993, "relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France"⁵⁶⁷, sont insérés deux articles qui contiennent un véritable petit statut de la polygamie en terre de France. C'est un statut restrictif, qui discrimine les ménages polygames en leur niant l'accès au statut de résident permanent et qui interdit pour le futur tout regroupement familial polygamique⁵⁶⁸; en voici les deux piliers portants:

article 15 bis⁵⁶⁹: "...la carte de résident ne peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ni au conjoints d'un tel ressortissant. Une carte de résidence délivrée en méconnaissance de ces dispositions doit être retirée";

article 30: "Lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé

⁵⁶⁶Le texte de l'entier paragraphe se trouve en annexe à Geisser et Lorcerie, 1995, p.827.

⁵⁶⁷La loi, publiée sur le Journal Officiel du 29 août 1993, modifie radicalement le texte de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. La loi du 24 août représente le volet central d'un "triptyque" législatif, dont les autres éléments sont représentés par la loi du 22 juillet 1993, qui réforme le Code de la nationalité (*Journal officiel*, 23 juillet 1993) et par la loi du 10 août 1993, en matière de contrôles d'identité (*Journal officiel*, 11 août 1993); à ces trois textes fondamentaux se sont par la suite ajoutées la loi constitutionnelle n°93-1256 du 25 novembre 1993 en matière de droit d'asile, la loi du 30 décembre 1993, qui a modifié le texte originaire de la loi du 24 août suivant les indications du Conseil constitutionnel, et la loi du 27 décembre 1994, n°94-1136 (*Journal officiel*, 28 décembre 1994, p.18535), qui a ultérieurement modifié l'ordonnance de 1945 en rendant plus sévères les normes qui répriment le crime d'aide à l'immigration clandestine et en réglementant l'institution, dans les principales gares de chemin de fer, de "zones d'attente" pour les migrants en situation irrégulière, sur le modèle de celles qui existaient déjà dans les aéroports. Les lois citées - dont la paternité politique touche principalement au ministre de l'intérieur de l'époque, Charles Pasqua - forment, dans leur ensemble, un appareil normatif sophistiqué, qui sert d'instrument à une dure politique de dissuasion de toute nouvelle immigration légale et de lutte à l'immigration clandestine. Pour une critique radicale et passionnée, mais lucide et constructive, à cette politique et à son "arsenal juridique", cf.: Nair, 1994.

⁵⁶⁸Il semble hors discussion que les dispositions restrictives contenues dans les articles cités ci-dessus ne se réfèrent qu'aux mariages *actuellement* polygamiques, sans préjudice de la position des personnes engagés dans une union qui n'est que *potentiellement* polygamique (cf.5.2.9.). Cela semble confirmé par la Réponse du ministre de l'intérieur n°11002, rendue au Sénat en date 10 mai 1995 (*Journal Officiel* débat Sénat, Questions, 3 août 1995, p.1549, aussi in RCDIP, 1995, p.879), où il est tiré au clair que "le simple mariage selon la coutume polygamique n'entraîne pas l'application des interdictions prévues à l'article 30 de l'ordonnance".

⁵⁶⁹La numération des deux articles est celle avec qui ils sont insérés dans le texte de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial. Le titre de séjour sollicité ou obtenu par un autre conjoint est, selon le cas, refusé ou retiré. Le titre de séjour du ressortissant étranger polygame qui a fait venir auprès de lui plus d'un conjoint, ou des enfants autres que ceux du premier conjoint ou d'un autre conjoint décédé ou déchu de ses droits parentaux, lui est retiré⁵⁷⁰.

La deuxième norme, en particulier, appelle quelques remarques; on observera, tout d'abord, qu'elle rédigée en forme rigoureusement 'bilatérale': on ne parle, en effet, que de "polygamie", et non, de façon plus limitée, de "polyginie" (laquelle représente, dans la pratique, le vrai problème et la seule forme d'union polygamique existante en France). De cette façon, le législateur évite les censures constitutionnelles qui pourrait dériver d'une énonciation asymétrique de l'interdiction.

Ensuite, on soulignera critiquement la méthode *punitive* suivie par le législateur français, dans le but d'empêcher la formation de nouveaux ménages polygamiques en France: en effet, l'article prévoit - en cas de concession, en dépit de la prohibition, d'un titre de séjour à la deuxième femme ou à ses enfants - le retrait du titre de séjour même non seulement aux conjoints 'reconjoints', mais aussi au demandeur. Cette solution ignore, en premier lieu, le sort de la première femme et des ses enfants éventuels, qui pourraient se retrouver en France dépourvus de soutiens économiques⁵⁷¹; en deuxième lieu, elle utilise le retrait du titre de séjour pour sanctionner une *fraude présumée*, qui ne consiste en réalité qu'en une demande *sans fondement* (la demande de regroupement familial polygamique), présentée par le mari à l'administration et accueillie par celle-ci *par erreur*; la compatibilité de ce mécanisme avec le principe qu'aucune sanction ne s'applique en absence de faute est au moins douteuse.

6.3.5. Malgré ce genre de perplexités, les normes en question ont été considérées légitimes par le Conseil constitutionnel, saisi par plus de soixante sénateurs

⁵⁷⁰L'article 37 de la même loi précise que les dispositions sur le retrait des titres de séjour contenues dans les deux articles cités "ne sont applicables qu'à des étrangers ayant reçu un titre de séjour après l'entrée en vigueur de cette loi". Le bannissement des ménages polygamiques n'a donc pas de valeur rétroactive.

⁵⁷¹Le comportement du (mari) demandeur finit ainsi par pénaliser indirectement aussi les membres de la famille déjà résidants en France. On voit, ici, quelles peuvent être les conséquences de la structure anormale du droit au regroupement familial, dont la titularité est partiellement dissociée de la jouissance (cf.5.1.2.).

et plus de soixante députés, qui l'ont appelé à se prononcer sur un grand nombre de griefs, d'ordre général et spécifique, qui investissaient la loi n°93-1027 dans toutes, ou presque, ses articulations. Le Conseil - qui est intervenu de façon décisive sur plusieurs parties de la loi en dessinant un véritable "statut constitutionnel pour les étrangers" (Genevois, 1993) - a, au contraire, confirmé les choix du législateur en matière de polygamie. La décision n°93-325 du 13 août 1993⁵⁷² rejette les griefs⁵⁷³ en considérant (à ses soixante-douzième et soixante-treizième considérants⁵⁷⁴) que:

"...les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie: que dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraires à la Constitution";

et que:

"...en vue du respect des conditions du regroupement familial, il était loisible au législateur de prescrire le retrait de son titre de séjour à l'étranger dont le comportement fait apparaître qu'il a refusé de se conformer à ces conditions et de prévoir que si ces conditions ne sont plus remplies au moment de la demande du titre de séjour, ce dernier peut être refusé".

Par cette brève motivation, le Conseil encadre le "droit de mener une vie familiale normale" - que la jurisprudence française, depuis la fin des années soixante-dix

⁵⁷²Journal Officiel, 18 août 1993, p.11722. Pour un commentaire général à la décision, cfr. Genevois, 1993.

⁵⁷³Le grief principal relatifs aux normes en matière de polygamie avait été formulé par les députés, qui avaient soutenu que:

"...le principe d'égalité devant la loi est violé [...] par les articles 8 et 21 [*la numérotation a été modifiée par la suite*], qui excluent les étrangers polygames du bénéfice de la carte de résident et du regroupement familial. Quoi que l'on puisse penser du caractère condamnable de la polygamie, force est de constater qu'elle n'est pas interdite à tous les Français: peuvent être polygames les Français de Mayotte, de Wallis-et-Futuna ainsi que les personnes nées dans les ex-colonies et les ex-territoires d'outre-mer avant leur indépendance. La nouvelle pénalisation de la polygamie est donc discriminatoire en ce qu'elle ne frappe que les étrangers. Elle l'est aussi en ce qu'elle traite différemment les enfants d'un même père quant à leur droit (reconnu par la Convention internationale des droits de l'enfant) de vivre dans le même pays que ce dernier: ceux de l'épouse vivant en France pourront jouir de ce droit, ceux des autres épouses ne le pourront pas, alors qu'à l'évidence ni les un ni les autres de ces enfants d'unions polygamiques ne sauraient être tenus pour responsables ni de l'existence même de la polygamie ni des infractions à la législation en matière" (Journal Officiel, 18 août 1993, p.11734).

Alors que le premier argument (discrimination entre les polygames français et étrangers), bien qu'intéressant, a une portée limitée puisqu'il est fondé sur une situation en voie d'extinction, le deuxième argument (discrimination entre les enfants de la première femme et ceux des autres femmes) est, selon notre avis, difficile à écarter sur la base d'un simple renvoi à une conception territoriale de la "vie familiale normale".

⁵⁷⁴Avec 134 considérants, la décision est la plus longue dans l'histoire du Conseil constitutionnel.

(cfr.5.2.10.), tire du Préambule de la Constitution de 1946⁵⁷⁵ - à l'intérieur d'une conception territorialiste de la famille. Le juge constitutionnel semble ainsi fermer la voie non seulement à une perspective *multiculturaliste* (qui tolérerait, comme un fait physiologique, la coexistence de modèles normatifs différents de famille sur le territoire national), mais aussi à une reconnaissance de la valeur constitutionnelle des droits acquis en matière familiale.

Avec la décision du Conseil sur les normes en matière de polygamie contenues dans la loi du 24 août 1993, un pas décisif en direction de la *fonctionnalisation exclusive* du droit international privé de la famille à des objectifs de droit public (notamment, de droit de l'immigration) semble fait.

6.4. *Le statut personnel des minorités islamiques nationales: le cas de la Grande Bretagne.*

6.4.1. On a considéré, jusqu'ici, les problèmes que le statut personnel des *étrangers* ressortissant de pays musulmans pose, dans plusieurs domaines du droit, aux pays européens d'immigration. On a aussi essayé de montrer que ces problèmes, dont la nature *juridique* reste essentielle et préminente, assument cependant une importance *politique* croissante, au fur et à mesure que les tensions politiques autour des flux migratoires entre le monde arabo-musulmans et l'Europe augmentent. Il est temps, maintenant, de diriger notre regard vers un futur proche, dans lequel la dimension politique du problème du statut personnel musulman pourrait devenir tout à fait dominante.

L'accès graduel des minorités⁵⁷⁶ d'origine immigrée et de confession islamique à la nationalité du pays d'accueil va réduire progressivement, au cours des prochaines

⁵⁷⁵Dixième alinéa: "La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement".

⁵⁷⁶Les termes "minorité" et "communauté" - accompagnés par les adjectifs "ethnique", "religieuse" ou simplement "immigrée" - sont l'objet d'interminables et âpres controverses dans les milieux politiques et scientifiques internationaux, en Europe et au-delà. La raison du désaccord est que les termes en question ont été chargés, au cours d'un débat qui dure depuis de longues années, de fortes implications politiques et de valeur. La simple utilisation des mots "minorités", et encore plus "communauté", est devenue ainsi l'indicateur d'une attitude politique favorable à une organisation communautaire et multiculturelle de l'Etat et des relations sociales. C'est pour cette raison que, par exemple, la France refuse officiellement d'utiliser ces termes et a même apposé des réserves à des

décennies, l'étendue et le poids relatif de la question du statut personnel musulman en tant que problème de droit international privé. En même temps, il est probable que, de l'intérieur des minorités islamiques - qui ne seront plus étrangères, mais désormais nationales - surgiront des revendications finalisées à conserver en quelque forme un statut personnel autonome. Cette prévision, qui a été formulée en termes généraux par quelques chercheurs⁵⁷⁷, semble autorisée - de notre point de vue limité - par une brève analyse de quelques développements récents qui se sont vérifiés en Grande Bretagne.

6.4.2. La Grande Bretagne est sans doute, parmi les pays européens, celui où l'existence de communautés d'origine étrangère, issues des grandes migrations économiques du deuxième après-guerre, sont plus visibles et compactes. La dimension totale de cette couche récente de la société britannique est importante:

"Britain's various ethnic minority communities now account for an estimated 2.75 to 3 million people (representing around 4.5. per cent of the population as a whole) and they are currently increasing at the rate of around 90,000 per annum, two thirds of which is attributable to natural growth and one third to net migration" (Poulter, 1992, p.173).

A l'intérieur de cette masse hétérogène, les musulmans sont estimés être environ un million: 400.000 environ originaires du Pakistan, 12.000 environ du Bangladesh, 100.000 env. de l'Inde, 100.000 env. d'ascendance sud-asiatique mais venant d'Afrique orientale (Cesari, 1995, p.45; Shah, 1994, p.1).

Parmi ce vaste nombre de musulmans, dont la majorité vit concentrée en quelques aires urbaines, le 70% environ a la nationalité britannique⁵⁷⁸ et un pourcentage encore plus élevé a son *domicile* sur les *British Isles*, sans aucune intention de faire retour au pays d'origine (Poulter, 1992h, p.1).

traités internationaux qui les contenaient (en part., art.27 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966). Nous utiliserons néanmoins ici les deux termes en question dans une acception sociologique élémentaire, en refusant toute association automatique avec l'un ou l'autre modèle de philosophie politique.

⁵⁷⁷Voici, par exemple, ce qui a écrit à ce propos l'anthropologue américaine Sally Engle Merry:

"...it is likely that in multi-ethnic states, legal systems will play critical symbolic roles in defining collective identity. The demand for sovereignty will include the desire for an autonomous legal system that represents the peoplehood of the collectivity" (Engle Merry, 1992, p.372).

⁵⁷⁸Sur les particularités du droit britannique de la nationalité, qui expliquent ce haut pourcentage de nationaux parmi les immigrés et leurs descendants, voir Dummet et Nicol, 1990; Juss, 1993.

6.4.3. L'ancienneté et la stabilité de la présence musulmane sur le territoire d'un Etat qui, comme le Royaume-Uni, se sert du domicile en tant que facteur de rattachement en matière de statut personnel, rend exceptionnelle l'application du droit des pays d'origine aux controverses familiales⁵⁷⁹.

Le caractère relativement fermé et 'intégrationniste' du système britannique de droit international privé a favorisé l'émergence, à partir de la moitié des années soixante-dix, de revendications explicites en matière de statut personnel de la part d'organisations musulmanes. En 1975, déjà, l'Union des Organisations Musulmanes du Royaume-Uni et de la République d'Irlande (*UMO*) organise à Birmingham un colloque sur le thème de la reconnaissance de la *shari'a* par l'Etat. Mais, pour que la demande d'un régime de pluralisme sur base confessionnelle rentre avec tout son éclat dans le débat politique, il faut attendre 1977, quand l'*UMO* - en association avec la *Anglo-Conservative Society* (la convergence est éclairante!) - obtient une rencontre à la *Chamber of Commons* pour discuter les problèmes pratiques des musulmans transplantés, parmi lesquels celui du statut personnel occupe le premier rang. L'attitude nettement contraire adoptée par les institutions du Royaume endort à nouveau la question pendant quelques années. En 1987, cependant, en vue des élections législatives, le thème est repris, avec une énergie et une méthode renouvelées, par un regroupement d'associations islamiques: un document intitulé "Muslim demands to the British political parties" est rédigé, contenant une série de demandes précises adressées au futur Parlement et accompagnées par une assurance:

"It is quite obvious that Muslim voters would be ready to vote for those parliamentary candidates who promise to see their demands recognised and implemented. As citizens of this great democracy Muslims are keen to participate and contribute in the progress and enrichment of society"⁵⁸⁰.

Parmi les demandes - la plupart desquelles visent à obtenir une organisation plus 'pluraliste' de l'instruction publique et l'accès aux aides financières publiques pour les

⁵⁷⁹Dans la pratique, la seule catégorie de situations qui conduit, avec une certaine fréquence, les juges britanniques à connaître et à évaluer le contenu de droits étrangers d'origine musulmane est représentée par les demandes de reconnaissance, en Grande Bretagne, d'actes accomplis au pays d'origine; les problèmes les plus aigus sont soulevés par les répudiations prononcées à l'étranger (cf.5.4.4.).

⁵⁸⁰Le texte intégral du document a été publié par le bulletin "News of Muslims in Europe" (n°40, 3 juillet 1987), publié par le *Centre for the Study of Islam and Christian-Muslim Relations* de Birmingham, dirigé par Jorgen Nielsen.

écoles privées musulmanes - une a pour objet la "recognition of the Muslim personal law in respect of marriage, divorce, inheritance and child custody".

Le système politique britannique - qu'en de nombreuses autres occasions s'était montré sensible et réceptif face à des instances de traitement juridique différentiel sur base ethnique⁵⁸¹ - garde en cette occasion une attitude froide et détachée, probablement inspirée par la conscience de la nature minoritaire et d'élite de la revendication⁵⁸². Depuis lors, il semble que la demande d'un *jus speciale* pour les musulmans britanniques n'est pas ressortie de sa position marginale, sauf qu'à travers quelques 'ballons d'essai', sporadiquement lancés par des représentants plus ou moins légitimes de la galaxie islamique⁵⁸³.

⁵⁸¹Le groupement ethnique minoritaire qui a eu plus de succès dans sa stratégie de revendication d'espaces de traitement différentiel pour raisons culturelles est probablement celui des *Sikh*. Les membres de sexe masculin de cette communauté ethnique et religieuse sont sujets à l'obligation de porter un turban et une espèce de dague (*Kirpan*) en tout lieu public. Ces prescriptions vestimentaires rituelles ont donné lieu à des problèmes de compatibilité avec des normes étatiques de protection de la sécurité publique. Ces dilemmes ont été résolus, dans le sens de la dérogation aux règles générales pour les membres de la minorité en question, par le *Motor-Cycle Crash Helmets (Religious Exemption) Act 1976* (remplacé par le *Road Traffic Act 1988*), qui exempte les motocyclistes *Sikh* de l'obligation du casque de protection; par le *Construction (Head Protection) Act 1989*, qui prévoit la même exemption pour les *Sikh* (d'ailleurs très nombreux) qui travaillent dans la branche des constructions; et, enfin, par le *Criminal Justice Act 1988*, qui contient une norme (sect.139(5)(b)) qui prévoit les "religious reasons" comme une excuse légitime du port (autrement illicite) d'armes blanches en lieux publics. D'autres formes de traitement différentiel, également fondées sur la reconnaissance d'une spécificité culturelle, avaient été introduites dans le droit anglais il y a plus longtemps: *Shops Act 1950*, permettant aux commerçants juifs de fermer leurs magasins le samedi et de garder ouvert le dimanche; *Slaughter of Poultry Act 1967* et *Slaughterhouses Act 1974*, qui dictent les règles pour l'abattage rituel juif et musulman. Le processus, long et inachevé, de réception législative de toutes ces demandes a été guidé par un esprit strictement pragmatique, sans prétentions de ramener les diverses solutions concrètes à des principes normatifs de nature abstraite et générale: "...English law has been adapting its provisions on an *ad hoc* basis...responding to the social needs and pressures of the time. No coherent official strategy has yet been formulated, whether in the form of a white paper or a law commission report" (Poulter, 1992, p.183).

⁵⁸²Sur le base d'une série d'indicateurs (l'usage pratiquement nul d'un modèle de testament islamique mis à disposition des fidèles par le directeur de l'Islamic Cultural Centre en 1988; l'attention extrêmement réduite aux thèmes juridiques dans un échantillon de petites revues éditées par les centres islamiques de diverses grandes villes européennes), Jørgen Nielsen (1994) évalue que la popularité des demandes inhérentes au statut personnel est basse, et que la politisation du statut personnel est essentiellement l'oeuvre d'une élite dirigeante.

⁵⁸³Le thème du statut personnel est affleuré, par exemple, dans les travaux du "Muslim Parliament", institué à Londres le 8 novembre 1991 et réuni pour la première fois en janvier 1992 (cf. Gledhill, 1991).

