

Principe de la personnalité des lois et droit de la famille en Iraq

(Approche comparative des droits iraquien et égyptien)*

Part 1

Harith Al Dabbagh

Maitre-assistant à la Faculté de droit de Mossoul (Iraq)

ATER à la faculté de droit de Saint-Étienne (France)

Abstract

Le principe de la personnalité des lois, impliquant la soumission de l'individu à loi de sa confession, a accompagné la naissance du système juridique en Islam. Ce principe connaît aujourd'hui une résurrection surprenante en matière de droit de la famille, au nom du respect de la liberté religieuse et des droits des minorités. Revêtant une valeur constitutionnelle en vertu de la nouvelle Constitution iraquienne de 2005, il fait désormais obstacle à toute unification du droit en la matière. Par le pluralisme juridique qu'il commande, la personnalité des lois annonce la disparition imminente du Code unifié du statut personnel, ce qui risque d'engendrer une insécurité juridique et mettrait en péril la cohésion nationale. De surcroît, les conséquences de ce système franchissent les frontières de l'ordre interne pour influencer sur les relations privées internationales. La méthode du conflit de lois a du s'adapter à la coexistence des statuts communautaires afin d'assurer la primauté du droit musulman. La présente contribution propose de retracer les effets de la personnalité des lois en droit interne iraquien et ses répercussions sur la sphère du droit international privé.

Keywords

Droit de la famille, Droit iraquien, Droit égyptien, Droit musulman, Pluralisme juridique, Nouvelle Constitution iraquienne, Communautés non-musulmanes, Statuts confessionnels, Conflits de lois, Personnalité des lois

* Cette étude développe le contenu d'une intervention présentée lors d'un colloque organisé à Aix-en-Provence, le 21 mai 2006, par l'École doctorale de l'Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille III.

Introduction

1- Le principe de la personnalité des lois, comme l'indique sa dénomination, fait de la personne le critère d'application des lois. Il s'agit, tout d'abord, de retenir comme critère l'appartenance à une communauté ethnique ou religieuse et de conférer un effet juridique à ce critère. Le principe reconnaît ainsi à chaque individu un droit à l'application de sa propre loi, application qui traduit son appartenance à un groupe ethnique ou confessionnel : chacun peut *sua lege vivere*, vivre selon sa loi¹. Dès lors, le principe de la personnalité des lois, à l'opposé de celui de territorialité des lois, implique l'existence de plusieurs systèmes juridiques en vigueur à l'intérieur d'un État qui s'appliquent eu égard à l'origine ethnique, la religion ou la race des individus². Ce principe trouve son terrain d'élection dans des questions touchant au statut personnel. L'organisation de la famille (âge de la majorité, conditions du mariage, faculté de divorcer, statut de la femme mariée) traduit, en effet, des conceptions sociales fondamentales, souvent d'inspiration religieuse, qui correspondent à une mentalité collective et sont ainsi caractéristiques d'une société donnée. Le principe de la personnalité des lois reflète en ce sens l'influence de l'identité culturelle sur le droit.

2- L'origine du principe de la personnalité des lois est antique. En Europe, un système de la personnalité des lois, à base ethnique, avait fonctionné dans les siècles suivant les invasions barbares et la chute de l'Empire romain d'occident en 476 après J.-C. L'installation des « barbares » venant du nord-est de l'Europe dans la partie occidentale du continent et, par voie de conséquence, la cohabitation d'éléments ethniques diversifiés et de cultures différentes sur un même territoire ont changé les données du problème de l'application des normes juridiques. Les rois de ces nouveaux « États » doivent légiférer en prenant garde de ménager les habitudes de tous leurs sujets. Les différentes populations d'origine ethnique diverse (Romains, Saliens, Wisigoths, Burgondes, etc.) coexistaient sur un même territoire et cependant conservaient plus ou moins fidèlement leurs propres traditions juridiques³. Tandis que le droit public (pouvoir, procédure)

¹ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 8^e éd., Montchrestien, 2004, p. 38.

² G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 8^e éd., PUF, 2000, p. 195. Définition tirée de « conflit interpersonnel ».