A l'occasion d'un récent colloque tenu à Florence, Manazir Ahsan, dirigeant de *The Islamic Foundation* (Leicester), a réaffirmé l'importance de la question d'un statut personnel autonome, même dans le cadre d'une vision traditionaliste mais modérée:

"Since Muslim law of divorce is not acceptable to British courts, Muslims cannot take recourse to the law as given by Islam. Should a Muslim family decide to separate through divorce, it has to go through an un-Islamic court and face the complications and delays characteristic of Western divorce law. Muslims in Britain have been asking for the application of Islamic personal law for their community in the U.K., but so far with no success. As Islam gives right to non-Muslim communities

6.4.4. L'absence de soutien de la part de la base des communautés islamiques aux demandes officielles d'application de la *shari'a* à leurs affaires internes n'exprime pas un désir d'assimilation aux modèles normatifs qui dominent dans l'Etat d'accueil. Les rares recherches en cours semblent suggérer, au contraire, que le manque d'intérêt apparent pour la revendication d'un statut autonome ne soit que l'expression d'une différente stratégie communautaire pour la conservation de *l'identité normative*. Au sein des communautés de *Asians*⁵⁴⁴, d'abord, est émergée la tendance à s'accommoder de la double référence normative (droit traditionnel communautaire et droit officiel étatique) et à développer des pratiques familiales complexes capables de satisfaire les deux systèmes à la fois. Voici comment Werner Menski, professeur à la *School of Oriental and African Studies* de Londres et précurseur dans ce domaine d'études, décrit cette forme émergente de *syncrétisme normatif*:

"...there is constantly growing evidence that Asians and other migrant groups have indeed 'learnt' to follow English law, but that they do this in a particular way, not abandoning their traditional personal law system entirely, in fact modifying it in such a way that it is compatible with the letter of English law. The resulting amalgam [...] appears as a new facet in an increasingly plural legal system that only maintains uniformity at a very formal level, almost superficially, supported in part by the continuing fiction of common law" (Menski, 1988, p.57).

L'"amalgame" a d'abord été étudié par Menski (1987) dans le cas des mariages hindous dans les milieux immigrés en Grande Bretagne, où l'enregistrement de l'acte au *Register Office* précède la cérémonie traditionnelle en s'intégrant avec elle jusqu'à former un rituel unique.

Par la suite, les études de Menski et des ses collaborateurs se sont étendus aux minorités musulmanes (surtout pakistanaises), à l'intérieur desquelles le phénomène décrit se manifeste spécifiquement avec la formation d'un *corpus* normatif original,

living in Muslim land to apply their own personal law in all matters of family life, Muslims living in non-Muslim countries expect the same reciprocal arrangement" (Ahsan, 1992, p.7).

⁵⁴⁴ Terme générique souvent utilisé pour indiquer spécifiquement les individus de religion hindouiste provenant du sous-continent indien. Sur les problèmes juridiques particuliers qui surgissent dans les rapports des *Asian communities* avec le droit anglais, v. Poulter, 1990b.

baptisé par cet auteur "*Angrezi Shariat*"⁵⁸⁵. Le processus d'adaptation des traditions normatives islamiques aux nouvelles contraintes du pays d'établissement se manifeste en premier lieu dans le doublement de la cérémonie de mariage, avec le rite civil qui précède normalement la cérémonie traditionnelle (*Nikah*)⁵⁸⁶. Mais des arrangements intéressants commencent à affleurer aussi en d'autres domaines: il paraît, par exemple, que la pratique, suggérée depuis les années soixante-dix par certaines autorités religieuses, qui consiste à réaliser à travers un testament les règles successorales coraniques, soit en train de se diffuser graduellement; à ce propos, Manazir Ahsan observe:

"The practice is not widespread yet, but Muslims are gradually finding this option the only alternative under the circumstances. Some of them in wills authorize some well qualified and knowledgeable individuals to distribute their inheritance according to Islamic principles" (Ahsan, 1992, p.13).

C'est sans doute une solution prometteuse, pour réaliser en futur une coexistence harmonieuse des deux ordres juridiques; Sebastian Poulter fait remarquer, cependant, que ce n'est pas une solution sans problèmes et que l'autonomie de la volonté, dans ce domaine, rencontre des limites précises:

"The terms of such a will would, however, be open to challenge by means of a claim for 'family provision' made by relatives or dependants who were able to prove that the will would not make reasonable financial provision for them" (Poulter, 1990, p.157).

Malgré ces difficultés, en matière de mariage et de successions au moins, la créativité de la pratique a des bonnes marges de réussite, en présence d'une attitude attentive, mais flexible et pragmatique, de la part des autorités étatiques. Il y a, au contraire, des

⁵⁸⁵L'expression, en langue ourdou, signifie "*shari'a* anglaise": nous la tirons du texte d'une conférence prononcée par Werner Menski à l'université de Karachi sur le thème "Muslim Law in Britain". Le texte, non publié, nous a été aimablement fourni par un collaborateur de M.Menski, M.Prakash Shah, malheureusement sans indications de date (probablement entre 1990 et 1993).

⁵⁸⁶La raison de la préférence du rite civil est strictement pratique:

"Why should *Angrezi Shariat* have a rule that you should register your marriage first? The answer is found in concerns about *izzat*, about the position of the woman and the avoidance of *zina*. Imagine you have the *nikah* first, the couple then consummate the marriage, but what do you do if the husband leaves the next morning and says he didn't like the woman? Since English law gives no validity to the *nikah* itself, the woman and her family would have no relief under the State law, but there would be a lot of shame. The situation has, of course, been abused in a number of cases quite early on, in the 1960's already, and the communities have very quickly learnt the law and have constructed their *Angrezi Shariat* accordingly" (Menski, texte de la conférence citée à la note précédente).

terrains sur lesquels le spontanéisme ne semble pas en mesure de résoudre les conflits d'intérêts réels sous-tendus par les conflits normatifs. On se réfère notamment à la dissolution du mariage et à la fonctionnalité que le droit anglais et le droit musulman (dans la version élaborée par l'une ou par l'autre de ses écoles doctrinales) peuvent avoir, respectivement, pour la femme et pour l'homme qui entendent divorcer. Car il est sans doute vrai, comme le signale encore Menski, qu'il arrive que le mari répudie d'abord la femme selon le *fiqh* et que, en un deuxième temps, le couple instaure une procédure de divorce rapide devant une cour anglaise "although by that time there is really no marriage left to dissolve"⁵⁸⁷; mais ce doublement consensuel des procédures n'est envisageable, évidemment, qu'en cas de divorce consensuel. S'il n'y a pas d'accord à propos de la rupture du lien conjugal et de ses conséquences, les deux procédures ne sont pas superposables, pour la simple raison qu'elles aboutiraient à des résultats nettement différents, sinon opposés.

C'est justement pour essayer de réabsorber ce genre de conflits familiaux graves à l'intérieur du tissu des relations intra-communautaires qu'à Londres une organisation islamique locale a institué un organe informel de conciliation dénommé *Shari'a Council*⁵⁸⁸. Un expert tel Sebastian Poulter - à l'occasion d'un récent colloque qui réunissait chercheurs et représentants officiels d'organisations islamiques françaises et anglaises - a pris position en faveur de ce genre de solutions, en préconisant leur encouragement officiel et, avec des précautions tout à fait compréhensibles, leur 'institutionnalisation':

"I see no reason why the State should not encourage the settlement of family disputes between Muslims by mediation, conciliation and informal adjudication by local or national bodies of *Shari'a courts* or something like that, provided that certain things are born in mind. Firstly, gender based power imbalances must be properly adressed. That is to say I don't want to find a situation in which these *Shari'a courts* are dominated by men who are not concerned with the possibility that women's rights might get neglected. Secondly, there should be proper concern for the welfare of individual children. [...] There is no reason

⁵⁸⁷ Menski, texte de la conférence citée.

⁵⁸⁸ "A *shari'a* 'court' already functions informally in London (as indeed does a Jewish rabbinical 'court'), though without the power to enforce its decisions" (Poulter, 1992, p.187). Cf. aussi, Nielsen, 1993.

why organizations such as these should not perhaps receive some State funding. There is no reason why they should not give reasonable publicity to their services, so that people know about them.[...] the full panoply of the English legal system will be there, so that anyone who is dissatisfied with the mediation or the operation of the council can go to the English courts” (Poulter, 1992b, p.5).

6.4.5. L'analyse des développements récents de la problématique du statut personnel musulman en Grande Bretagne - qui représente, nous le répétons, un parcours possible d'évolution de la question à l'échelle européenne - nous rassure partiellement à propos des risques liés à une politisation radicale des revendications de statut personnel autonome de la part des communautés d'origine immigrée. Ces revendications existent, il est vrai, mais elles restent tout à fait minoritaires, tandis que la grande majorité des musulmans britanniques semble préférer la voie d'une coexistence pacifique entre les deux ordres normatifs.

Les informations limitées dont nous disposons sur l'attitude des minorités musulmanes résidentes en d'autres pays européens confirme une certaine adaptabilité culturelle et une absence de rigidité dans les rapports avec la référence normative originale⁵⁸⁹.

Un indicateur important, relatif à la situation française, nous est fourni par un sondage sur l'islam en France, conduit à deux reprises (en 1989 et en 1994) par l'institut spécialisé IFOP pour le quotidien "Le Monde"⁵⁹⁰. En 1989, à la question "Selon vous, les musulmans devraient-ils bénéficier en France d'un statut propre à leur

⁵⁸⁹La capacité des minorités immigrées de culture musulmane de concilier deux références normatives habituellement perçues comme antithétiques a été confirmée par des études conduites en France. Ces recherches montrent qu'à côté des comportements de rupture ouverte avec l'univers normatif d'origine, sont fréquents des compromis respectueux de la forme mais fortement novateurs dans la substance: "De ce point de vue, rendre la déviance inaperçue est socialement plus important que respecter la règle. [...] La société musulmane aperçue du point de vue des comportements de convenance apparaît moins comme une société dirigée par des règles que par le souci de rendre la déviance inaperçue. [...] Peut-être pourrait-on dire que la société musulmane est une sorte de société où, précisément, l'emballage est plus important que le contenu" (Ferrie et Radi, 1988, p.232-233). On remarquera que, tandis que les recherches de Menski, mettent l'accent sur une flexibilité et une créativité des comportements finalisés à conserver la continuité avec la tradition; l'étude de Ferrie et Radi est centrée sur des mécanismes d'adaptation culturelle qui ont pour but d'élargir les espaces d'autonomie par rapport à cette même tradition. L'attitude non dogmatique envers les règles traditionnelles est, cependant, commune aux deux situations étudiées.

⁵⁹⁰Le Monde, 30 novembre 1989, p.15, et Le Monde, 13 octobre 1994, p.VI.

religion pour le mariage, le divorce et la garde des enfants ou bien les lois doivent-elles être les mêmes pour tous?”, le 27% des musulmans interviewés répondait “Oui, un statut propre”, le 66% répondait “Non, pas de statut propre” et le 7% ne se prononçait pas⁵⁹¹. Cinq ans plus tard, le pourcentage des musulmans favorables descendait à 17%. les contraires augmentaient jusqu’à 78% du total, les indécis finalement descendaient à 5%.

Ce sont des résultats encourageants pour les tenants d’une intégration graduelle, même si - comme nous le rappelle Jocelyne Cesari - “Il faut toutefois interpréter ces résultats avec prudence. Cette revendication de l’application du statut personnel n’est pas à l’ordre du jour, d’une part parce qu’elle ne répond pas aux attentes de la majorité des nouvelles générations nées ou élevées en France, d’autre part parce qu’elle ne s’inscrit pas dans les attentes immédiates des pratiquants installés, attachés aujourd’hui à construire l’islam en France, mais ceci ne signifie pas qu’elle ne fait pas sens pour un certain nombre de musulman” (Cesari, 1995, p.23).

Les données sociologiques, ainsi que l’indifférence apparente des associations qui réunissent les descendants d’immigrés autorisent les spécialistes européens à liquider le problème assez rapidement:

“Un individu peut difficilement avoir deux identités nationales. Si un ressortissant marocain résidant en France a demandé la nationalité française, ce qui n’est vu avec faveur, ni par la communauté marocaine vivant en France, ni par les Autorités marocaines, c’est parce qu’il accepte de s’identifier à la nation française, et d’être soumis, dans tous les domaines et en particulier en matière de statut personnel à la loi française” (Moneger, 1994, p.350).

Néanmoins, la question du statut personnel des ‘deuxièmes générations’ (et des suivantes, bien entendu) est posée; Fouad Riad l’a récemment abordée, en formulant une proposition qui a suscité de nombreux échos. Le juriste égyptien soutient que la méthode conflictualiste - en fragmentant le statut des musulmans selon le pays européen d’établissement et en ouvrant la voie à une multitude de législations musulmanes modernes, dont certaines inacceptables dans sa perspective réformiste - n’est pas le meilleur instrument pour “permettre la co-existence entre les membres de

⁵⁹¹Pour les français (non musulmans) interviewés, les pourcentages étaient respectivement de 11%, 82% et 7%. Parmi les français de religion juive le pourcentage des favorable montait à 23,4%.

la communauté musulmane et les autres communautés en respectant la culture et les intérêts légitimes de cette communauté musulmane grandissante" (Riad, 1992, p.379).

La solution proposée - puisée aux sources de la tradition personaliste arabo-musulmane, mais imprégnée d'un robuste réformisme d'inspiration libérale - est courageuse:

"...l'alternative qui s'offre alors me semble être l'application des règles matérielles concernant le statut personnel des musulmans et qui seront appliquées à tous les musulmans étrangers résidants en Europe (s'ils optent pour le système musulman). Le principe de ce Code serait inspiré entièrement de la *shari'a* dans son interprétation contemporaine la plus conciliable avec les principes de valeur universelle. [...] Cette méthode serait, à mon avis, préférable à l'application du droit de chaque pays islamique à la communauté qui en relève, car il en résulterait que la communauté musulmane sera partagée entre différents statuts personnels, ce qui briserait son homogénéité sans compter la difficulté d'appliquer certaines lois du statut personnel musulman dont l'opposition avec les concepts occidentaux est par trop flagrante" (*ibidem*, p.380).

Ce qui séduit au premier abord dans la proposition de Riad est l'effort de rétablir les relations de droit privé entre l'Europe et sa plus grande minorité religieuse sur des bases unifiées et égalitaires, dans l'espoir de pouvoir créer ainsi l'espace d'incubation pour un *islam* nouveau, unitaire et universaliste, dynamique et créatif, autonome et libéré de l'emprise des pays d'origine.

Mais, quelque fascinante qu'elle soit, la vision éclairée de Riad nous apparaît tout au plus comme une provocation précieuse et constructive, non comme un projet politico-juridique viable. Le rêve d'un "code européen de droit musulman" est rendu extrêmement fragile par sa sous-évaluation de la complexité des enjeux politiques liés à la question du statut personnel. Il se fonde, en effet, sur l'hypothèse que les objectifs des 'politiques nationales du statut personnel' soient homogènes, du côté des pays d'immigration comme du côté des pays d'origine. Ceci n'est pas le cas pour les premiers où, comme nous l'avons vu (6.3.), on voit affleurer la tendance à réduire la question du statut familial des musulmans à un simple élément d'un droit de

l'immigration de plus en plus expansif et exigeant. Selim Jahel cueille bien l'essence du problème lorsqu'il écrit:

“*[La proposition de Riad]* suppose au préalable l'alignement des Etats européens concernés sur une même politique de l'immigration, ce qui est loin d'être le cas à l'heure actuelle. Elle implique une même conception des exigences de l'ordre public au regard des institutions du droit musulman de la famille. Elle nécessite l'harmonisation des règles instrumentales dans ces différents Etats et leur adaptation au contexte du droit musulman” (Jahel, 1994, p.50).

Mais, sur le versant des pays musulmans d'émigration non plus, la codification du statut des musulmans européens semble un projet capable de recueillir le consensus nécessaire. Il n'est pas difficile, en effet, de prévoir les résistances de certains Etats d'émigration envers une solution qui signifierait, pour eux, la dissolution d'un lien réputé décisif avec leurs ressortissants (cf.6.2.2.). D'un autre point de vue, on ne peut pas ignorer les perplexités que la proposition en question soulève dans les pays qui, tout en se voulant musulmans, ont entrepris un puissant effort historique pour réformer le droit de la famille en sens égalitaire. Les doutes exprimés par Kalthoum Meziou et Ali Mezghani à cet égard sont éclairants:

“Le professeur Riadh ne se prononce pas sur l'autorité appelée à légiférer. S'agit-il de législateurs européens ou des législateurs des pays 'musulmans'. Les deux hypothèses sont, au plan des principes, inadmissibles. Promulgué par des législateurs des pays 'musulmans' ce code serait en opposition avec l'unification législative réalisée par certain pays d'Islam ou en train de l'être dans d'autres. C'est pourquoi pour certain pays il s'agit même de régression. En Tunisie, par exemple, pays qui a réalisé depuis 1957 l'unification de sa législation jusque et y compris le statut personnel, il y aurait renaissance des conflits interpersonnels sur une base confessionnelle (seul les tunisiens musulmans seraient concernés par ce code, les juifs tunisiens restant hors de son champ d'application) et de résidence (seuls les tunisiens musulmans résidents à l'étranger sont soumis au code proposé). [...]. Adopté par un législateur laïc européen, un code de droit musulman entre en contradiction avec le droit musulman lui-même” (Meziou et Mezghani, 1995, p.73).

Les deux auteurs tunisiens touchent un noeud politique fondamental, mais ils découvrent, en même temps, le coeur *pratique* du problème, qui consiste dans la difficulté extrême de déterminer une autorité capable et légitime qui puisse être investie de la tâche de la codification. Les difficultés rencontrées par les communautés islamiques d'origine immigrée en Europe dans la désignation d'organes représentatifs unitaires (cf.6.1.10) n'autorise aucun optimisme quant à leur capacité d'exprimer des organes législatifs. D'autre part, la perspective d'un Code musulman rédigé par des experts désignés par les gouvernements européens rappelle de façon inacceptable l'idéologie coloniale qui était à la base de phénomènes normatifs ambigus, tels le *Anglo-mohammadan Law* ou le *Droit musulman Algérien* (cf.1.3.). La troisième voie possible, fondée sur la participation active des Etats d'origine dans la phase de codification, entraînerait tous les risques d'un "système de capitulations à rebours" (Verwilghen, 1992, p.28).

Même sur un plan strictement technique, enfin, la solution proposée par Riad n'est pas résolutive: comme d'ailleurs toutes les solutions des conflits de lois en matière familiale fondées sur l'autonomie de la volonté, aussi cette forme particulière d'*optio juris* laisserait subsister le doute sur le droit applicable dans les situations les plus graves, c'est à dire dans tous les cas où il n'y a pas d'accord, à l'intérieur de la famille ou du couple, sur la soumission au statut euro-musulman.

En conclusion, donc, l'abandon du domaine des conflits de lois ne semble pas une manoeuvre capable de nous ouvrir des territoires plus libres et moins accidentés. C'est encore sur le terrain conflictualiste qu'il faut chercher, en essayant de ne pas se faire emprisonner par ses frontières internes.

Considérations conclusives
Pour un droit international privé de l'intégration

1. Les migrations de masse imposent de repenser les finalités du rattachement à la nationalité en droit international privé de la famille.

Au cours du XX^{ème} siècle, le rattachement intégral du statut personnel à la nationalité a perdu le caractère de principe ordinateur de portée générale qu'il avait acquis vers la fin du siècle précédent.

Dans un nombre croissant de systèmes nationaux et pour un ensemble de plus en plus vaste de situations, l'affirmation en droit de la famille de nouveaux principes d'ordre matériel (protection des parties faibles, *favor divortii*) a provoqué, en droit international privé de la famille, l'abandon de la *lex patriae* au profit de rattachements liés au territoire (cf.4.3.8.-4.3.10.; 4.3.17-4.3.20), ou même de solutions radicalement territorialistes (cf.4.4. et 5.3.), ou bien encore de solutions fondées sur l'autonomie des parties (en matière notamment de régimes matrimoniaux, mais aussi de divorce, comme dans la loi hollandaise de 1981).

La marginalisation progressive de la nationalité comme critère de rattachement et l'oeuvre inexorable de démantèlement du paradigme normatif qui la prenait comme fondement se poursuivent sans rencontrer aucune véritable résistance, jusqu'à une époque relativement récente. Mais, dans les derniers vingt ans la stabilisation de la présence en Europe (cf.5.1.) d'importantes communautés d'origine immigrée originaires de pays ayant une culture juridique souvent très éloignée de celle localement dominante rend au critère de la nationalité son ancienne centralité, sinon dans le droit positif, au moins dans le débat scientifique.

Dans le nouveau contexte social, fortement hétérogène du point de vue culturel, le rattachement à la nationalité recouvre une actualité potentielle, et l'idée d'un pluralisme normatif fondé sur l'appartenance nationale suscite à nouveau intérêt, espoirs, inquiétudes. Dans ce cadre, il nous semble inévitable de commencer toute

réflexion normative sur le futur du droit international privé de la famille en Europe en s'interrogeant sur la *ratio essendi* actuelle du critère de nationalité.

Nous ne croyons désormais plus à une prétendue naturalité du statut national, dont la violation de la part d'un Etat étranger serait équivalente à un attentat à l'intégrité même de la personne. Dans les relations intra-européennes, nous avons abandonné la conception naturaliste, aussi bien que celle religieuse, du droit de la famille, pour en adopter une plus pragmatique et laïque, qui rapproche cette branche du droit à toutes les autres, et nous la fait percevoir comme un instrument complexe pour rejoindre des buts sociaux donnés, dans le cadre de certains principes fondamentaux. Il serait dangereux de resusciter les conceptions absolues et totalisantes du droit familial dans nos relations avec le monde arabo-musulman, et de fonder sur celles-ci une nouvelle idéologie personnaliste dans le domaine des conflits de lois⁵⁹².

Cependant, même lorsqu'on refuse de penser l'identité juridique et culturelle comme un caractère absolu et définitif de l'individu, on doit reconnaître que la distance entre les droits de la famille européens et la plupart de ceux d'inspiration islamique est grande, et que le saut entre les deux modèles, quand il est trop brusque, peut résulter *traumatique*. Un droit international privé de la famille attentif au bien-être des individus ne peut pas ignorer cette donnée et, face à des flux migratoires importants et persistants entre aires juridiques et culturelles éloignées, il devrait avoir comme objectif privilégié (sur le plan des valeurs qu'il affirme, non sur le plan strictement technique) celui d'éviter aux migrants les traumatismes dus au *changement de statut*, manifestation particulière d'un plus général syndrome de changement culturel.

Si la personnalité de la loi - et notamment l'adoption de la nationalité comme critère de rattachement - ont un sens aujourd'hui, à notre avis c'est celui d'assurer aux personnes en mouvement un degré minimal de *continuité* dans les comportements à forte base culturelle, comme les comportements familiaux⁵⁹³.

⁵⁹²Le risque était évident, par exemple, dans la position exprimée par M. Pettiti, à l'occasion d'une séance du Comité français de droit international privé: selon cet auteur, toute option législative pour un critère de rattachement autre que la nationalité représenterait "une atteinte aux droits fondamentaux, qui tomberait sous le coup de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce sens que le contenu du droit à la vie privée, du droit à la vie familiale, comporte par définition le droit pour le ressortissant étranger à la protection de ses lois nationales" (in Travaux du Comité français de droit international privé, 1975-1976, p.136).

⁵⁹³Erik Jayme (1996, p.238) parle de *Kontinuitätsinteresse* comme d'un paramètre fondamental d'évaluation du bien-être de l'enfant. Dans la perspective 'post-moderne' de l'auteur allemand, la continuité est essentiellement une *continuité d'ordre culturel* et elle comprend la continuité des cadres

Mais assurer une certaine continuité ne veut pas dire garantir l'immutabilité du statut personnel. Le droit international privé de la famille en situation d'immigration devrait privilégier des solutions qui, en présence de divergences matérielles profondes entre les droits en jeu, visent à imposer *graduellement* les solutions du for, réputées plus adaptées à une conception générale de la justice dans les rapports privés fondée sur les notions d'égalité formelle⁵⁹⁴ et d'autonomie individuelle. D'une génération à l'autre, l'imposition graduelle des modèles normatifs du for se fait, en formes plus ou moins rapides selon les pays, à travers l'accès à la nationalité de l'Etat d'accueil. Le droit international privé pourrait contribuer à réaliser le même objectif dans l'espace de la vie de chaque individu. De cette façon - à travers un procédé graduel également

normatifs fondamentaux de l'existence individuelle. Dans le cas d'enfants originaires de pays musulmans, par exemple, ce '*droit à la continuité juridique*' (comme aspect particulier d'un plus général '*droit à l'identité culturelle*') pourrait se traduire dans l'assimilation de la *kafala* islamique à l'adoption occidentale, et donc dans la reconnaissance de la première par les tribunaux européens (*ibidem*, pp.242-243).

Ce qui est discutable, à mon avis, dans la position de Jayme, est la prémisse théorique selon laquelle l'*identité culturelle*, justement définie comme une valeur que le droit doit protéger, est confondue avec la *continuité culturelle*. Cette confusion risque de conduire à des solutions concrètes *statiques*, qui pourraient entraver l'évolution culturelle et le processus d'intégration.

⁵⁹⁴Au contraire, dans la conception islamique, la justice de l'ordre familial ne dérive pas de l'égalité formelle de la position de ses membres, mais plutôt du fait que les rôles fort différents prévus et réglés par la *shari'a* sont adaptés aux caractères et aux besoins différents des hommes et des femmes. Cette forme de *justice par équivalence*, plutôt que *par égalité*, est bien décrite, en termes critiques, par Mohammed Charfi, dans le passage suivant:

"...l'infériorité juridique de la femme s'intègre en droit musulman dans un système global cohérent. Effectivement, la femme, qui a moins de droits que l'homme, a aussi moins de devoirs, notamment d'ordre pécuniaire. Elle n'est pas obligée de participer aux charges du ménage même si elle en a les moyens. Le droit musulman est donc équilibré. Mais cela ne répond pas à la question. Car la femme musulmane moderne conteste l'ensemble de cet équilibre qui lui est défavorable parce qu'il la maintient dans une position d'infériorité. Elle ne demande pas l'accroissement de ses droits sans la révision de ses obligations. Elle demande l'instauration d'un équilibre nouveau qui fera d'elle l'égal de l'homme et son associée avec donc une égalité de droits et de devoirs" (Charfi, 1983, p.411).

La valeur et la dignité d'une forme de justice fondée sur l'*équivalence des positions individuelles* et sur la *complémentarité des rôles* ont été fortement revendiquées par certains Etats arabes à l'occasion des débats acharnés provoqués par l'apposition de leur part de réserves essentielles aux textes de certaines conventions internationales en matière de droits des individus. Cf., par exemple, l'explication fournie par la République égyptienne de la réserve apposée à l'article 16 de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 septembre 1981): "This is out of respect for the sacrosanct nature of the firm religious beliefs which govern marital relations in Egypt and which may not be called in question and in view of the fact that one of the most important bases of the relations is an equivalency of rights and duties so as to ensure complementarity which which guarantees true equality between the spouses" (United Nations, *Human Rights: Status of International Instruments*, New York, 1987, p.147). En général sur le problème des droits individuels dans le monde arabo-musulmans, voir Aldeeb Abu-Sahhieh, 1985; Maila, 1991.

éloigné d'un territorialisme traumatisant et d'un personnalisme qui cristallise les différences culturelles - notre discipline pourrait contribuer à l'intégration⁵⁹⁵.

II. Les juristes occidentaux ont une responsabilité spécifique dans l'interprétation des droits musulmans

Une reconnaissance non absolue ni définitive du statut personnel d'origine nous semble donc juste et opportune dans le cadre d'un droit international privé qui se pose l'objectif d'une intégration graduelle et non traumatique des minorités immigrées.

Dans le cas de personnes provenant de pays musulmans, cependant, l'application du statut personnel originaire n'est pas une opération simple ni mécanique. Nous avons vu (cf.6.2.1.), en effet, que le droit de la famille représente, dans l'ensemble du monde arabe, un lieu crucial de l'affrontement entre les mouvances laïques ou modernistes et celles islamistes. Son application, en forme directe ou indirecte (à travers la reconnaissance d'une décision ou d'un acte étranger), par le juge d'un pays européen n'est pas - et ne peut pas être - un procédé neutre; elle implique, au contraire, une prise de position, même si inconsciente, dans le cadre d'une controverse herméneutique de portée historique. On pourrait dire qu'en présence d'un contentieux important qui concerne des familles musulmanes dans les tribunaux européens, l'Europe même devient une case importante de l'échiquier où se joue le futur des sociétés arabo-musulmanes.

Les droits européens, au moment où ils s'ouvrent à des hypothèses de réception du statut personnel musulman, ne peuvent pas fuir la responsabilité de son interprétation. A notre avis, dans les limites du respect de la lettre des normes, cette interprétation ne pourra qu'être finalisée à mettre en valeur les points de convergences entre ce statut - dans l'une ou l'autre de ses variantes nationales - et le droit du for⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵On veut distinguer ici l'insertion socio-économique, qui reste à notre avis l'objectif primaire de toute politique migratoire, de l'intégration; on préfère limiter la portée de ce dernier terme, si controversé et abusé, à la sphère culturelle; dans ce domaine limité, on définira simplement l'intégration comme un *processus d'adaptation mutuelle* en la distinguant ainsi de tout processus d'imposition unilatérale de modèles culturels (et donc aussi normatifs), qu'on pourra définir, en utilisant un terme courant, "assimilation".

⁵⁹⁶Pour un exemple intéressant d'interprétation du droit de la répudiation fondée sur ces critères, cf. Meron, 1995; une brève analyse de sa thèse se trouve au sous-paragraphe 5.4.2., en note.

La tâche difficile dont est investi l'interprète occidental d'un droit d'inspiration musulmane sera alors celle d'en fournir une interprétation évolutive et de participer ainsi à un *ijtihad* renouvelé⁵⁹⁷; à travers un tel effort, il pourra contribuer à construire un pont de connaissance et de reconnaissance entre deux aires culturelles qui courent de nos jours un risque concret d'éloignement irréversible.

Si, au contraire, le juriste du pays d'immigration - par défaut d'approfondissement ou par préjudice - cèdera à la tentation d'une exégèse stéréotypée⁵⁹⁸ ou traditionaliste (encouragée par la possibilité d'accéder plus facilement à des traités de droit musulman classique qu'à des sources contemporaines), il contribuera à élargir une fracture qui s'alimente de tout signe d'extranéité.

⁵⁹⁷ *Ijtihad* est un mot arabe qui signifie "effort": il est utilisé pour désigner l'effort interprétatif qui permet d'adapter la norme juridique aux circonstances sociales et historiques. La légitimité de l'*ijtihad*, indiscutée dans les premiers siècles de l'hégire, a été niée par la suite:

"...le droit islamique qui, jusqu'à la première période abbasside, avait été souple et évolutif, devait être désormais de plus en plus rigide et coulé dans un moule définitif. Cette rigidité, caractéristique du droit islamique, lui permit de conserver sa stabilité à travers les siècles qui virent la décadence des institutions politiques de l'Islam. Il n'était pas absolument immuable, mais les changements qui survinrent concernaient plus la théorie juridique et les superstructures logiques que le droit positif. Pris dans son ensemble, le droit islamique reflète son adaptation aux conditions sociales et économiques de la première période abbasside, mais il s'est de plus en plus détaché de l'évolution ultérieure de l'Etat et de la société" (Schacht, 1983, p.67).

La récupération d'une attitude interprétative ouverte (la réouverture des "portes de l'effort", *bah al-ijtihad*) est indiquée depuis le siècle dernier comme une des ressources fondamentales pour la modernisation juridique du monde arabo-musulman (cf. Dossier, 1995). Pour un appel à l'*ijtihad* de la part de juristes occidentaux, voir Fadlallah, 1992, pp.346-347; Carlier, 1992, p.395.

La problématique de l'*ijtihad* juridique se lie d'ailleurs à un plus vaste débat en cours dans les sociétés arabes et qui investit le rapport de la modernité avec la tradition (*turat*). L'analyse de ce rapport est située au cœur de l'oeuvre du penseur marocain Mohammed Abed Al-Jabri, dont il nous semble intéressant de citer ici un passage emblématique, dans une récente traduction italienne:

"Modernità significa quindi prima di tutto elaborare un metodo e una visione moderni della tradizione. La nostra concezione della tradizione potrà così liberarsi di quel peso ideologico e affettivo che grava sulla nostra coscienza e ci costringe a percepire la tradizione come una realtà assoluta trascendente la storia, invece di percepirla nella sua relatività e nella sua storicità. Ciò che garantirà la specificità della nostra modernità sarà quindi il ruolo che essa assumerà all'interno stesso della cultura araba contemporanea. Sarà la sua capacità di assumere questo ruolo a fare realmente di essa una 'modernità araba'. Perché non esiste, di fatto, una modernità assoluta, universale e planetaria; esistono piuttosto varie modernità, diverse da un'epoca all'altra e da un luogo all'altro" (Al-Jabri, 1996, p.25).

⁵⁹⁸ C'est le cas, par exemple, de la jurisprudence italienne en matière de répudiation, qui semble méconnaître les différences substantielles qui existent, dans le droit musulman classique ainsi que dans les droits étatiques contemporains, entre les différents types de répudiation. Cfr.5.4.8..

III. Dans une société d'immigration, un droit international privé incapable de réalisme risque de produire des effets pervers.

Quelles sont les qualités qu'un droit international privé de l'intégration devra posséder pour ne pas se réduire à un exercice de saveur idéaliste? La première, à notre avis, est sans doute un *réalisme rigoureux*, capable de prendre toujours en compte les conséquences concrètes, juridiques et non, d'un certain choix en matière de conflits de lois et de juridictions. Notre analyse précédente (cf., en part., Chap.5), démontre que dans une situation d'immigration - où les conflits normatifs tendent à être perçus comme des 'conflits de civilisation' - une approche normative fondée exclusivement sur des principes directifs et indifférente aux conséquences concrètes des différentes options en jeu⁴⁹⁹ s'expose à deux ordres de risques:

a) il existe, en premier lieu, le risque qu'une défense abstraite des principes du for à travers l'exception d'ordre public résulte préjudiciable aux intérêts de la partie faible de la relation (la femme, dans le cas des institutions de droit familial que nous avons étudié) tels qu'ils se manifestent dans le cas concret⁵⁰⁰. Cet *effet pervers* est susceptible de se vérifier essentiellement à la suite de la demande de reconnaissance d'une situation familiale instaurée à l'étranger; ses dynamiques sont évidentes dans les cas analysés ci-dessus de la polygamie et de la répudiation.

Pour ce qui concerne en particulier les unions polygamiques (cf.5.2.10-5.2.12.), on a montré que - dans la majorité des cas - la demande de reconnaissance est présentée par la femme (ou avec son plein consentement) pour essayer de tirer du lien conjugal l'un ou l'autre des avantages matériels qu'il peut offrir. Dans ce genre de cas, le refus de reconnaissance - que la jurisprudence européenne, comme nous avons vu, oppose rarement quand la prétention matérielle de la femme est adressée contre une

⁴⁹⁹En utilisant une terminologie introduite par la *legal theory* anglosaxonne, on parlerait d'une logique de production normative *rule-oriented*, par opposition à une autre *consequence-oriented*.

⁵⁰⁰Il y a plus de vingt ans, Mercier était déjà conscient de l'opposition existante entre ces deux approches fondamentalement opposées aux "conflits de civilisations":

"C'est une fois encore de cas en cas que la recherche d'une solution devrait être poursuivie, en tenant compte précisément du conflit de civilisations en cause. Ce conflit devrait être considéré de préférence au niveau des parties, plutôt qu'à celui des collectivités. Il serait alors possible d'éviter le sacrifice paradoxal des intérêts concrets de certains justiciables au nom même du respect dû aux principes" (Mercier, 1972, p.94).

partie privée et fréquemment quand elle a pour objet un bénéfice de source publique - nuit à la femme, que le principe d'égalité serait pourtant censé protéger.

En matière de répudiation, de façon semblable, il est fréquent que l'instance en reconnaissance soit introduite par la femme ou qu'elle ne rencontre pas l'opposition de celle-ci; ce comportement de la femme peut dériver d'une adhésion pleine au modèle traditionnel de régulation des rapports conjugaux ou de la conscience de l'impossibilité d'obtenir une solution plus satisfaisante à travers la justice du pays d'immigration. Il faut, en effet, considérer que la voie du divorce judiciaire - ouverte par de nombreux systèmes juridiques européens aux femmes immigrées (cf.5.3.) - est souvent peu efficace à cause du faible enracinement social du mari, qui lui permet de se soustraire plus aisément aux obligations que la sentence de divorce lui impose⁶⁰¹. En outre, comme on a déjà souligné, le choix du divorce 'à l'européenne' implique souvent, pour la femme demanderesse, une rupture grave avec le contexte social et familial de provenance, ainsi que le refus de reconnaissance (cf.6.2.8.) et parfois des difficultés bureaucratiques dans le pays d'origine.

b) En second lieu, le rejet 'aveugle' du statut personnel d'origine risque - surtout dans les cas où son application est demandée à titre originaire et constitutif devant une autorité européenne - de pousser dans la clandestinité une forme d'organisation familiale que l'Etat d'immigration estime injuste et inacceptable. Ce *deuxième effet pervers*, qu'on pourrait définir 'clandestinisation', semble pouvoir se rattacher, par exemple, à l'interdiction du regroupement familial polygamique⁶⁰². En

⁶⁰¹Le déficit d'efficacité qui caractérise souvent les décisions en matière familiale relatives à des familles immigrées (surtout lorsque l'immigration est récente) se manifeste, en forme particulièrement aigue, en matière d'obligations alimentaire et de garde des enfants. Les nombreuses controverses qui surgissent à ce dernier propos - provoquées par la soustraction illégitime de l'enfant de la part du père qui n'a pas été investi de la garde - sont compliquées, dans le cas de pères ressortissants de pays musulmans, par le soutien formel que le droit de la plupart de ces pays offre au père, lorsque la mère gardienne n'offre pas des garanties suffisantes d'élever les enfants dans le respect de la religion paternelle (islamique).La complexe problématique soulevée par ce genre de situations reste à l'arrière-fond de notre travail, mais elle constitue sans doute une dimension importante des conflits normatifs en matière familiale engendrés par les migrations de masse en provenance de pays musulman vers l'Europe.

⁶⁰²L'effet de *clandestinisation* que peut avoir le refus de reconnaître une coutume traditionnelle est dramatiquement évident dans le cas de la pratique - qui est par ailleurs extrêmement rare dans le monde musulman - des *mutilations sexuelles féminines*. L'interdiction, ou même la criminalisation de cette pratique (voie suivie par la plupart des Etats européens, voir p.e. le *Female Excision Act* ??? anglais) - risque d'encourager son exercice clandestin, en des conditions sanitaires dangereuses. L'existence d'un tel risque, dans le cas particulier de ces pratiques, ne doit pas nous emmener à leur acceptation: elle doit tout simplement nous faire réfléchir attentivement sur l'*utilité* de la méthode répressive dans le but d'éradiquer des pratiques inacceptables, mais qui ont tout de même une profonde

revanche, dans le cas de la répudiation - surtout de sa variante qu'on a défini "consulaire" (cf.5.4.4.) - le risque principal d'un refus de reconnaissance ne semble pas être celui d'une pratique clandestine (qui ne peut cependant pas être exclue), mais plutôt celui d'encourager le recours de la part du mari à la justice du pays d'origine, sans que finalement l'efficacité du droit du for qu'on entend affirmer résulte augmentée.

Ces avertissements n'équivalent pas encore à des solutions positives, qu'on essaiera d'esquisser ci-dessous (V.). En particulier, une mise en garde contre les possibles effets pervers d'une imposition des valeurs du for abstraite et insouciante des ses conséquences concrètes n'équivaut pas - en ce qui nous concerne - à une profession de foi personnaliste. Le réalisme, en droit, est une méthode, pas une solution; et, en droit international privé de la famille, c'est une méthode spécialement difficile à faire prévaloir, contre les résistances antagonistes (mais c'est parfois un antagonisme de surface) opposées par un formalisme paresseux et par un substantialisme territorialiste, plus attentif aux effets symboliques qu'aux dynamiques réelles.