³ La personnalité des lois est, pour la Gaule du VI^e siècle, la suite logique du maintien des différentes lois nationales, tel qu'il résulte des invasions, dans une époque dépourvue de pouvoir central ou, du moins, d'un pouvoir central suffisamment fort pour imposer à tous

est d'application territoriale, le droit privé (droit civil et pénal) épouse la condition ethnique des personnes. C'est ainsi que chaque individu est régi par la loi – entendons les usages ou coutumes – du groupe ethnique auquel il appartient⁴. Or, le brassage de populations différentes s'est accentué après la sédentarisation des peuples d'origine germanique parmi les anciens habitants des provinces de l'Empire romain. À compter du VIII^e siècle, la fusion des ethnies fait de la personnalité des lois un système dépourvu d'intérêt et le droit devient progressivement d'application territoriale⁵.

3- En Islam, le principe de la personnalité des lois est « aussi ancien que la Cité islamique elle-même »⁶ et il s'y est maintenu tout au long de l'histoire. La coexistence, sur la terre d'Islam, des musulmans et des communautés non-musulmanes a conduit, sur le plan du statut personnel, à un pluralisme communautaire reposant sur un fondement confessionnel. L'influence de ce principe sur le système juridique contemporain des États arabes ne saurait être correctement comprise sans donner, d'abord, un aperçu de sa genèse et de son évolution en islam.

Force est de constater qu'en raison de son caractère officiellement religieux, le droit musulman n'a pas vocation générale à s'appliquer aux non-musulmans, notamment aux juifs et chrétiens établis sur la terre de l'Islam. Le droit musulman étant perçu comme le droit de la communauté musulmane, les communautés non-musulmanes ont toujours relevé, au moins en ce qui concerne leur statut personnel, de leurs propres juges et de leurs propres lois, échappant dans cette mesure à la juridiction des cadis et à la compétence du droit musulman⁷. Les communautés non-musulmanes ont

une législation unique. J.-F BREGI, *Introduction historique au droit*, Ellipses, 2005, p. 162. La théorie de la personnalité des lois barbares fut longtemps doctrine commune. Elle semble aujourd'hui contestée par une partie de la doctrine. Cf. J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, 4^e éd., Montchrestien, 2006, p. 107.

⁴ La loi applicable à chaque individu se trouve directement déterminée par sa nationalité, autrement dit par sa race. Pour plus de détails sur le fonctionnement du système et l'adaptation de l'organisation judiciaire, Cf. A. RIGAUDIERE, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, 2^{me} éd., Economica, 2005, p. 58-65.

⁵ J. BART, *Histoire du droit privé: de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Montchrestien, 1998, p. 11-13.

⁶ J. DEPPEZ, «Droit international privé et conflits de civilisations, Aspects méthodologiques: Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», *R.C.A.D.I.*, 1988, IV, p. 44. Et aussi J. DEPPEZ, «Pluralisme des statuts personnels» *Juris-Classeur*, Droit comparé, Maroc, fasc.1, 1975, p. 4.

⁷ L'idée que le caractère « religieux » du droit musulman conduirait à y voir un droit sans vocation générale et territoriale, à usage interne de la communauté des musulmans, ne

gardé des prérogatives législatives et judiciaires en vertu des accords conclus avec l'autorité politique après les conquêtes islamiques⁸. Elles relèvent, dès lors, de la compétence de leurs propres tribunaux spéciaux appliquant leurs lois confessionnelles selon leurs usages et coutumes. Cette situation trouve son fondement dans le Coran qui ordonne aux croyants des trois religions monothéistes de juger d'après ce que Dieu leur a révélé⁹. Le statut du *dhimmi*¹⁰ garantissait à ceux-ci le maintien de leurs propres législations qui leur étaient appliquées par leurs propres tribunaux. Une autonomie législative et juridictionnelle a été ainsi généralement reconnue aux com-

saurait être admise pour l'ensemble de la matière juridique. C'est donc dans le domaine très spécifique du statut personnel que peut être avancée l'hypothèse d'une absence de territorialité du droit étatique. Cf. A. FATTAL, *Le statut légal des non-musulmans en pays d'Islam*, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1958, p. 13 et s.

⁸ M. CHARFI, «L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans», *R.C.A.D.I.*, 1987-III, t. 203, p. 367. L'islam ordonne «le respect des autres religions et l'obligation de laisser les adeptes des autres religions obéir à leur propre lois [...], les conquérants arabes ont, tout naturellement, laissé les tribunaux ecclésiastiques continuer à fonctionner». *Ibid.*, p. 363.

⁹ Sourate n° 5 verset 44 à 47: «44. Nous avons fait descendre la Thora dans laquelle il y a guide et lumière. C'est sur sa base que les prophètes qui se sont soumis à Allah, ainsi que les rabbins et les docteurs jugent les affaires des Juifs. Car on leur a confié la garde du Livre d'Allah, et ils en sont les témoins. Ne craignez donc pas les gens, mais craignez Moi. Et ne vendez pas Mes enseignements à vil prix. Et ceux qui ne jugent pas d'après ce qu'Allah a fait descendre, les voilà les mécréants. 45. Et Nous y avons prescrit pour eux vie pour vie, œil pour œil, nez pour nez, oreille pour oreille, dent pour dent. Les blessures tombent sous la loi du talion. Après, quiconque y renonce par charité, cela lui vaudra une expiation. Et ceux qui ne jugent pas d'après ce qu'Allah a fait descendre, ceux-là sont des injustes. 46. Et Nous avons envoyé après eux Jésus, fils de Marie, pour confirmer ce qu'il y avait dans la Thora avant lui. Et Nous lui avons donné l'évangile, où il y a guide et lumière, pour confirmer ce qu'il y avait dans la Thora avant lui, et un guide et une exhortation pour les pieux. 47. Que les gens de l'évangile jugent d'après ce qu'Allah y a fait descendre. Ceux qui ne jugent pas d'après ce qu'Allah a fait descendre, ceux-là sont les pervers». Traduction Mouhammad Hamidullah. <http://islamfrance.free.fr/coran.html>.

¹⁰ Le pacte de protection: il s'agit des adeptes des religions révélées (juifs, chrétiens, zoroastriens et sabéens) qui vivent sur le territoire de l'Islam sous la protection de l'État musulman. Le mot *dhimma* signifie à la fois protection, responsabilité et conscience. (H. BLEUCHOT, *Droit Musulman*, t.II, Coll. Droit et Religions, PUAM, 2002, p. 601 et s.) Les libertés publiques leur sont garanties ainsi que la jouissance des droits privés, comme la possibilité de vendre, d'acheter, de posséder, de se marier selon ses coutumes, de laisser une succession. Il est également licite pour les chrétiens de faire usage du vin ou d'élever des porcs à condition de ne pas exercer cette activité de façon provocante. Pour plus de détails sur le statut de *dhimmi* Cf. R. LE COZ, *Histoire de l'Eglise d'Orient: Chrétiens d'Irak, d'Iran et de la Turquie*, Cerf, 1995, 201-211.

munautés non-musulmanes, notamment juives et chrétiennes, pendant toute la durée de l'État musulman, depuis les Omeyyades jusqu'aux Ottomans, en passant par les Abbasides (660-1917).

Par ailleurs, le droit musulman est essentiellement un droit doctrinal; il présente dès lors cette particularité de n'avoir jamais donné lieu à une codification universelle. Pour trancher les litiges, le juge musulman se référait aux traités de *fiqh*, science du droit musulman¹¹. L'absence de codification a donné lieu à des solutions juridiques contradictoires. La pratique différa notablement d'une région à l'autre, et même, d'une ville à l'autre. Au huitième siècle, dans son fameux livre *Risalat as-sahabah* adressé au Calife Al-Mansour de Bagdad, Abdallah Ibn-Al-Muqaffa (720-756) dénonçait déjà ce système et proposait d'y remédier¹². L'auteur déplorait en effet, le désordre qui régnait dans le domaine judiciaire où les cadis prenaient des décisions souvent différentes les unes des autres sur des cas importants. Et, pour pallier ce défaut, il suggérait au calife de promulguer lui-même un « code » ou une « règle » applicable dans toutes les régions de l'Empire abbasside. Mais, le calife n'en tint aucun compte et laissa les juristes élaborer leur propre système au sein de ce qu'on a appelé les « écoles juridiques ». Ainsi les écoles hanéfite, chaféite, malékite, hanbalite et chiite firent leur apparition. Chaque musulman avait le droit de choisir son école et donc d'être traité selon les règles de cette école, même si le cadî de la localité appartenait à une école différente¹³.

Dans ses dernières décennies, l'Empire ottoman, se rendant compte de la gravité de son retard au regard de la civilisation occidentale, allait entreprendre des mesures visant à codifier son droit et à moderniser son système juridique. Les Ottomans, qui entretenaient des relations commerciales avec l'Occident, se devaient de prévoir une codification pour faciliter les relations du commerce international, les faisant ainsi reposer sur des bases stables

¹¹ Les traités du *fiqh*, rédigés entre IX et XIII siècles, ne peuvent être considérés comme des codes, car aucun n'a de valeur normative, ni dans le monde musulman ni dans une région particulière. Ils ne reflètent que l'opinion d'une école, et même parfois l'opinion d'un savant qui n'est pas toujours partagée par d'autres savants de la même école où pouvaient coexister en effet plusieurs courants.