IV. Un droit international privé de l'intégration ne doit pas imposer l'application de la loi étrangère en absence d'une demande des parties.

Le 'problème' du statut personnel des Musulmans est généralement affronté, sur le terrain scientifique, en concentrant l'attention sur les critères pour la détermination de la loi applicable et, le cas échéant, pour sa successive éviction.

Sans négliger l'importance, théorique et pratique, de cet aspect de la question, il ne faut non plus ignorer un aspect moins évident, mais également décisif, du rapport des ordres juridiques européens avec les droits de la famille de l'aire musulmane. On songe au statut de la règle de conflit, question préliminaire d'ordre tout à fait général qui conditionne radicalement l'efficacité des règles de conflit elles-mêmes.

Dans l'absence à peu près totale de recherches socio-juridiques sur la fréquence de l'application des droits de la famille étrangers par les tribunaux européens⁶¹³, on a cependant l'impression que - bien qu'avec des différences importantes d'un pays à l'autre - cette fréquence ne soit pas globalement élevée. Même dans un pays dont la jurisprudence possède, comparativement, un haut degré de sensibilité envers les problèmes de droit international privé, comme la France, on a pu constater que:

“Devant les tribunaux, la très large ignorance du droit international privé [...] conduit par la force des habitudes plus que par propos délibéré à l'application du droit français. En outre, dans la très grande majorité des cas, les intéressés n'invoquent pas leur loi nationale” (Labrusse, 1976, p.121).

Plus récemment, un auteur a remarqué que, face aux difficultés pratiques que l'application du droit étranger comporte pour les juges, “la giurisprudenza di vari paesi, tra i quali anche l'Italia, ha manifestato una chiara tendenza a preferire l'applicazione del diritto del foro al posto della legge straniera eventualmente richiamata dalle norme di diritto internazionale privato dell'ordinamento di appartenenza” (Boschiero, 1993, p.542).

Dans la perspective d'un *droit international privé de l'intégration*, le bas niveau d'effectivité des règles de conflit est une circonstance de fait qui ne doit pas nous préoccuper; au contraire, elle peut constituer, d'un double point de vue, une valeur positive à consolider sur le plan juridique.

Sur le plan pratique, une limitation quantitative des cas d'application des droits étrangers par les tribunaux peut contribuer à réduire les problèmes d'organisation et de fonctionnement que le processus de “prolétarianisation” du droit international privé (Jessurun d'Oliveira, 1985) risque d'entraîner avec soi⁶¹⁴.

⁶¹³Une des rares exceptions, relative à la France, est représentée par l'intéressante étude réalisée en 1976 par Annette Jobert (Jobert, 1976).

⁶¹⁴Jürgen Basedow et Barbara Diehl-Leistner ont formulé l'hypothèse socio-juridique de l'existence, dans tout ordre juridique de type moderne et bureaucratisé, d'un “seuil de tolérance structurelle” envers l'utilisation systématique du droit étranger:

“Irgendwo gibt es einen Grenzwert der Fremdrechtsanwendung, bei dessen Passieren die dem Internationalen Privatrecht immanente Gleichberechtigung von lex fori und fremdem Recht in Konflikt gerät mit der Leistungsfähigkeit der Justiz, bei dessen Überschreiten jede zusätzliche Anwendung ausländischen Recht für alle Beteiligten - Richter, Anwälte und Parteien - zur schweren Bürde wird, die Verfahren verlängert und verteuert sowie die Ressourcen der Justiz vielleicht gar für Dritte blockiert” (Basedow et Diehl-Leistner, 1990, p.37).

Les deux auteurs estiment que le système juridique allemand a rejoint ce “seuil de tolérance structurelle”:

Sur le plan de la conformité à ses finalités essentielles, un *d.i.p. de l'intégration* n'a rien à gagner de l'application automatique, et par là massive, de la *lex patriae* aux familles immigrées. Si les parties ne soulèvent pas la question au cours du procès, il est probable que la continuité de statut personnel, dont on a parlé ci-dessus comme d'une valeur à protéger (cf./.), ne soit pas concrètement ressentie comme telle. L'application d'office du droit étranger, dans un tel cas, représenterait une stigmatisation inutile de l'étranger ou bien un hommage anachronique à la souveraineté de son Etat d'origine; dans les deux cas, cette forme de rigidité personnaliste constituerait une entrave au processus d'intégration, au lieu de le faciliter.

Il nous semble, donc, qu'un *droit international privé de l'intégration* puisse bénéficier de la facultativité de la règle de conflit⁶⁰⁵. Naturellement, l'adoption d'une telle règle demanderait, dans certains systèmes nationaux du moins, une réforme législative ou un revirement jurisprudentiel. Ceci serait le cas, par exemple, en France, où on pourrait envisager un retour à la jurisprudence *Bishal*⁶⁰⁶, à propos de laquelle Catherine Labrusse écrivait:

"...la conséquence positive de la jurisprudence *Bishal* est de permettre au juge de déterminer la loi applicable en fonction de la variété sociologique des situations et, par là même, d'introduire une souplesse dont il ne doit pas négliger l'opportunité" (Labrusse, 1976, p.126).

"...hat die deutsche Rechtspflege nach der Einwanderungswelle der letzten 25 Jahre diesen Grenzwert erreicht; sie ist dabei, ihn mit der weiteren Zunahme des Ausländeranteils zu überschreiten" (ibidem). Selon Basedow et Leistner il est irrealiste de faire face au risque d'une paralysie du système à travers une radicale réorganisation de l'apparat judiciaire, au contraire "die Lösung der Aufgabe liegt also im Internationalen Privatrecht, dessen Anknüpfungregeln so zu gestalten sind, dass die Fälle der Fremdrechtsanwendung vermindert werden" (ibidem, p.39).

⁶⁰⁵Même un auteur nettement hostile, au niveau des principes, à la facultativité de la règle de conflit, comme Nerina Boschiero (1993), admet que:

"...possa essere considerata opportuna da un punto di vista di politica legislativa la possibilità di una più estesa applicazione della legge del foro in una serie più o meno ampia di ipotesi, al fine di soddisfare esigenze di regolamentazione meritevoli di tutela. Tra queste, ad esempio, viene soprattutto in considerazione la regolamentazione dei rapporti familiari relativi a stranieri residenti abitualmente nello Stato del foro" (Boschiero, 1993, pp.541-542).

⁶⁰⁶"Cour de cass., ch.civ., 12 mai 1959, in RCDIP, 1960, p.62, note Batiffol. Récemment, la Cour de cassation s'est à nouveau rapproché de la jurisprudence *Bishal*, bien que dans un domaine limité, en décidant que:

"Il ne peut être reproché à une cour d'appel de ne pas avoir recherché d'office si une loi étrangère était applicable au litige, lorsque les parties n'ont pas invoqué d'autres lois que celles spécialement tirées du droit français en une matière qui n'était soumise à aucune convention internationale et où le demandeur avait la libre disposition de ses droits" (Cour de cass., civ., 4 octobre 1989, in RCDIP 1990, pp.316 ss., note Lagarde; cf.aussi Cour de cass., civ., 5 novembre et 10 décembre 1991, in RCDIP 1992, pp.314 ss., note Muir Watt).

Les exigences inédites engendrées par les migrations contemporaines pourraient même rendre opportun un dépassement de la vieille 'règle Bisbal'⁶¹⁷, qui laissait tout de même intacte la faculté du juge d'appliquer d'office la loi étrangère, s'il le jugeait opportun. Mais les auteurs français, bien que parfaitement conscients de l'intérêt d'une telle solution⁶¹⁸, hésitent à faire un pas susceptible de provoquer une brusque marginalisation de leur discipline.

Dans les pays qui, en vertu d'une culture conflictualiste plus enracinée et répandue, auraient des difficultés à se convertir à la *Lehre von fakultativen Kollisionsrecht*⁶¹⁹, les mêmes objectifs pourraient être poursuivis à travers un élargissement des espaces reconnus à la volonté autonome et explicite des parties étrangères dans l'individuation du droit applicable à leur controverse⁶¹⁰. Les législateurs européens hésitent cependant encore à emprunter cette voie en matière de statut personnel⁶¹¹.

⁶¹⁷Intégrée, quelques mois plus tard, par l'arrêt *Compagnie Algérienne de Crédit*: Cour de cass., ch.civ., 2 mars 1960, in RCDIP, 1960, p.97, note H.B..

⁶¹⁸"La jurisprudence Bisbal, très critiquable du point de vue de la mise en oeuvre de la règle de conflit avait l'avantage de permettre aux parties étrangères de se voir appliquer le droit français qu'elles pouvaient préférer. Elle favorisait en quelque sorte des options de législations, solution que certains préconisent pour les populations immigrées. [...]. L'abandon de la jurisprudence Bisbal pourrait multiplier les recours à l'exception d'ordre public à l'encontre des lois étrangères de pays islamique" (Moneger, 1994, pp.362-363).

⁶¹⁹L'expression *fakultatives Kollisionsrecht* a été d'abord utilisée par Flessner, dans un article avec ce titre, paru dans la *RabelsZeitschrift* en 1970 (pp.547-584). Claussi F.Sturm, *Fakultatives Kollisionsrecht: Notwendigkeit und Grenzen*, in *Festschrift für Konrad Zweigert*, 1981, Tübingen, pp.329 ss..

⁶¹⁰Dans la possibilité pour des époux étrangers d'opter conjointement pour le droit du for réside, à notre avis, la raison principale d'intérêt pratique des théories qui exaltent la centralité de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille (Carlier, 1992; Gannagé, 1992; Von Overbeck, 1993). En revanche, ces théories n'offrent aucune réponse aux questions les plus délicates que l'immigration soulève dans le domaine du conflits de lois, et qui coïncident avec les situations où il existe un contraste à l'intérieur du couple à propos de la loi applicable. Les auteurs cités sont d'ailleurs conscients des limites pratiques de la solution qu'ils proposent et qui "limiterait le choix entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle, ne serait applicable qu'à une personne ou à plusieurs en cas d'accord, et serait, à défaut de choix certain, suppléée par une règle de conflit de lois subsidiaire, qui désignerait la loi de la résidence habituelle" (Carlier, 1992, p.394).

Un point de vue très critique à propos de l'élargissement du domaine de l'autonomie de la volonté en matière de statut personnel a été formulé par Khaltoom Meziou et Ali Mezghani, convaincus que "l'option de droit est une solution qui bloque les évolutions qui se dessinent aujourd'hui et qui semblent tendre vers l'abandon des règles anachroniques" (Meziou et Mezghani, 1995, p.78).

⁶¹¹En Belgique, par exemple: "L'obligation pour le juge d'appliquer d'office la règle de conflit peut donc être tenue en échec par un accord exprès des parties sur le droit applicable [...]. Celui-ci est toutefois sans effet quand la matière intéresse l'ordre public, par exemple le divorce ou la filiation. Dans ce cas, le juge a évidemment le devoir d'offrir aux parties l'occasion de s'expliquer contradictoirement sur l'applicabilité de la règle de conflit de lois qu'il invoque d'office" (Watté, 1996, p.153). En Allemagne, l'*optio juris* en matière matrimoniale a été introduite par la réforme de 1986, mais elle a été limitée aux couples formés par époux de nationalité différente; à ce propos

Les indications d'ordre essentiellement méthodologique que nous avons formulé jusqu'ici, bien qu'à notre avis indispensables, ne sont pas suffisantes. Il existe un 'noyau dur' de problèmes tels la reconnaissance du mariage polygamique et de la répudiation qui ne peut être entamé ni par voie interprétative (cf.II.), ni en valorisant la volonté commune des parties d'être soumises au droit du for (cf.IV.). Pour affronter les situations où une seule ou les deux parties demandent la reconnaissance de l'institution étrangère inégalitaire un *droit international privé de l'intégration* qui se veuille concret et efficace ne peut se passer d'affronter les questions cruciales du critère de rattachement et des marges d'une intervention éventuelle de l'ordre public.

V. Un droit international privé de l'intégration doit se fonder sur l'adoption de critères de rattachement variables qui respectent la nature graduelle du processus d'intégration

Le droit des conflits, dans la deuxième moitié de notre siècle, a connu une évolution tumultueuse, axée sur l'antagonisme fondamental entre deux conceptions opposées de ses objectifs primaires. La perception de l'état de notre discipline, à l'échelle mondiale, semble encore dominée par cette fracture épistémologique fondamentale, décrite en termes nets par une brillante théoricienne nord-américaine:

"The traditional view was that conflicts concerns should predominate over substantive ones. In particular the objective of uniformity was thought important because it discouraged forum shopping; the objective of predictability was important because courts should conform their decisions to what the parties would have expected; and the requirement of respect for other States' sovereignty was a basic organizing principle that made these two objectives possible. In the United States, at least, modern choice of law theory has brought with it decreased uniformity, greater possibilities for forum shopping, and lessened ability to predict which law will apply. Whether you

Omaia Elwan regrette que "en revanche, nonobstant son importance capitale, le législateur n'a pas admis le rôle de l'autonomie de la volonté que justifie le besoin d'accorder aux époux d'une nationalité commune qui résident depuis longtemps en Allemagne, le droit de choisir la soumission de leur statut familial à la loi allemande. Ce besoin est encore plus pressant dans le cas d'immigrés dits de deuxième génération" (Elwan, 1992, p.328).

find this to be a problem that law reform should address, or just an inevitable fact of multistate life and the price of progress, will depend on your jurisprudential outlook and will determine which choice of law theory you find attractive” (Brilmayer, 1995, pp.21-22).

Il nous semble que, dans le domaine du statut familial des migrants plus qu'en d'autres, l'antagonisme entre les deux approches - avec l'opposition nette qu'il en dérive entre les objectifs de *prévisibilité* d'un côté et de *conformité des solutions à certains buts d'ordre matériel* de l'autre - soit une attitude méthodologique stérile, qu'on doit essayer de dépasser. Un *droit international privé de l'intégration* doit être adapté à un but matériel en évolution constante, comme est par définition l'intégration sociale et culturelle (cf./.). Pour poursuivre efficacement ce but, la règle de conflit doit être, en même temps, *changeante* et *prévisible*: elle doit donc varier dans le temps et selon les situations de façon non fortuite, non inattendue.

Un modèle conflictualiste fondé sur la variation du critère de rattachement présuppose la définition claire et objective d'un moment précis, au cours du processus d'intégration du migrant, où cette variation a lieu. Faute d'une telle définition, le fonctionnement du modèle serait imprévisible et partant irrespectueux de l'exigence fondamentale de rendre manifestes au migrant les conditions juridiques de son intégration, dès l'arrivée dans le pays de destination. Malgré la grande difficulté de fixer un seuil temporel général et abstrait pour la conversion de statut (de la *lex patriae* à la *lex fori*), cette tâche nous semble impossible à éluder⁶¹².

⁶¹²Face à la difficulté de fixer un terme rigide pour le passage de la *lex patriae* à la loi du domicile, les auteurs allemands Jürgen Basedow et Barbara Diehl-Leistner préfèrent définir le 'seuil' en question de façon flexible: le changement de statut *peut avoir lieu* à partir de la cinquième année de résidence régulière, si les parties expriment une volonté commune dans ce sens:

“Kopfzerbrechen bereitet aber die Starrheit der Fristenlösung. Die dauer des Aufenthalts ist ja immer nur ein Indiz für die Integration des Betreffenden in die Gesellschaft seines Wohnsitzlandes. Diese Integration kann schon vor Ablauf der Fünfjahresfrist abgeschlossen sein, wenn z.B. eine Salzburgerin nach Berchtesgaden heiratet ; sie kann aber auch viel längere Zeit in Anspruch nehmen, wie uns die Erfahrungen mit türkischen Gastarbeitern aus der Landbevölkerung Anatoliens zeigen. Sowohl die anfängliche Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit wie auch die spätere an den Wohnsitz sollte auf Antrag der Parteien einem Effektivitätstest unterzogen werden können. [...] Die Parteien sollen nach Ablauf der fünfjährigen Aufenthaltsfrist die Möglichkeit erhalten, das bisher massgebliche Heimatrecht durch eine je nach Rechtsgebiet einseitige oder zweiseitige Rechtswahl als Personalstatut beizubehalten” (Basedow et Diehl-Leistner, 1990, p.41).

Mais, lorsque le changement de statut est subordonné à la volonté commune des parties, le modèle retombe dans les difficultés propres de tous les modèles fondés sur l'autonomie de la volonté. Notamment il s'agit de modèles impuissants à résoudre les situations (fréquentes) où il n'y a pas d'accord entre les parties à propos du droit applicable. En outre, on peut supposer que la soumission facultative au droit de la famille du for assumerait le poids d'un acte symbolique, d'une sorte de

Nous ne croyons pas, cependant, qu'il soit possible ni souhaitable de fixer un *seuil d'intégration* unique pour toutes les matières qu'on regroupe normalement sous l'étiquette de statut personnel. Nous songeons, en revanche, à un modèle composite, où le moment de la conversion de statut est fixé par le législateur sur la base des problèmes spécifiques qui surgissent à propos de chaque institution de droit matériel. Dans ce but, on devra balancer la gravité de l'atteinte aux principes fondamentaux du for qui dériverait de l'application du droit étranger, d'une part, et la gravité de la rupture de la continuité de vie familiale qui descendrait de l'application du droit du for, de l'autre. En ce qui concerne ce dernier aspect, une importance fondamentale devra être attribuée à la distinction entre une forme de continuité mesurée sur le plan des situations familiales déjà établies (*continuité existentielle*) et une autre, relative aux attentes et aux espoirs individuel (*continuité psychologique*): de toute évidence, les deux valeurs ont un poids différent et peuvent légitimement être traités selon paramètres normatifs différents⁶¹³.

Avant de traduire ces propositions générales en des exemples, on doit énoncer un dernier critère d'ordre général pour la définition de seuils d'intégration juridique efficaces et équitables. Pour éviter que l'imposition de la loi du for, même si circonscrite dans un domaine matériel limité, soit équivalente aux manifestations de *territorialisme autoritaire* que nous avons critiqué ci-dessus (cf.6.3.4.), il faut que le changement de statut de droit privé soit accompagné par une information claire et complète en propos et, surtout, par une reconnaissance de droit public qui représente pour le migrant une *contrepartie* de la renonciation au statut originaire. Ce n'est qu'ainsi façonnée que l'imposition territorialiste, en acquérant une base *contractuelle*, obtiendrait à notre avis une réelle légitimité éthique et juridique⁶¹⁴.

renonciation volontaire à l'identité originaire, qui soumettrait les personnes qui la pratiquent à une humiliation potentielle et au risque de discriminations à l'intérieur de la communauté d'origine. Il est probable, pour cette raison, que l'option dirigée vers le statut occidental serait rejetée par la grande majorité des immigrés - surtout de culture musulmane - comme il arriva pendant la période coloniale dans les colonies qui l'admettaient (cf.1.4.).

⁶¹³Nous avons vu que la dilatation et la cristallisation de la doctrine de l'effet atténué de l'ordre public, en France, a conduit à une confusion de ces deux valeurs, en forçant ensuite les juges à faire recours à des instruments correctifs parfois discutables (cf.5.4.6.).

⁶¹⁴En suggérant de lier le changement de statut personnel, dans chaque matière où ce changement semble nécessaire, à un changement du statut de droit public du migrant (l'admission comme immigré régulier; la concession d'un titre de séjour permanent ou de longue durée; éventuellement l'accès à la nationalité du for) on "cède" à la tendance que nous avons défini ci-dessus comme "publicisation du droit international privé" (cf.5.3.). Bien qu'on juge cette tendance dangereuse, en ce qu'elle réduit l'autonomie de notre discipline en la soumettant à des finalités politiques que le droit

Notre approche résultera plus claire en l'appliquant aux problèmes particuliers qu'on a étudié comparativement au cinquième chapitre.

Dans le cas du *mariage polygamique*, nous pensons que le seuil d'intégration, au-delà duquel le droit du for s'imposerait légitimement, devrait coïncider avec le moment de l'admission régulière dans le pays d'immigration. Les unions polygamiques valablement formées à ce moment devraient être reconnues à plein titre, dans leurs effets de droit public (à partir du droit au regroupement familial jusqu'à la panoplie complète des droits sociaux) aussi bien que de droit privé. Aux ménages polygamiques formés par la suite, au contraire, toute reconnaissance devrait être refusée, sauf éventuellement en ce qui concerne la position des enfants qui en seraient issus⁶¹⁵. Une telle solution, envisagée d'ailleurs par un des meilleurs spécialistes du secteur⁶¹⁶, permettrait d'éviter certains risques pratiques qui découleraient d'une reconnaissance plus vaste: nous pensons notamment à l'utilisation frauduleuse de l'institution polygamique pour contourner les normes en matière d'immigration et au fait qu'une reconnaissance plus vaste pourrait encourager une forme spécifique de 'polygamie de l'émigré', rendue possible par le différentiel économique entre les deux pays et par le pouvoir contractuel très fort que l'émigré souvent acquiert sur le marché matrimonial du pays d'origine.

public de l'immigration n'arrive pas, autonomement, à atteindre de façon satisfaisante (ce qui en résulte est un *monstrum* juridique qu'on pourrait appeler *droit privé de l'immigration*), on considère préférable de ne pas l'ignorer et d'essayer, au contraire, de l'exploiter pour des finalités d'intégration. Plus précisément, on pense que l'utilisation de paramètres fournis par le droit public de l'immigration (admission sur le territoire du for; concession d'un titre de séjour de longue durée) pour régler le fonctionnement d'une règle de conflit 'dynamique', soit le seul moyen pour assurer une contrepartie en terme de *citizenship rights* au migrant qui est soumis *ex lege* au statut personnel du for. Cette espèce d'«échange» entre statut de droit privé et statut de droit public ne nous semble pas inappropriée ni aberrante; au contraire, on est convaincu que seulement l'admission de l'étranger dans une 'sphère de citoyenneté' intermédiaire par rapport à la titularité de la nationalité du for, justifie (et, en outre, facilite) l'imposition des standards locaux de comportement dans la sphère privée.

⁶¹⁵La question du statut juridique des enfants issus d'un mariage polygamique célébré au pays d'origine après l'émigration est extrêmement délicate: il semble en principe raisonnable de nier leur droit de rejoindre le père en privilégiant le lien avec la mère qui, elle-même, ne bénéficierait pas du droit au regroupement familial. Cette solution, cependant, même en prévoyant des exceptions pour les cas où la mère ne serait pas en mesure de garder les enfants, soulève des perplexités profondes: elle décharge en effet sur les enfants les conséquences d'un comportement (la célébration d'un mariage polygamique après l'émigration) dont ils n'ont évidemment aucune responsabilité.

⁶¹⁶«La solution sage ne serait-elle pas de reconnaître pleinement au titre des droits acquis les situations de polygamies créées avant l'établissement de l'étranger en France et de tenir pour inopposables celles qui seraient constituées alors que l'étranger est déjà établi en France avec sa famille?» (Déprez, 1988, p.166).

Dans le cas du *divorce par répudiation unilatérale*, en revanche, nous jugeons raisonnable de déplacer en avant le seuil d'intégration établi par voie législative⁶¹⁷. Le changement de statut pourrait à notre avis se vérifier en concomitance avec l'accession de l'étranger immigré au *statut de résident permanent* que presque tous les systèmes juridiques européens accordent après un certain nombre d'années de séjour régulier⁶¹⁸. Avant ce passage crucial - qui représente une reconnaissance définitive (sauf exigences exceptionnelles de sécurité qui peuvent conduire à l'expulsion du titulaire d'un titre de séjour permanent ou de longue durée) de la présence de l'étranger au sein de la communauté territoriale - les répudiations prononcées valablement à l'étranger pourraient être reconnues à certaines conditions: notamment, il nous paraîtrait légitime d'exiger en tout cas le *consentement de la femme*. Pratiquement, une telle approche équivaldrait à permettre aux étrangers immigrés provenant de pays musulmans de bénéficier, tant que leur séjour n'a pas encore caractère potentiellement définitif du point de vue du droit public du pays d'accueil, d'une procédure de divorce *rapide et informelle* de laquelle *ne descendent pas des obligations financières particulièrement importantes ni permanentes à la charge du conjoint le plus solide du point de vue économique*.

Si l'on accepte de renoncer, en cette mesure limitée, aux garanties que le divorce judiciaire assure, au nom d'une continuité des modes d'organisation familiale des familles musulmanes d'immigration récente, il serait aussi raisonnable de faire un pas ultérieur et de ne pas imposer à ces familles un voyage au pays d'origine pour pouvoir effectivement bénéficier du *talaq* comme moyen de dissolution du lien conjugal; il paraîtrait donc opportun, dans le cadre illustré, d'admettre la *répudiation*

⁶¹⁷Quelques auteurs suggèrent au contraire de considérer le moment de l'établissement dans le pays d'immigration comme décisif pour déterminer le statut applicable. Françoise Monéger, par exemple, en récupérant la *ratio* originaires de la solution *Rivière*, propose que: "...la théorie de l'effet atténué de l'ordre public devrait être réservée aux répudiations prononcées avant l'installation de l'étranger en France" (Monéger, 1992, p.353). Paul Lagarde vise à un résultat semblable à travers un instrument différent: une clause spéciale d'ordre public, qui offrirait l'avantage d'une plus grande prévisibilité des solutions concrètes, et qui permettrait de laisser des espaces pour la reconnaissance d'une répudiation à la demande de la femme (Lagarde, 1993, p.280).

⁶¹⁸L'inexistence d'un tel statut représente une des lacunes les plus graves du droit *italien* de l'immigration et une des causes, à notre avis, de la persistante marginalité socio-économique d'un composante majoritaire de la population immigrée.

consulaire, en la soumettant à des conditions de forme rigoureuses et à la condition de fond essentielle du consentement préalable de la femme⁶¹⁹.

Voici donc les réponses qu'un *droit international privé de l'intégration* - inspiré et guidé par des objectifs d'ordre matériel (intégration) aussi bien que conflictuel (prévisibilité) - pourrait fournir aux questions délicates soulevées par la demande de réception en Europe d'institutions juridiques telles la polygamie et la répudiation.

Nous n'avons pas la prétention de croire que ces *réponses*, fruit d'un travail individuel de recherche, puissent constituer des *solutions*. Car nous sommes tout à fait conscients que les solutions à des problèmes d'une telle complexité ne peuvent naître que d'un dialogue vaste et patient entre tous les sujets, sociaux et politiques, intéressés à l'avenir des migrations du monde arabo-musulman vers l'Europe.

Puisque l'efficacité des solutions présuppose - dans un espace régulateur non unitaire comme est celui où vivent les familles migrantes - la coopération judiciaire et administrative des Etats d'origine, leur participation à ce dialogue est nécessaire.

En même temps - si on accepte l'hypothèse normative de lier le statut personnel de l'immigré à son statut de droit public à travers la définition de *seuils d'intégration juridique* - il serait souhaitable que cette approche fût accompagnée, à l'échelle européenne, par une *harmonisation des règles nationales en matière d'accès au statut de résident permanent*. Un parcours d'intégration juridique clair et prévisible gagnerait énormément en crédibilité, et donc en efficacité, s'il était homogène par dessus les frontières nationales.

D'ailleurs, une harmonisation non seulement négative du statut de l'étranger, de l'étranger musulman en particulier, serait nécessaire à l'Europe, pour des raisons bien plus vastes et profondes que celles qui intéressent strictement la matière conflictualiste; car, comme l'a dit de façon fulgurante l'intellectuel bosniaque Dzevad Karahasan:

“Pensare l'Europa è possibile solamente da una frontiera (la frontiera d'Europa e la frontiera di se stessi)” (Karahasan, 1995, p.152).

⁶¹⁹Pour une critique du refus systématique des droits européens de reconnaître les répudiations consulaires, cf.5.4.4..

Abréviations utilisées

D: *Recueil Dalloz Sirey*

ICLQ: *International and Comparative Law Quarterly*

IMR: *International Migration Review*

IPRax: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*

JDI: *Journal du droit international (Clunet)*

Recueil: *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*

REMI: *Revue européenne des migrations internationales*

RCDIP: *Revue critique de droit international privé*

RDIPP: *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*

RIDC: *Revue internationale de droit comparé*

Riv.trim.dir.proc.civ.: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*

RTD: *Revue Tunisienne de Droit*

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- ABADA, Khadidja, 1995,
Dépolitisation de la question de l'immigration et inquiétudes multiples, in Geisser et Lorcerie, 1995,
pp.796-803
- AHSAN, Manazir - KIDWAI, R., (dir.), 1991
Sacrilege versus civility, The Islamic Foundation, Leicester
- AHSAN, Manazir, 1992,
Muslim Family in Britain: Some Problems and Prospects, papier présenté au colloque "Muslim Families in Europe", 9-10 octobre 1992, Institut Universitaire Européen, Firenze
- AKHTAR, Shabir, 1989,
Be Careful with Mohammad. The Salman Rushdie Affair, Bellew, London
- AKTAR, Cengiz, 1985,
L'occidentalisation de la Turquie. Essai critique, L'Harmattan, Paris
- AKZIN, B., et Al., 1933,
La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain, Librairie du Recueil Sirey, Paris
- AL-AHNAF, Mustafa - BOTIVEAU, Bernard - FREGOSI, Franck, 1991,
L'Algérie par ses islamistes, Karthala, Paris
- AL AHNAF, Mohammed, 1994,
Moroc, le code de statut personnel, in Monde Arabe-Maghreb-Machrek, n°145, juillet-septembre 1994, p.3
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, 1979,
L'impact de la religion sur l'ordre juridique. Cas de l'Egypte. Non-musulmans en pays d'Islam, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, 1985,
La définition internationale des droits de l'homme et l'Islam, in Revue générale de droit international public, vol.89, 1985, pp.624-716
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami A., 1992,
Le droit international privé suisse face aux systèmes des pays arabes et musulmans,
in Revue suisse de droit international et de droit européen, 1/1992, pp.33-73
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami A., 1994,
Les musulmans face aux droits de l'homme: religion, droit et politique, Verlag Dieter Winkler, Bochum
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami A., 1996,
The Islamic Conception of Migration, in IMR, 1/1996, pp.37-57
- ALEXANDRE, Danièle, 1993,
La protection de l'épouse contre la répudiation, in Coll., *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, Paris
- ALLIEVI, Stefano - DASSETTO, Felice, 1993,
Il ritorno dell'islam. I musulmani in Italia, Edizioni Lavoro, Roma
- AL-JABRI, Mohammed Abed, 1996,
La ragione araba, Feltrinelli, Milano. [éd. originale française, 1994]

AL-QASEM, Anis, 1990.

The unlawful exercise of rights in the civil codes of the Arab countries of the Middle East, in ICLQ, vol.39, avril 1990, pp.396-410

ALUFFI BECK-PECCOZ, Roberta, 1990.

La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi. Giuffrè, Milano

ALUFFI BECK-PECCOZ, 1993.

Cittadinanza ed appartenenza religiosa nel diritto internazionale privato. Il caso dei paesi arabi, in Teoria Politica, IX, n.3, 1993, pp.97-110

AMBROSINI, Gaspare, 1940.

Lo statuto dei nativi dell'Algeria e della Libia, in Scritti giuridici in onore di Santi Romano, vol.III, CEDAM, Padova

AMIN, Sayed Hassan, (dir.), [sans date d'édition].

The Civil Code of Iran, [sans lieu d'édition]

ANCEL, Bertrand - LEQUETTE, Yves, 1987.

Grans arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Sirey, Paris

APUZZO', Nicola, s.d..

L'emigrazione nel diritto italiano. Studio sistematico di legislazione sociale, Piccolo, Napoli

ARKOUN, Mohammed, 1984.

Pour une critique de la raison islamique, Maisonneuve et Larose, Paris

ARKOUN, Mohammed, 1992.

Le droit 'dit' musulman en contexte moderne, in RUDE-ANTOINE, 1992, pp.13-20

ARKOUN, Mohammed, 1993.

Il concetto di società del Libro-libro, in Calabria Ajmar - Calloni, 1993, orig. français: Coll., Cerf, Paris, 1991

ARKOUN, Mohammed, 1994.

La grande rupture avec la modernité, in *Le Maghreb face à la contestation islamiste*, Manière de voir (trimestriel publié par Le monde diplomatique) n.24, novembre 1994

ARKOUN, Mohammed, LEVEAU, Rémy, EL JISR, Bassem, (dir.), 1993.

L'islam et les musulmans dans le monde. Tome 1: L'Europe occidentale, Centre culturel Hariri, Beyrouth

ARNAUD-DUC, Nicole, 1991.

Le contraddizioni del diritto, in DUBY - PERROT, 1991

ARRIVABENE, Anna, 1987.

Pouvoir paternel et pouvoir maternel. 5 femmes occupent l'ambassade de France à Alger. Entretien avec Anne Sugier et Linda Weil, in Actes. Les cahiers d'action juridique, n.57/58, hiver 1986/1987.

BABADJI, Ramdane, 1990.

Note sur le syncrétisme dans la formation du droit positif en Algérie, Communication à la Table Ronde sur "Problématiques du Champ Juridique: Egypte, Maroc, Algérie, Tunisie", Le Caire, 3-5 février 1990, polycopié

BADIE, Bertrand, 1986.

Les deux Etats. Pouvoir et société en Occident et en terre d'islam, Fayard, Paris

- BADIE, Bertrand - WIHTOL DE WENDEN, Catherine, 1994,
Le défi migratoire. Questions de relations internationales, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris
- BADUEL, Pierre Robert, (dir.), 1993,
Etat moderne, nationalismes et islamismes, numéros spéciaux de la Revue du Monde Musulman et de la Méditerranée (REMMM), n°68-69, 1993.
- BAINES, Dudley, 1991,
Emigration from Europe 1815-1930, Macmillan, Basingstoke (Hampshire)-London
- BARIATTI, Stefania, 1989,
La disciplina giuridica della cittadinanza italiana, Giuffrè, Milano
- BARILE, Giuseppe, 1965,
La fonction historique du droit international privé, in Recueil, 1965 III, tome 116, pp.305-381
- BASEDOW, Jürgen, et DIEHL-LEISTNER, Barbara, 1990,
Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland. Zu den soziologischen und ausländerpolitischen Grundlagen der Nationalitätsanknüpfung im Internationalen Privatrecht, in Mansel et Jayme, 1990
- BASFAO, Kacem, et TAARJI, Hinde, 1994,
L'annuaire de l'émigration - Maroc, Rabat
- BASTENIER, Albert et DASSETTO, Felice, 1993,
Immigration et espace public. La controverse de l'intégration, Ciemi-L'Harmattan, Paris
- BASTENIER, Albert, 1992,
La question sociologique: la régulation étatique de l'islam dans trois contextes européens (Grande Bretagne, RFA, France), in Bastenier et al., 1992;
- BASTENIER, Albert, et al., 1992,
Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé, Bruylant, Bruxelles
- BATIFFOL, Henri, 1959,
Principes de droit international privé, Recueil 1959
- BATIFFOL, Henri, 1973,
Le pluralisme des méthodes en droit international privé, Recueil, 1973 II
- BATIFFOL, Henri, 1975,
Existence et spécificité du droit de la famille, in *Archives de philosophie du droit*, numéro monographique sur "Réformes du droit de la famille", Sirey, Paris
- BATIFFOL, Henri - LAGARDE, Paul, 1981,
Droit international privé, tome I, 7^{me} éd., L.G.D.J., Paris
- BATIFFOL, Henri - LAGARDE, Paul, 1983,
Droit international privé, tome II, 7^{me} éd., L.G.D.J., Paris
- BATIFFOL, Henri et LAGARDE, Paul, 1993,
Traité de droit international privé, 8e éd., LGDJ, Paris
- BAUBEROT, J., (dir.), 1994,
Religions et laïcité dans l'Europe des Douze, Syros, Paris
- BAUMGARTL, Bernd - FAVELL, Adrian, (eds.), 1995,
New Xenophobia in Europe, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston

- BEITZKE, Günther, 1981,
Anerkennung Inländischer Privatscheidungen von Ausländern?, in IPRax, 1981, pp.202-204
- BEITZKE, Günther, 1993,
Scheidung sunnitischer Libanesen, in IPRax 1993, pp.231-236
- BELGUENDOZ, Abdelkrim, 1992,
L'UMA et ses émigrés à l'heure du nouveau partenariat avec l'Europe, in Al Asas - mensuel de base pour la société de demain (Maroc), n°112, 1992, pp.43-51
- BEN ACHOUR, Yadh, 1992,
Politique, religion et droit dans le monde arabe, Cérés Productions - EDDIF, Tunis - Casablanca
- BENATTAR, Raoul, 1967,
Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les pays de droit personnel, Recueil des cours, 1967, II, pp.3-108
- BENTWICH, Norman, 1929,
Le système des mandats, in Recueil des Cours, tome 29
- BERNARD, Camille, 1978,
Les problèmes posés par les demandes d'exequatur des décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps, in Travaux du Comité Français de Droit International Privé, 1978, pp.59-88.
- BERNARD, Philippe, 1994,
La saga des foulards. Une querelle juridique, politique, quasiment philosophique, in Le Monde, 13 octobre 1994, supplément sur "La France et l'Islam", pp.I-XII.
- BERKES, Niyazi, 1964,
The Development of Secularism in Turkey, McGill University Press, Montreal
- BERKOVITS, Bernard, 1988,
Transnational Divorces: the Fatima Decision, in LQR 1988, pp.603ss..
- BERKOVITS, Bernard, 1990,
Get and Tulaq in English Law: Reflections on Law and Policy, in Mallat et Connors (dir.), 1990
- BERQUE, Jacques, 1965,
Préface à Charnay, 1965
- BERQUE, Jacques, 1966,
La maintenance de l'Islam, in Berque et Charnay, 1966
- BERQUE, Jacques - CHARNAY, Jean-Paul, 1966,
Normes et valeurs dans l'Islam contemporain, Payot, Paris
- BERTRAND, Nadine - SHAMA, Eklas, 1989,
La création et la reconnaissance du lien conjugal, in Carlier et Verwilghen, 1989, pp.55-65
- BETTS, Raymond F., 1961,
Assimilation and association in French colonial theory, Columbia University Press, New York-London
- BEULE, Dieter, 1979,
Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen, insbesondere bei Privatscheidungen, in STAZ, 1979, pp.29 et ss.

- BEULE, Dieter, 1988,
Ein Verstoß gegen das Scheidungsmonopol der deutschen Gerichte?, in IPRax, 1988, pp.150-152
- BISCHOFF, Jean-Marc, 1981,
Le mariage polygamique en droit international privé, in Travaux du Comité Français de Droit International Privé, 1980-1981, t.II, C.N.R.S., Paris
- BISCHOFF, Jean-Marc, 1988,
Rapport Général de droit international privé, in Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Tome XXXIX, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille* (journées turques), Economica, Paris
- BISCOTTINI, Giuseppe, 1960,
Capitolazioni (regime delle), in *Enciclopedia del diritto*, vol.VI, Giuffrè, Milano
- BISTOLFI, Robert, 1994,
Façonner un modèle européen d'intégration, in *Le Monde diplomatique*, décembre 1994, pp.22-23.
- BISTOLFI, Robert, 1995,
Approches de l'islam dans l'Union européenne, in: BISTOLFI et ZABBAL 1995
- BISTOLFI, Robert, et ZABBAL, François, (dir.), 1995,
Islams d'Europe. Intégration ou insertion communautaire, Editions de l'Aube - Institut du monde arabe, Paris
- BOBBIO, Norberto, 1981,
La cultura italiana fra ottocento e novecento, in COLLECTIF, 1981
- BOHANNAN, Paul, 1965,
The Differing Realms of Law, in Laura Nader (dir.), *The Ethnography of Law*, numéro spécial de: *American Anthropologist*, 67
- BONTEMS, Claude, 1987,
Sexualité islamique et jurisprudence coloniale en Algérie au XIXe et XXe siècles, in: Poumarède (Jacques) - Royer (Jean-Pierre), (dir.), *Droit, histoire et sexualité*, L'Espace Juridique, Toulouse
- BORDEAUX, Michèle, 1989,
L'universalisme juridique et l'impasse de l'égalité, in: Actes du colloque "Les femmes et la Révolution française", Presses Universitaires du Mirail, Toulouse
- BORRMANS, Maurice, 1973,
A propos d'une récente fatwa relative au statut familial des émigrés algériens, in *Revue de l'occident musulman et de la Méditerranée (ROMM)*, n°13-14, Mélanges Le Tourneau, pp.131-140
- BORRMANS, Maurice, 1977,
Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours, Mouton, Paris-La Haye
- BOSCHIERO, Nerina, 1993,
Norme di diritto internazionale privato "facoltative"?, in *RDIPP*, 1993, pp.541-588
- BOSCO, Giacinto, 1968,
Capitolazioni (regime delle), in *Nuovissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, vol.II
- BOSQUET, G.H., 1953,
How the Natives of Algeria became French Citizens, in *International and Comparative Law Quarterly*, n.2
- BOSWORTH, C.E., 1982,
The concept of dhimma in early islam, in Braude - Lewis, 1982

- BOTIVEAU, Bernard, 1993.
Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, Khartala-IREMAM, Paris-Aix-en-Provence
- BOULAHBEL, Yeza, 1993.
De la familia normativa a la familia contractual. La evolución de la familia en los países de Europa occidental y en los del Magreb, in Tapinos, 1993, pp.207-231
- BOURAOUI, Soukeina, 1983.
La constante inégalité entre les sexes ou de l'antinomie entre droit interne et conventions internationales. Quelques réflexions sur la loi, in Revue tunisienne de droit, 1983, pp.425-441
- BOURDELOIS, Béatrice, 1993.
Mariage polygamique et droit positif français, Editions GLN Joly, Paris
- BRAUDE, Benjamin et LEWIS, Bernard, 1982.
Christians and Jews in the Ottoman Empire. The Functioning of a Plural Society, vol.1: *The Central Lands*, Holmes and Meier, New York - London
- BRIGGS, Adrian, 1983.
Polygamous Marriages and English Domiciliaries, in ICLQ, 1983, pp.737-741.
- BRILMAYER, Lea, 1995,
The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules, in Recueil, 1995, pp.9-112
- BRUBAKER, Rogers, 1992,
Citizenship and Nationhood in France and Germany, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) - London
- BRUSCHI, Christian, 1993,
Moins de droits pour les étrangers en France, in Migrations Société, 6-31, 1993, pp.7-23
- BUNDESREGIERUNG, 1994,
Ausländerinnen und Ausländer in europäischen Staaten, août 1994, Mitteilungen der Beauftragten des Bundesregierung für die Belange der Ausländer, Bonn
- de BURLET, Jacques, 1975,
Nationalité des personnes physiques et décolonisation. Essai de contribution à la théorie de la succession d'Etats, Bruylant, Bruxelles
- CABRIA AJMAR, Laura - CALLONI, Marina, (dir.), 1993,
L'altra metà della luna. Capire l'islam contemporaneo, Marietti, Genova
- CAHEN, Claude, 1965,
Dhimma, in Encyclopédie de l'Islam, Brill - Maisonneuve-Larose, Leyden - Paris, Tome II
- CAMERA DEI DEPUTATI, 1995,
Quadro sinottico sulla disciplina del trattamento degli immigrati in alcuni paesi dell'Unione europea, mars 1995, Servizio Biblioteca della Camera dei deputati, Roma
- CAMPIGLIO, Cristina, 1990,
Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1990, p.853.
- CAPUZZO, Ester, 1995,
Sudditanza e cittadinanza nell'esperienza coloniale dell'età liberale, in *Clio*, 1/1995, pp.65-95

- CARBONNIER, Jean, 1979 (11e éd.),
Droit civil (vol.2) - La famille, les incapacités, P.U.F., Paris
- CARLIER, Jean-Yves, 1985,
La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié?, in *Journal des tribunaux*, 1985, pp.101-108
- CARLIER, Jean-Yves, 1991,
Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 1991, pp.165-172
- CARLIER, Jean-Yves, 1992,
Le respect du statut personnel musulman. de quel droit, par quel droit?, in Bastenier et al., 1992, pp.385-395
- CARLIER, Jean-Yves, 1992b,
Autonomie de la volonté et statut personnel, Bruylant, Bruxelles
- CARLIER, Jean-Yves, 1994,
Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 1994, pp.447-462
- CARLIER, Jean-Yves et VERWILGHEN, Michel (dir.), 1989,
Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?
Academia-Sybidi, Louvain-la-Neuve - Bruxelles
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, 1978,
Le renouveau du particularisme en droit international privé, in *Recueil*, 1978, II
- CARROLL, L., 1986,
Talaq Pronounced in England and Perfected by Post not Recognized: Fatima in the House of Lords, in *Modern Law Review*, 1986, pp.776 ss..
- CARTER, P.B., 1993,
The Role of Public Policy in English Private International Law, in *ICLQ*, 1993, pp.1-10
- CASSIN, René, 1930,
La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits des lois, in *Recueil des cours*, 1930, IV
- CASTANGIA, Isabella, 1983,
Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato, Jovene, Napoli
- CASTLES, Stephen, avec Heather Boots et Tina Wallace, 1984
Here for good. Western Europe's New Ethnic Minorities, Pluto Press, London
- CESARI, Jocelyne, 1994,
Etre musulman en France. Mosquées, militants et associations, Khartala - Iremam, Paris - Aix-en-Provence
- CESARI, Jocelyne, (dir.), 1995,
L'islam en Europe, in *Problèmes politiques et sociaux. Dossiers d'actualité mondiale*, n.746, 24 mars 1995, La Documentation française, Paris.
- CHABOD, Federico, 1979,
L'idea di nazione, Laterza, Roma-Bari
- CHARFI, Mohamed, 1979,
Chronique de jurisprudence tunisienne, in *Clunet*, 1979, p.647

- CHARFI, Mohamed, 1983,
Droits de l'homme, droit musulman et droit tunisien, in RTD, 1983, pp.405-423
- CHARFI, Mohamed, 1987,
L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans, Recueil des cours, 1987, III, pp.321-454
- CHARNAY, Jean-Paul, 1965,
La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du XXème siècle, PUF, Paris
- CHEKIR, Hafidha, 1989,
La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, in RTD, 1989, pp.70-83
- CIAFALONI, Francesco et PASTORE, Ferruccio, 1992,
Atenti ai fantasmi,
in *Micromega*, 2/1992, p.150.
- CHOUERI, Youssef, 1990,
Islamic Fundamentalism, Pinter Publishers, London
- COHEN, Dany, 1989,
La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international français, in RCDIP, 1989, pp.451-483
- COLLECTIF, 1981,
La cultura italiana tra '800 e '900 e le origini del nazionalismo, Olschki, Firenze
- COLLINS, Lawrence, (dir.), 1993,
Dicey and Morris on the Conflict of Laws, 12th ed., 2 voll., Sweet and Maxwell, London
- COLLINSON, Sarah, 1993,
Europe and international Migration, Pinter Publishers and Royal Institute for International Affairs, London
- COLSON, Marie-Laure, 1992,
L'épouvantail de la polygamie s'agite devant les immigrés,
in *Libération*, 11-12 avril 1992
- CORSINI, Umberto - ZAFFI, Davide, 1994,
Le minoranze tra le due guerre, Il Mulino, Bologna
- COSTA-LASCOUX, Jacqueline, 1990,
Familles immigrées: pluralité et conflit de normes,
in *Le courrier du C.N.R.S.*, n.75, avril 1990.
- COSTA-LASCOUX, Jacqueline, 1993,
Continuité ou rupture dans la politique française de l'immigration: les lois de 1993, in *Revue européenne des migrations internationales*, 3/1993, pp.233-261
- COSTA-LASCOUX, Jacqueline, 1994,
Les lois 'Pasqua': une nouvelle politique de l'immigration?, in *Regards sur l'actualité*, n°199, mars 1994,
La Documentation française, Paris
- COULSON, N.J., 1964,
A History of Islamic Law, Edinburgh University Press, Edinburgh
- CULLMANN, Peter, 1976,
Anerkennung polygamer Ehen in der Bundesrepublik Deutschland, in *FamRZ*, 1976, pp.313-315

- DASSETTO, Felice, et BASTENIER, Albert, 1984,
L'islam transplanté. Vie et organisation des minorités musulmanes en Belgique, EPO, Anvers
- DASSETTO, Felice, et BASTENIER, Albert, 1988,
Europa: nuova frontiera dell'islam, Edizioni Lavoro, Roma
- DASSETTO, Felice, 1994,
L'Islam transplanté: bilan des recherches européennes, in REMI, 2/1994, pp.201-211
- DE CASTRO, Federico, 1961,
La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité, in *Recueil*, I, 1961
- DECROUX, Paul, 1971,
Chronique de jurisprudence marocaine, in *Clunet*, 1971, pp.159-193
- DECROUX, Paul, 1978,
Chronique de jurisprudence marocaine, in *Clunet*, pp.664-684
- DECROUX, Paul, 1981,
Le droit international privé marocain. Son évolution de 1956 à 1981, in *Revue Juridique Politique et Economique du Maroc*, 1981, n.10, 2ème semestre, pp.153-170
- DECROUX, Paul, 1985,
La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, in *JDI*, 1985, pp.49-99
- DE GROOT, Gerard-René, 1989,
Staatsangehörigkeit im Wandel. Eine rechtsvergleichende Studie über Erwerbs- und Verlustgründe der Staatsangehörigkeit, Karl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München
- DEPREZ, Jean, 1975a,
Un aspect inattendu de l'"échange inégal" en droit international privé? Les relations de statut personnel entre l'Islam et l'Europe vues à travers les cas franco-marocain, in *Revue Tunisienne de Droit*, 1975, 1er semestre, pp.19-72
- DEPREZ, Jean, 1975b,
Pluralisme des statuts personnels - Conflits interpersonnels, article in *Jurisclasseur de droit comparé, Maroc*, 11, 1975, fascicule I
- DEPREZ, Jean, 1976,
Réflexions sur la connaissance du phénomène juridique: projet de recherche adapté aux réalités marocaines, in *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, n.1, décembre 1976
- DEPREZ, Jean, 1981a,
Bilan de vingt cinq années de droit international privé au Maroc, in *Revue Juridique Politique et Economique du Maroc*, 2ème semestre 1981, numéro 10, pp.125-151
- DEPREZ, Jean, 1981b,
Droit international privé et conflits entre les statuts personnels, article in *Jurisclasseur de droit comparé, Maroc*, 8, 1981, fascicule IV, 1er et 2ème cahiers
- DEPREZ, Jean, 1981c,
Pérennité de l'Islam dans l'ordre juridique au Maghreb, in *Gellner - Vatin*, 1981
- DEPREZ, Jean, 1988,
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*, 1988, IV, pp.1-372

DEPREZ, Jean, 1989a,

Au carrefour du droit comparé et du droit international privé: quelle place pour le droit musulman. in Flory, Marcel - Henry, Jean Robert, L'enseignement du droit musulman, C.N.R.S., Paris, pp.17-92

DEPREZ, Jean, 1989b,

Environnement social et droit international privé. Le droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale. in *Droit et environnement social au Maghreb*, Editions du CNRS - Fondation du Roi Abdul-Aziz Al Saoud, Paris-Casablanca

DESCHAMPS, Hubert, 1954,

Les méthodes et les doctrines coloniales de la France (du XVI^e siècle à nos jours), Armand Colin, Paris

DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal, 1993,

La polygamie dans les pays d'Afrique subsaharienne anciennement sous administration française (aspects juridiques, comparatifs et internationaux), in REMI, 1/1994, pp.143-159

DE WINTER, Louis, 1969,

Nationality or domicile? The present state of affairs, in *Recueil des cours*, 1969, III

DIRKS, Sabine, 1969,

La famille musulmane turque. Son évolution au XX^e siècle, Mouton - Maison des sciences de l'homme, La Haye - Paris

DOSSIER, 1991,

Mariages et couples mixtes: interférences juridiques, sociales et culturelles, in *Migrations-Société*, vol.3, n.14, mars-avril 1991

DOSSIER, 1995,

L'ijtihad ou l'effort d'interprétation en Islam, in *Le Musulman (France)*, n°26, Septembre 1995, pp.8-24

DUBY (Georges) et PERROT (Michelle), 1991,

Storia delle donne - L'Ottocento, Laterza, Roma-Bari

DUMMETT, Ann - NICOL, A., 1990,

Subjects, Citizens, Aliens and Others: Nationality and Immigration Law, Weidenfeld and Nicolson, London

EHRENZWEIG, Albert, 1968,

Specific Principles of Private Transnational Law, in *Recueil*, 1968, II

EHRlich, Eugen, 1936 (1^{re} éd. en allemand 1913),

Fundamental principles of the sociology of law, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)

ELGEDDAWY, A. Kessmat, 1971,

Relations entre systèmes confessionnels et laïques en droit international privé, Dalloz, Paris

EL HADDAD, Hafiza, 1987,

La protection des droits de l'homme en Egypte. Quelques réflexions à propos de l'égalité entre l'homme et la femme dans le cadre du Droit international privé, in *Revue Egyptienne de Droit International*, vol.43, 1987, pp.181-185

ELWAN, Omaia, 1990,

Einflüsse des Islam und des Begriffs der arabischen Nation auf das Staatsangehörigkeits-, Fremden-, und Kollisionsrecht der arabischen Staaten, in *Jayme - Mansel*, 1990

ELWAN, Omaia, 1992,

L'islam et les systèmes de conflit de lois, in *Bastienier et al.*, 1992, pp.314-341

- ENGLE MERRY, Sally, 1991,
Law and Colonialism. Review Essay, in *Law and Society Review*, vol.25, n.4
- ENGLE MERRY, Sally, 1992,
Anthropology, Law, and Transnational Processes, in *Annual Review of Anthropology*, 1992, n.21, pp.357-379
- ENTZINGER, Han, et STIJNEN, P.J.J., 1990,
Etnische minderheden in Nederland, Boom, Amsterdam-Meppel
- ENTZINGER, Han, 1992,
L'immigration au Pays-Bas: du pluriculturalisme à l'intégration, in Lewis et Schnapper, 1992
- ES-SNOUSSI, M.T., 1957,
Code du statut personnel annoté, Préface du ministre de la Justice, Ahmed Mestiri, Tunis
- ETIENNE, Bruno, 1987,
L'islamisme radical, Hachette, Paris
- ETIENNE, Bruno, 1989,
La France et l'islam, Hachette, Paris
- ETIENNE, Bruno, 1990,
L'islam en France, CNRS, Paris
- ETUDES ARABES, 1986,
Dossier sur: *Débats autour de l'application de la chari'a*, n.70-71, Pontificio istituto di studi arabi e d'islamistica, Roma
- EVRIGENIS, Dimitrios J.,
Tendances doctrinales actuelles en droit international privé, in *Recueil*, 1986, II
- FADLALLAH, Ibrahim, 1977,
La famille légitime en droit international privé, Dalloz, Paris
- FADLALLAH, Ibrahim, 1981,
Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français? in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1981, p.17.
- FADLALLAH, Ibrahim, 1992,
Lien conjugal et rencontre de civilisations, in Bastenier et al., 1992, pp.342-354
- FAHMI, Hoda, 1987,
Divorcer en Egypte. Etude de l'application des lois du statut personnel, Dossier 3/1986, CEDEJ, Le Caire
- FAINZANG, Sylvie - JOURNET, Odile, 1988,
La femme de mon mari. Anthropologie du mariage polygamique en Afrique et en France, L'Harmattan, Paris
- FATTAL, Antoine, 1958,
Le statut légal des non-musulmans en pays d'islam, Imprimerie Catholique, Beirut
- FAVERO - TASSELLO, 1978
Cent'anni di emigrazione italiana (1876-1976), in G.F.Rosoli (dir.), *Un secolo di emigrazione italiana (1876-1976)*, Centro Studi Emigrazione, Roma

- FERRIE, Jean-Noël - RADI, Saâdia, 1988,
Convenance sociale et vie privée dans la société musulmane immigrée, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, t.XXVII, Editions du Cnrs, Paris, pp.229-234
- FOBLETS, Marie-Claire, 1991,
La femme marocaine et sa loi en Belgique, in *Revue de droit des étrangers*, p.336
- FOBLETS, Marie-Claire, 1996, (dir.),
Familles - Islam - Europe, L'Harmattan, Paris
- FORSYTH, Christopher F., 1985,
Recognition of Extra-judicial Divorces: the Transnational Divorces, in *ICLQ*, 1985, pp.398 ss..
- FOYER, Jean, 1976,
Tournants et retours aux sources en droit international privé? (L'article 310 nouveau du Code civil), in *Juris Classeur Périodique*, 1976, I, 2762
- FRAGOLA, Umberto, 1948 (2^{ème} éd.),
Manuale di diritto coloniale comparato, Humus, Napoli
- FRANCESCAKIS, Phocion, 1956,
Une extension discutable de la jurisprudence Rivière. L'application de la loi du domicile commun à la filiation légitime, *Clunet* 1956, pp.254-291
- FRANCESCAKIS, Phocion, 1975,
Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international, in *RCDIP*, 1975, pp.553-594
- FURMSTON, M.P., 1961,
Polygamy and the Wind of Change, in *ICLQ*, pp.181-186
- GALOPPINI, Anna Maria, 1981
Il lungo viaggio verso la parità: i diritti civili e politici delle donne dall'Unità ad oggi, Zanichelli, Bologna
- GANNAGE, Pierre, 1979,
La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales, in *Recueil des Cours*, 1979, III, pp.345-423
- GANNAGE, Pierre, 1983,
Droit intercommunautaire et droit international privé (à propos de l'évolution du droit libanais face aux droits proche-orientaux), in *Clunet*, 1983, 479-518
- GANNAGE, Pierre, 1992,
La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, in *RCDIP*, 3/1992 juillet-septembre, pp.425-454
- GAUDEMET-TALLON, Hélène, 1991,
La désunion du couple en droit international privé, in *Recueil*, 1991, I
- GAUTIER, Géraldine, 1989,
Les droits économiques et sociaux des étrangers musulmans, in *Carlier et Verwilghen*, 1989, pp.37-51
- GEISSER, Vincent - LORCERIE, Françoise et Al., 1995
Maghrebins en Europe, in *Annuaire de l'Afrique du Nord* 1993, t.XXXII, CNRS, Paris
- GEISSER, Vincent, 1995,
Une nouvelle définition de la marocanité?, in *Geisser et Lorcerie*, 1995, pp.803-811

- GELLNER, Ernest - VATIN, Jean-Claude, (dir.), 1981,
Islam et politique au Maghreb, CNRS, Paris
- GENEVOIS, Bruno, 1993.
Un statut constitutionnel pour les étrangers, in *Revue française de droit administratif*, 5/1993, pp.871 ss.
- GERHOLM, T., LIHTMAN, Y.G., 1988
The New Islamic Presence in Europe, Mansell, London
- GHISALBERTI, Carlo, 1979.
Unità nazionale e unificazione giuridica, Laterza, Roma-Bari
- GLENN, Patrick, 1980.
Where Heavens Meet: the Compelling of Religious Divorces, in *The American Journal of Comparative Law*, 28, winter 1980, p.1
- HADDAD, Tahar, 1978,
Notre femme, la législation islamique et la société, Maison tunisienne de l'édition, Tunis, [1^{er} ed. 1930]
- HADJETACHE, Florence, 1990
Des épouses particulières...soumises à des régimes particuliers, in *Immigrés et justice*, Bulletin n.23 du Comité de Liaison des Associations Socio-Educatives de Contrôle Judiciaire (C.L.C.J.) Bordeaux, 4^{ème} trimestre 1990
- HAMIDULLAH, Muhammad, 1966,
Le musulman dans le milieu occidental et son retour au pays d'origine, in Berque et Charnay, 1966
- HAMMAR, Tomas, 1985,
European immigration policy. A comparative study, Cambridge University Press
- HARTLEY, T.C., 1967.
Bigamy in the Conflict of Laws, in *ICLQ*, 1967, pp.680 ss.
- HARTLEY, T.C., 1969.
Poligamy and Social Policy, in *Modern Law Review*, 1969, pp.155 ss.
- HATZIBRAM, Orhan, 1995.
La situation des turco-musulmans de Thrace, in Bistolli et Zabbal, 1995, pp.349-351
- HAUT CONSEIL A L'INTEGRATION, 1992,
Conditions juridiques et culturelles de l'intégration, La Documentation Française, Paris
- HENRICH, Dieter , 1982,
Privatscheidungen im Ausland, in *IPRax*, 1982, pp.94-95
- HENRICH, Dieter, 1993,
Nichterklärung einer gemischtnationalen bigamischen Ehe, in *IPRax* 1993, pp.236-237
- HENRY, Jean-Robert, 1981,
Droit musulman et structure d'Etat moderne en Algérie: l'héritage colonial, in: Gellner - Vatin, 1981
- HENRY, Jean-Robert, 1988
La norme et l'imaginaire. Construction de l'altérité juridique en droit colonial algérien, in *Process - Cahiers d'analyse politique et juridique*, n.18, 1987-1988
- HEPPLE, Bob - SZYSZCZAK, Erika, (dir.), 1992,
Discrimination: the Limits of the Law, Mansell, London

HOOKER, M.B., 1975.

Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws. Clarendon Press, Oxford

HORCHANI-ZAMITI, Malika, 1989.

Les incidences indirectes de l'émigration au Maghreb: la situation des femmes et des enfants laissés au pays, dans les "Actes du Séminaire scientifique sur les tendances migratoires actuelles et l'insertion des migrants dans les pays de la francophonie" (Montréal 25-28 agosto 1987), Les Publications du Québec

HORCHANI-ZAMITI, Malika, 1995.

Des intérêts incompatibles, in Geisser et Lorcerie, 1995, pp.790-796

HOURANI, Albert, 1962.

Arabic Thought in the Liberal Age. 1798-1939, Oxford University Press, London-New York-Toronto

HOURANI, Albert, 1993.

Histoire des peuples arabes, Seuil, Paris, 1993, trad. de l'anglais Paul Chemla (1^{re} éd. anglaise: London, 1991)

HUNTINGTON, Samuel P., 1993.

The Clash of Civilizations?, in Foreign Affairs, été 1993, pp.22-49

JAHEL, Selim, 1994.

La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français, in RIDC, 1/1994, pp.32-58

JAMBU-MERLIN, Roger, 1958.

Essai sur l'histoire des conflits de lois au Levant et en Afrique du Nord, in Revue Critique de Droit International Privé, 1958, pp.1-35

JAYME, Erik, 1980.

Pasquale Stanislao Mancini. Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz, Verlag Rolf Gremer, Ebelbach

JAYME, Erik, 1988.

Pasquale Stanislao Mancini: il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense. CEDAM, Padova

JAYME, Erik, 1988b.

Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888). Die Nation als Rechtsbegriff im Internationalen Privatrecht, in JuS 1988, pp.933 ss.

JAYME, Erik, 1989.

'Talaq' nach iranischem Recht und deutscher Ordre public, in IPRax, 1989, pp.223-224

JAYME, Erik, 1993.

Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato, in RDIPP, 1993, pp.295-304

JAYME, Erik, 1994.

Introduction à Mancini, 1994 (1851)

JAYME, Erik, 1996.

Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, in IPRax, 4/1996, 237-244

JAYME, Erik, et MANSEL, Heinz-Peter, 1990.

Nation und Staat im Internationalen Privatrecht. Zum kollisionsrechtlichen Staatsangehörigkeitsprinzip in verfassungrechtlicher und internationalprivatrechtlicher Sicht. C.F.Müller, Heidelberg.

- JESSURUN d'OLIVEIRA, Hans Ulrich, 1966,
Universalisme ou régionalisme de la Conférence de La Haye, in RCDIP 1966, pp.347-386
- JESSURUN d'OLIVEIRA, Hans Ulrich, 1985,
De proletarisering van het internationaal privaatrecht, in *Recht en kritiek*, 1985, pp.73 ss.
- JESSURUN d'OLIVEIRA, Hans Ulrich, 1989,
Principe de nationalité et droit de la nationalité, in "Liber Memorialis François Laurent 1810-1887", Story-Scientia, Bruxelles
- JESSURUN d'OLIVEIRA, Hans Ulrich, 1995,
Le droit international privé néerlandais et les relations Maroc-Pays-Bas, in *Cahiers des droits maghrébins*, vol.1, 1995, pp.137-166
- JOBERT, Annette, 1976,
Les étrangers et la justice civile. Analyse sociologique de la différenciation des pratiques judiciaires. Rapport réalisé pour le Centre de Recherches et de Documentation sur la Consommation du Ministère de la Justice, juin 1976
- JOLY, Danièle, 1995,
Britannia's Crescent: Making a Place for Muslims in British Society, Avebury, Aldershot
- JUENGER, Friedrich, 1985,
General Course on Private International Law, in *Recueil*, 1985, IV
- JUSS, Satvinder, 1993,
Immigration, Nationality and Citizenship, Mansell, London
- KARAHASAN, Dzevad, 1995,
Elogio della frontiera, in *Micromega*, 5/1995, pp.147-158
- KARPAT, Kemal, 1996,
Muslim Migration: A Response to Aldeeb Abu-Sahlieh, in *IMR*, 1/1996, pp.79-89
- KEGEL, Gerhard, 1964,
The Crisis of the Conflict of Laws, in *Recueil*, 1964, II
- KEGEL, Gerhard, 1995,
Internationales Privatrecht, 7e éd., C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München
- KELSEN, Hans, 1953 (1^{ère} éd. en allemand 1932),
Théorie pure du droit, Editions de la Baconnière, Neuchâtel
- KEPEL, Gilles, 1987,
Les banlieues de l'islam, Seuil, Paris
- KEPEL, Gilles, 1994,
A l'ouest d'Allah, Le Seuil, Paris
- KHADER, Bichara, 1992,
L'enjeu migratoire dans les rapports Europe-Maghreb, in *Studi Emigrazione/Etudes Migrations*, n°107, 1992, pp.467-477
- KING, Michael, (ed.), 1995,
God's Law versus State Law. The Construction of an Islamic Identity in Western Europe, Grey Seal, London

- KOJANEC, Giovanni (dir.), 1977,
La cittadinanza nel mondo. Vol.1. La legislazione nelle Americhe e in Oceania, CEDAM, Padova
- KOTZUR, Hubert, 1988,
Kollisionsrechtliche Probleme christlich-islamischer Ehen, Mohr, Tübingen
- KOTZUR, Hubert, 1993,
Marokkanisches Eheschliessungsrecht vor deutschen Gerichte, in IPRax 1993, pp.305-309
- KRÄMER, Gudrun, 1994,
L'intégration des intégristes: une étude comparative de l'Égypte, la Jordanie et la Tunisie, in Salamé, 1994, pp.277-312
- KRZYWON, W., 1989,
Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen, in STAZ, 1989, pp.93 et ss.
- LABAYLE, Henry, 1993,
Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes, in Revue française de Droit administratif, n.3, mai-juin 1993, pp.511 ss..
- LABRUSSE, Catherine, 1976,
La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère, in Travaux du Comité français de droit international privé, 1975-1977, C.N.R.S., pp.111-143.
- LAGARDE, Paul, 1971,
Destinées de l'arrêt Rivière, Clunet, 1971, p.241
- LAGARDE, Paul, 1986,
Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Recueil, 1986 I
- LAGARDE, Paul, 1989 (2^{me} éd.),
La nationalité française, Dalloz, Paris
- LAGARDE, Paul, 1993,
La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française, in Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Bruylant, Bruxelles
- LAHALLE, Annina, 1990,
Les fonctions du droit dans l'intégration de la communauté italienne dans un pays d'immigration de peuplement (le Brésil) et dans un pays d'immigration de main d'oeuvre (la France), in Bulletin Immigrés et justice du Comité de Liaison des Associations Socio-Educatives de Contrôle Judiciaire (C.L.C.J.), n.23, 4^{ème} trimestre 1990, Bordeaux
- LAMCHICHI, Abderrahim, 1990a,
Islam et contestation au Maghreb, L'Harmattan, Paris
- LAMCHICHI, Abderrahim, 1990b,
Les États maghrébins face à l'islamisme, in Les Cahiers de l'Orient, n.18, 3^e trimestre 1990, pp.133-166
- LAROUI, Abdallah, 1987,
Islam et modernité, La Découverte, Paris
- LEQUIN, Yves (dir.), 1988,
La mosaïque France. Histoire des étrangers et de l'immigration, Larousse, Paris
- LEQUIN, Yves - SCHNAPPER, Dominique, 1988,
Les chemins de Vichy, in LEQUIN, 1988

- LESCURE, Monique, 1959,
L'évolution du système de conflit de lois tunisien. L'exemple du mariage, in *Revue critique*, 1959, pp.31-78
- LEWIS, Bernard, 1961,
The Emergence of modern Turkey, Oxford University Press
- LEWIS, Bernard, 1992,
La situation des populations musulmanes dans un régime non musulman. Réflexions juridiques et historiques, in LEWIS et SCHNAPPER, 1992
- LEWIS, Bernard, SCHNAPPER, Dominique, (dir.), 1992,
Musulmans en Europe. Actes Sud, Arles
- LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, 1960,
La jurisprudence égyptienne et les conflits de lois en matière de statut personnel, in *Clunet*, 1960, pp.822-857
- LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, 1962,
La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui, in *RIDC*, 1962, pp.521-548
- LIPSTEIN, Kurt, 1966,
Change of Domicile After Marriage. Effect Upon the Nature of Marriage, Whether Polygamous or Monogamous, in *Cambridge Law Journal*, 1966, pp.179 ss.
- LIPSTEIN, Kurt, 1980,
Chronique de jurisprudence britannique, in *JDI*, 1980, pp.109-159
- LIPSTEIN, Kurt, 1988,
Chronique de jurisprudence britannique (I^{re} partie), in *JDI*, 1988, pp.802-845
- LOCHAK, Danièle, 1985,
Etrangers: de quel droit?, P.U.F., Paris
- LOCHAK, Danielle, 1994,
Genèse idéologique d'une réforme, in *Hommes et migrations*, 1178, juillet 1994, pp.23-29
- LONG, Marceau, (dir.), 1988,
Etre français aujourd'hui et demain, La Documentation Française, Paris
- LOPEZ-GARCIA, Bernabé, (dir.), 1993,
Inmigración magrebi en España. El retorno de los moriscos, Mapfre, Madrid
- LORENZEN, E.G.,
Polygamy and the conflict of laws, in *Yale Law Journal*, 1923, p.471
- LOSADA, Teresa, 1995,
Diversité culturelle et statut juridique, in *Bistolli et Zabbal*, 1995, pp.285-291
- LOSANO, Mario, 1991,
Contro la società multi-etnica, in *Micromega*, 5/1991, pp.7 ss.
- MAGNIN, Jean, 1966,
Autour du Code de statut personnel tunisien, in *Berque et Charnay*, 1966
- MAILA, J., 1991,
Les droits de l'homme sont-ils impensables dans le monde arabe?, in *Les Cahiers de l'Orient*, juin 1991, pp.322 ss.

- MAKAROV, Alexandre, 1937,
La nationalité de la femme mariée, in *Recueil des cours*, I, 1937
- MAKAROV, Alexandre, 1949,
Règles générales du droit de la nationalité, in *Recueil des cours*, 1949, I
- MALLAT, Chibli - CONNORS, Jane, (dir.), 1990,
Islamic Family Law, Graham and Trotman, London-Dordrecht-Boston
- MANCINI, Pasquale Stanislao, 1874,
De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles, in *Journal de droit international privé et de jurisprudence comparée*, 1874, pp.221ss et 277ss.
- MANCINI, Pasquale Stanislao, 1895,
Discorsi parlamentari, vol.4°, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma
- MANCINI, Pasquale Stanislao, 1994,
Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, [1ère éd. 1851], Giappichelli, Torino
- MANCONI, Luigi, 1991,
Conflitti di valore e male minore, in *La terra vista dalla luna*, supplemento al n.62 di *Linea d'ombra*, luglio/agosto 1991
- MANCONI, Luigi, 1991b,
Musulmani bravi bigami, in *La Stampa*, 30 agosto 1991
- MANSEL, Heinz-Peter, 1988,
Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, Beck, München
- MASTELLONE, Salvo, 1978,
L'émigration italienne entre idéologies et doctrines politiques, in Duroselle, J.B. - Serra, E., "L'émigration italienne in Francia prima del 1914", Franco Angeli, Milano, 1978
- MAYER, Pierre, 1991,
La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères, in *RC'DIP*, 4/1991, pp.651-665
- MEBROUKINE, Ali, 1991,
La convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un algérien, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1991, n.1, p.1
- MENSKI, Werner, 1987,
Legal Pluralism in the Hindu Marriage, in R.Burghart, (dir.), *Hinduism in Great Britain: the Perpetuation of Religion in an Alien Cultural Milieu*, Tavistock, London - New York, pp.180-200
- MENSKI, Werner, 1988,
English Family Law and Ethnic Laws in Britain, in *Kerala Law Times*, 1/1988, pp.56-66
- MERCIER, Pierre, 1972,
Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation, Librairie Droz, Genève
- MERNISSI, Fatima, 1992,
La peur-modernité. Conflit Islam démocratique, Albin Michel, Paris

- MERON, Yaakov, 1995,
L'accomodation de la répudiation musulmane, in RIDC, 4/1995, pp.921-939
- MESSAOUDI, Layachi, 1995,
Grandeur et limites du droit musulman au Maroc, in RIDC, 1/1995, pp.146-154
- MEZGHANI, Ali, 1975,
Reflexions sur les relations du Code de statut personnel avec le droit musulman classique, in Revue Tunisienne de Droit, 1975/2, pp.53-81
- MEZIOU, Khaltoum, 1992,
Le statut personnel en droit international privé tunisien, in: Bastenier et al., 1992
- MEZIOU, Khaltoum - MEZGHANI, Ali, 1995,
Les musulmans en Europe. L'application de la loi nationale au statut personnel: essai de clarification, in Cahiers des Droits Maghrébins, vol.1, n°1, janvier-juin 1995 (numéro monographique sur: Le droit international privé dans les pays maghrébins. Le conflit de lois: le statut personnel)
- MINCES, Juliette, 1990,
La femme voilée. L'islam au féminin, Calmann-Lévy, Paris
- MINISTERE DE LA JUSTICE, 1968,
Recueil des arrêts de la Cour suprême du Royaume du Maroc (1957-1962), présentés et annotés par André Colombini, Editions La Porte - Librairie De Médecis, Rabat - Paris
- MINISTERE DE LA JUSTICE, 1969,
Recueil des arrêts de la Cour suprême du Royaume du Maroc (1962-1965), présentés et annotés par André Colombini, Editions La Porte - Librairie De Médecis, Rabat - Paris
- MONACO, Riccardo, 1950,
Doppia cittadinanza e tutela della cittadinanza, in Riv.trim.dir.proc.civ., 1950
- MONEGER, Françoise, 1984,
Mariages et divorces entre la France et le Maroc, in Lamalif (Casablanca), n.154, mars/avril 1984
- MONEGER, Françoise, 1984,
La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, in RCDIP, 1984, pp. 29 e 267
- MONEGER, Françoise, 1987,
L'immigré et sa famille: l'incidence du statut personnel sur la protection sociale de l'immigré, in Revue de droit sanitaire et social, n°2, avril-juin 1987, pp.246-253
- MONEGER, Françoise, 1989,
La convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens du 21 juin 1988, in JDI, 1989, p.41
- MONEGER, Françoise, 1990,
La polygamie en question, in JCP, 1990, I, p.34661
- MONEGER, Françoise, 1992,
Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?, in JDI, 1992, pp.347-355
- MONEGER, Françoise, 1994,
Les musulmans devant le juge français, in JDI, 2/1994, pp.345-374

- MORERAS, Jordi, 1996.
Les accords de coopération entre l'Etat espagnol et la Commission islamique d'Espagne, in REMI, 1/1996, pp.77-90
- MORRIS, J.H.C., 1953,
The Recognition of Polygamous Marriages in English Law, in Harvard Law Review, 1953, pp.961 ss..
- MOSCONI, Franco, 1989,
Exceptions to the Operation of the Choice of Law Rules, in Recueil, 1989, V, pp.9-214
- MOSSE, George Lachmann, 1975,
The nationalization of the masses: political symbolism and mass movements in Germany from the Napoleonic Wars through the Third Reich, Fertig, New York
- MOULAY RCHID, Abderrazak, 1985,
La condition de la femme au Maroc, Rabat
- MOULAY R'CHID, Abderrazak, 1992,
Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel, in: Bastenier, Carlier et Al., 1992
- MOULAY RCHID, Abderrazak, 1994,
La réforme du code du statut personnel marocain, in Revue trimestrielle de droit familial (Belgique), 3/1994, p.429
- MOULAY RCHID, Abderrazak, 1995,
Quelles solutions pour le statut personnel des émigrés marocains en Europe?, in Cahiers des Droits Maghrébins, vol.1, n°1, janvier-juin 1995 (numéro monographique sur: *Le droit international privé dans les pays maghrébins. Le conflit de lois: le statut personnel*)
- MUSLIM ORGANIZATIONS OF THE U.K., 1987,
Muslim demands of the British political parties, in *News of muslims in Europe*, published by the Centre for the Study of Islam and Christian-Muslim Relations, Birmingham, n.40, 31 luglio 1987
- MUSSOLINI, Benito, 1937,
L'espansione coloniale, (a cura di P.Orano), Pinciana, Roma
- NADELMANN, Kurt H., 1969,
Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems. Nationality versus Domicile, American Journal of Comparative Law, vol.17, 1969, pp.418-451
- NAIR, Sami, 1994,
Lettre à Charles Pasqua de la part de ceux qui ne sont pas bien nés, Scuil, Paris
- NASIR, Jamal J., 1990,
The Islamic Law of Personal Status, Graham and Trotman, London, 2^e éd. [1^e éd. 1986]
- NASIR, Jamal J., 1994,
The Status of Women Under Islamic Law and Under Modern Islamic Legislation, Graham and Trotman, London, 2^e éd. [1^e éd. 1990]
- NATHAN ZAZZU, Guido, 1992,
E andammo dove il vento ci spinse, in Nathan Zazzu, 1992
- NATHAN ZAZZU, Guido, 1992, (dir.),
E andammo dove il vento ci spinse. La cacciata degli ebrei dalla Spagna, Marietti, Genova

- NIELSEN, Jorgen S., 1986,
Islamic law and its significance for the situation of muslim minorities in Europe, Report of a study project to the Churches' Committee on Migrant Workers in Europe, Oestgeest, 21 novembre 1986
- NIELSEN, Jorgen S., 1992,
Muslims in Western Europe, Edinburgh University Press, Edinburgh
- NIELSEN, Jorgen S., 1994,
Il diritto di famiglia nelle rivendicazioni delle popolazioni musulmane in Europa, in Waardenburg et al., 1994
- NITTI, Francesco Saverio, 1888,
L'emigrazione italiana e i suoi avversari, Roux, Torino-Napoli
- NOIRIEL, Gérard, 1988,
Le creuset français. Histoire de l'immigration. XIXe-XXe siècles, Seuil, Paris
- NOIRIEL, Gérard, 1991,
La tyrannie du national. Le droit d'asile en Europe (1793-1993), Calman-Lévy, Paris
- NOIRIEL, Gérard, 1992,
Population, immigration et identité nationale en France - XIXe-XXe siècle, Hachette, Paris
- NORTH, Peter M., 1980,
Development of Rules of Private International Law in the Field of Family Law, Recueil, 1980 I
- NOTT, Susan M.,
Judicial or other Proceedings: the Story to Date, in ICLQ, 1985, pp.838 ss..
- OUMLIL, Ali, 1992,
Islam et état national (trad. de l'arabe par M.Khayati), Le Fennec, Casablanca
- PAREKH, Bikhu, 1991,
La Grande Bretagne et la logique sociale du pluralisme, in Les Temps Modernes, n°540-541, juillet-août 1991, pp.83-110
- PAREKH, Bhikhu, 1996,
Minority Practices and the Principles of Toleration, in IMR, 1/1996, pp.251-284
- PASQUALUCCI, Gino, 1912,
L'islamismo e l'orientamento da darsi alla nostra futura legislazione in Libia, in Rassegna Contemporanea, Anno V, n.7, Bontempelli - Invernizzi, Roma
- PASTORE, Ferruccio, 1993,
Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia, in RDI, 1993, pp.73-117
- PEARL, David, 1981,
Recognition of Foreign Non-Judicial Divorces, in Cambridge Law Journal, 1981, pp.36 ss.
- PEARL, David, 1983,
Polygamy for English Domiciliaries, in Cambridge Law Journal, 1983, pp.26 ss.
- PEARL, David, 1984a,
Recognition of the Talaq: Some Recent Cases, in Cambridge Law Journal, 1984, pp.49 ss.
- PEARL, David, 1984b,
Recognition of the Talaq: A Postscript, in Cambridge Law Journal, 1984, pp.248 ss.

- PETRIELLA, Dionisio, 1961,
La doppia cittadinanza degli italo-argentini, Asociazione Dante Alighieri, Buenos Aires
- PEYRARD, Georges, 1977,
La solution des conflits de lois en Algérie, in RCDIP, 1977, pp.382-408
- PILKINGTON, M.P., 1988,
Transnational Divorces under the Family Law Act 1986, in ICLQ, 1988, pp.131 ss.
- POCAR, Fausto, 1971,
La loi italienne sur le divorce du 1^{er} décembre 1970 et le droit international privé, in RCDIP, 1971, pp.175-208
- POCAR, Fausto, 1984,
La protection de la partie faible en droit international privé, Recueil, 1984 V
- POULTER, Sebastian, 1976,
Hyde v. Hyde. A Reappraisal, in ICLQ, 1976, pp.475 ss.
- POULTER, Sebastian, 1986,
English Law and Ethnic Minority Customs, Butterworths, London
- POULTER, Sebastian, 1987,
Ethnic minority customs, english law and human rights, in *International and Comparative Law Quarterly*, n.36, 1987
- POULTER, Sebastian, 1990,
The Claim to a Separate Islamic System of Personal Law for British Muslims, in Mallat et Connors, 1990, pp.146-166
- POULTER, Sebastian, 1990b,
Asian Traditions and English Law, Runnymede Trust and Trentham Books, Stoke on Trent
- POULTER, Sebastian, 1992,
The Limits of Legal, Cultural and Religious Pluralism, in Hepple - Szyszczak, (dir.), 1992, pp.172-192
- POULTER, Sebastian, 1992b,
Multiculturalism, Human Rights and the Search for Practical Solutions for Muslim Families in Muslim Law, papier présenté au colloque "Muslim Families in Europe", 9-10 octobre 1992, Institut Universitaire Européen, Firenze
- PUGLIESE, Enrico, 1992,
Società multiculturale, insofferenza, equivoci, in *Politica ed Economia*, n.2, 1992, pp.13-14
- QUADRI, Rolando, 1958 (4^{ème} ed.),
Diritto coloniale, CEDAM, Padova
- QUIQUEREZ-FINKEL, Isabelle, 1992,
La famille africaine immigrée en France. Transformations et permanences, in RUDE-ANTOINE, 1992, pp.83-97
- RABEL, Ernst, 1958-1964,
The Conflict of Laws. A Comparative Study, 2^{ème} éd. (par U.Drobnig), 4 volumes, University of Michigan Law School, Ann Arbor

- RAGGI, Luigi, 1903,
L'emigrazione italiana nei suoi rapporti col diritto, S.Lapi Tipografo-Editore, Città di Castello
- RATH, Jan, GROENENDIJK, Kees, PENNINX, Rinus, 1991,
The Recognition and Institutionalization of Islam in Belgium, Great Britain and the Netherlands, in *New Community*, Coventry, n°18, 1/1991, pp.106-111
- REMY, Vincent, 1989,
Rupture du lien conjugal: la répudiation, in Carlier et Verwilghen, 1989, pp.67-82
- RIAD, Fouad, 1992,
Pour un Code européen de droit musulman, in Bastenier et al., 1992
- RIGAUX, François, 1989,
Les situations juridiques interindividuelles dans un système de relativité générale, in *Recueil des Cours*, 1989, I
- RIGAUX, François, 1992,
La pluralité de nationalités comme moyen d'intégration des résidents étrangers: développements en Belgique, rapport à la conférence "Plural Nationality: Changing Attitudes", Institut Universitaire Européen, San Domenico di Fiesole, 15-16 juin 1992, polycopié
- RITTSTIEG, Helmut, 1992,
Plural Nationality as a Mean for Integration of Foreign Residents. Developments and Perspectives in Germany, rapport à la conférence "Plural Nationality: Changing Attitudes", Institut Universitaire Européen, San Domenico di Fiesole, 15-16 juin 1992, polycopié
- RODINSON, Maxime, 1974,
Mahomet, Seuil, Paris, 3^e ed. [1^{re} ed.1961]
- RODINSON, Maxime, 1993,
L'islam. Politique et croyance, Fayard
- ROLLAND, Louis - LAMPUE, Pierre, 1940 (3^{ème} ed.),
Précis de législation coloniale, Dalloz, Paris
- ROMANO, Santi, 1918,
Corso di diritto coloniale, vol.1, Athenaeum, Roma
- ROSOLI, Gian Fausto, 1986,
La crise des relations entre l'Italie et le Brésil: la grande naturalisation (1889-1896), in *REMI*, 2/1986, pp.69-90
- RUDE-ANTOINE, Edwige, 1985,
Familles maghrébines en France. Quel statut personnel?, in *Hommes et migrations*, n.1086, 15 novembre 1985
- RUDE-ANTOINE, Edwige, 1989,
Observations sur le mariage contemporain au Maghreb et sur sa prise en considération en France. Ethique et lois adaptatives, in *Droit et cultures*, n.18, 1989
- RUDE-ANTOINE, Edwige, 1990,
Le mariage maghrébin en France, Karthala, Paris
- RUDE-ANTOINE, Edwige, 1991,
Muslim maghrebian marriage in France: a problem for legal pluralism, in *International Journal of law and the family*, 1991, n.5

- RUDE-ANTOINE, Edwige, 1991b.
La polygamie et le droit français, in *Migrants-Formation*, n.86, septembre 1991
- RUDE-ANTOINE, Edwige, (dir.), 1992,
L'immigration face aux lois de la République, Karthala, Paris
- RUTHVEN, Malise, 1990,
A Satanic Affair. Salman Rushdie and the Rage of Islam, Chatto and Windus, London
- SAADI, Nouredine, 1991,
La femme et la loi en Algérie, UNU/WIDER - Le Fennec, Casablanca
- SACCHETTI, Gian Battista, 1978,
Cento anni di "politica dell'emigrazione". L'incerta presenza dello Stato di fronte alla realtà migratoria italiana, in: Rosoli, G.F. (dir.), "Un secolo di emigrazione italiana (1876-1976)", Centro Studi Emigrazione, Roma
- SAGNAC, Philippe, 1979, [1e éd.: Paris, 1898].
La législation civile de la Révolution française (1789-1804). Essai d'histoire sociale, Mégariotis Reprints, Genève
- SAID, Edward, 1993,
Culture and Imperialism, Chatto and Windus, London
- SALAME, Ghassan, 1994,
Démocraties sans démocrates. Politiques d'ouvertures dans le monde arabe et islamique, Fayard, Paris
- SAMAMA, Nissim, 1910,
Contributo allo studio della doppia cittadinanza nei riguardi del movimento migratorio, Tipografia Enrico Aiani, Firenze
- SAUVY, Alfred, 1953,
L'Europe et sa population, Editions internationales, Paris
- SAVIGNY, von, Karl Friedrich, 1898,
Sistema del diritto romano attuale, [trad.dall'originale tedesco (1849) di Vittorio Scialoja], 8 tomes, Unione Tipografico-Editrice, Torino
- SAVIGNY, von, Karl Friedrich, 1981,
System des heutigen römischen Rechts, 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1849, 8 tomes, Scientia Verlag Aalen, Darmstadt
- SAYN, Isabelle, 1988,
Protection sociale et familles étrangères musulmanes, in *Revue européenne des migrations internationales*, N° 1-2, 1^{er} semestre 1988, p.129
- SCARAFFIA, Lucetta, 1993,
Rinnegati. Per una storia dell'identità occidentale, Laterza, Bari
- SCARCIA AMORETTI, Biancamaria, 1990,
A proposito delle analisi occidentali sulla condizione della donna musulmana, in *Awraq. Estudios sobre el mundo arabe y islamico contemporaneo*, vol.XI, 1990, pp.155-170
- SCHACHT, Joseph, 1967,
The Origins of Muhammadan Jurisprudence, Clarendon Press, Oxford, 4^e éd. [1^{re} éd., 1950]

- SCHACHT, Joseph, 1983,
Introduction au droit musulman, Maisonneuve et Larose, Paris, [éd. originale anglaise, 1964]
- SCHAEFFER, Eugène, 1980,
Private Law in the New Francophone States, in W.H.Morris-Jones et Georges Fischer (dir.), *Decolonisation and After. The British and French Experience*, Frank Cass, London
- SCHLEGELBERGER, Franz, 1942,
Wege und Ziele des deutschen internationalen, interterritorialen und interpersonalen Familienrechts, in *RechtsZ*, 14, pp.1-17
- SCHNAPPER, Bertrand, 1988,
La naturalisation française au XIXe siècle. Les variations d'une politique, in *La condition juridique de l'étranger hier et aujourd'hui*, Publications de la Faculté de Droit de Nimègue, Nimègue
- SERTOLI SALIS, Renzo, 1938,
Il controllo sulle giurisdizioni confessionali nelle colonie italiane, Edizione di Conquista d'Impero, Roma
- SESTIERI, Lea, 1992,
1492. L'espulsion dalla Spagna ed i Paesi di rifugio, in Nathan Zazzu, 1992
- SHAH, Prakash, 1994,
Legal Pluralism. British law and Possibilities with Muslim Ethnic Minorities, papier présenté à la conférence "Meetings and Conflicts between Legal Cultures", 26-28 août 1994, Svinkloevvej
- SHAW, J. Stanford - SHAW KURAL, Ezel, 1977,
History of the Ottoman Empire and Modern Turkey, vol.2: *Reform, Revolution and Republic: the Rise of Modern Turkey*, Cambridge University Press
- SNYDER, Francis G., 1981,
Colonialism and Legal Form: the Creation of 'Customary Law' in Senegal, in *Journal of Legal Pluralism*, p.19
- SIMON-DEPITRE, Marthe, 1976,
Le nouvel article 310 du Code civil français, in *Journal du Droit International (Clunet)*, 1976, p.823
- SMITH, Anthony D., 1981,
The Ethnic Revival, Cambridge University Press, Cambridge
- SOPEMI (Système d'observation permanente des migrations internationales) - OCDE
Rapports annuels (1975-1995), Paris
- SORI, Ercole, 1979,
L'emigrazione italiana dall'Unità alla seconda guerra mondiale, Il Mulino, Bologna
- SRAIEB, Noureddine, 1995,
Chronique intérieure-Tunisie, in *Annuaire de l'Afrique du Nord* 1993, t.XXXII, CNRS, Paris
- STARR, J., 1989,
The role of Turkish secular law in changing the lives of rural Muslim women. 1950-1970, in *Law and Society Review*, 1989, n.23, pp.497-523
- STARR, J., 1990,
Islam and the struggle over state law in Turkey, in: Dwyer, D. (dir.), *Law and Islam in the Middle East*, Bergin/Garvey, Westport
- STARR, J., 1992,
Law as Metaphor: From Islamic Courts to the Palace of Justice, Suny Press, Albany

- STIRLING, Paul, 1965,
Turkish Village, Weidenfeld and Nicolson, London
- TAN, Carol, G.S., 1993,
The twilight of chinese customary law relating to marriage in Malaysia, in ICLQ, vol.42, janvier 1993, pp.147-156
- TAPINOS, Georges Photios, (dir.), 1993,
Inmigración e integraciòn en Europa, Fundaciòn Paulino Torras Domenech, Barcelona
- TAPINOS, Georges Photios (dir.), 1993,
Inmigraciòn femenina y status de las mujeres extranjeras en Francia, in Tapinos 1993, pp.163-205
- TARAZI, Salah El Dine, 1978,
La solution des problèmes de statut personnel dans le droit des pays arabes et africains, Recueil des cours, 1978, I, pp.345-463
- TARELLO, Giovanni, 1976,
Storia della cultura giuridica moderna - vol.I: Assolutismo e codificazione del diritto, Il Mulino, Bologna
- TAVERNE, Michel, 1981,
Le droit familial maghrébin et son application en Belgique, Larcier, Bruxelles
- TAVERNE, Michel, 1990,
La répudiation et la sécurité juridique en droit familial, in Revue trimestrielle de droit familial, 1990, pp.406-408
- TIMUR, Hifzi, 1957,
Les mariages civils en Turquie, in Bulletin international des sciences sociales, 1/1957
- TOLSTOY, D., 1968,
The Conversion of a Polygamous Union Into a Monogamous Marriage, in ICLQ, 1968, pp.721 ss.
- TRAER, James F., 1980,
Marriage and the Family in Eighteenth-Century France, Cornell University Press, Ithaca-London.
- TRAVAUX, 1978,
Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines, Travaux des VIII^{èmes} Journées juridiques Jean Dabin Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles-Paris
- TUMA, Elias, 1989,
The Economic Impact of the Capitulations: the Middle East and Europe: a Reinterpretation, in The Journal of European Economic History, vol.18, n.3, hiver 1989
- UCHE, U.U., 1991,
Conflict of laws in a multi-ethnic setting, in Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1991, III
- VAN KONINGSVELD, Sjoerd., SHADID, Wasif, 1992,
Islam in Dutch Society. Current developments and Future Prospects, Kok Pharos Publishing House, Kampen
- VERDIER, Jean-Maurice, 1962,
Décolonisation et développement en droit international privé (Essai d'une systématisation à partir de l'expérience française), in Clunet, 1962, pp.904-973

- VERHOEVEN, Joe, 1981,
Etat des personnes et compétences consulaires: à propos d'un accord belgo-marocain, in *Journal des tribunaux*, 1981, pp.717-722
- VERWILGHEN, Michel, 1984,
Nationalité et statut personnel. Leur interaction dans les traités internationaux et dans les législations nationales, Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles-Paris
- VERWILGHEN, Michel, 1992,
Les problèmes juridiques soulevés par l'immigration musulmane, in Bastenier et al., 1992, pp.21-33
- VILLEY, Michel, 1955,
L'idée de la croisade chez les juristes du moyen-âge, in *Relazioni al X° Congresso internazionale di scienze storiche* (Roma 4-11 septembre 1955), Sansoni, Firenze.
- VITTA, Edoardo, 1980,
Il principio di nazionalità nel diritto internazionale privato italiano, in *RDIPP*, 1980, n.3
- VÖCKING, Hans, 1992,
En Allemagne, quel statut pour l'islam?, in *Projet*, n°231, automne 1992
- VOLTAIRE, François Marie Arouet, 1959,
Dizionario filosofico (1ère éd. 1764), trad it.Mario Bonfantini, , Einaudi, Torino
- VOLTAIRE, François Marie Arouet, 1948,
Traité sur la tolérance, (1ère éd.1763), A l'Enseigne du Cheval Ailé, Genève
- VON OVERBECK, Alfred E. 1993,
L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé, "in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*", Bruylant, Bruxelles
- VON STEIGER, Werner,
La protection des mineurs en droit international privé, Recueil, 1964 II
- VOVELLE, Michel, 1990,
L'enfance et la famille dans la Révolution française, in Lévy, M.F. (dir.), "L'enfant, la famille et la Révolution française", Olivier Orban, Paris
- VUOLI, Romeo, 1940,
Il rapporto fra la metropoli e le colonie, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol.III, Cedam, Padova
- WAARDENBURG, Jacques, et al., 1994,
I musulmani nella società europea, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino
- WATTE', Nadine, et al., 1996,
Chronique de jurisprudence belge (1988-1994), in *Clunet*, 1/1996, p.151 et ss.
- WEBSTER, Richard, 1990,
A Brief History of Blasphemy. Liberalism, Censorship and the 'Satanic Verses', Orwell Press, Southwold
- WEIL, Patrick, 1991,
La France et ses étrangers.L'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours, 1991, Gallimard, Paris

1

2

3

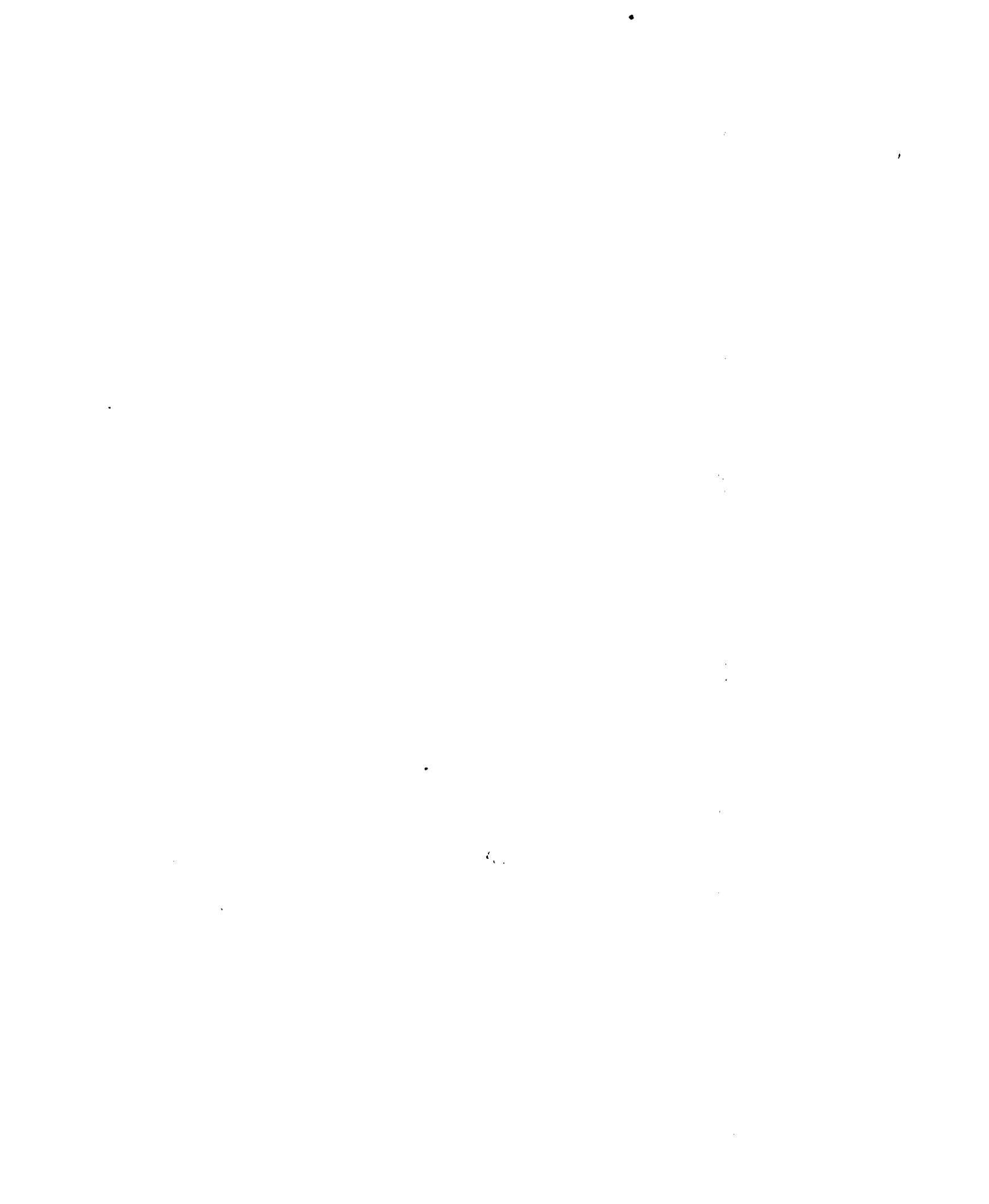
4

5

6

7





1

2

3

4

5

6