¹² Ch. PELLAT, *Ibn al-Muqaffa' « conseiller » du calife*, Paris, 1976.

¹³ D. SOURDEL, « droit musulman et codification », *Revue Droits*, n° 26, 1998, p. 41. L'absence du pouvoir législatif dans les pays d'Islam est due d'une part, à la position des anciens califes qui avaient refusé d'intervenir directement et, d'autre part, au droit à la réflexion personnelle qui fut une revendication des fondateurs d'écoles reprise, même sous une forme limitée, par tous les juristes.

afin de sécuriser les Européens dans leurs rapports d'échange avec les provinces relevant du califat ottoman¹⁴. Les puissances européennes avaient fait comprendre à la Sublime Porte que, pour faire partie du Concert européen, elle devait adapter son système juridique aux exigences du siècle¹⁵.

Les tentatives amorcées en ce sens par le sultan Mahmoud II (1809-1839) s'étant heurtées à l'opposition des puissances conservatrices de l'Empire, il a fallu attendre le règne de son successeur Abdul-Majid II (1839-1861) pour voir aboutir ces réformes. Le 3 novembre 1839, fut officiellement inaugurée la politique du *Tanzimat* (*tanẓīmāt*: réorganisation), dont l'objectif était de régénérer l'Empire menacé par les pays européens¹⁶. Ce mouvement s'est concrétisé par l'adoption de plusieurs codifications. Le droit a subi, à partir de 1850, la plus importante mutation. En effet, l'ensemble de corpus législatif traditionnel fut remplacé par des codes inspirés directement ou indirectement du droit français. C'est ainsi qu'ont été promulgués le code commercial (1850), le code pénal de (1858), le code de commerce maritime (1863) – tous d'inspiration française. Toutefois, en matière de droit civil (obligations et contrats), on codifia le droit musulman¹⁷. L'œuvre, appelée le *medjellé*, fut publiée de 1870 à 1877. Le *medjellé* consiste en la codification de dispositions du droit musulman d'après l'école hanéfite applicables à toutes les transactions pécuniaires. Il s'agit du premier code musulman présenté à la manière européenne, avec des sections et des articles numérotés, qui correspondait à une partie de la *Charia*. De plus, il s'appliquait à tous les sujets de l'Empire, musulmans ou non-musulmans, bien que la règle n'en fût pas explicite¹⁸.

4- Cette volonté de codification ne valait pas toutefois dans le domaine du droit de la famille qui va demeurer encore longtemps hors du mouvement de modernisation. Ce droit est ordinairement perçu dans les pays musulmans comme la branche la plus autonome du droit: une «branche distincte du Code civil et rebelle à toute intervention de sources exogènes parce qu'elle exprimerait dans le champ juridique l'essence de l'identité des

¹⁴ N. SALEH, «Legal systems» in *The Cambridge Encyclopedia of the Middle East and North Africa*, Cambridge University Press, 1992, p. 132.

¹⁵ J. EL HAKIM, «Rapport sur la Syrie», in *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIV, Journées franco-italiennes, Litec, 1994, p. 275.

¹⁶ B. BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, préf. Jacques BERQUE, Karthala et IREMAM, 1993, p. 103 et s.

¹⁷ Pour plus de détails sur ces réformes V°, H. BLEUCHOT, *Droit musulman*, t.1, Collection Droit et Religions, PUAM, 2000, p. 210 et s.

¹⁸ Cf. G. YOUNG, *Corps de droit ottoman*, VI, Oxford, 1905, p. 169-170.

individus, qu'ils se réclament ou non de l'une des religions révélées»¹⁹. Ainsi, le droit de la famille pour les sujets de l'Empire était directement tributaire des statuts confessionnels et communautaires relevant des juridictions religieuses : chacun suit la loi – y compris usages et coutumes – de sa communauté. C'est le droit musulman qui était applicable aux musulmans selon les interprétations des différentes écoles. Bien que l'Empire ait adopté l'hanéfisme²⁰ comme doctrine d'État, les adeptes des autres écoles, chaféites et chiïtes notamment, demeuraient libres de recourir à leurs propres références pour régir les matières familiales telles que le mariage, le divorce et les successions²¹. Aucune obligation ne fut imposée aux adeptes des autres Ecoles de saisir la justice des questions relatives à leurs statuts personnels, malgré l'instauration à partir de 1879 de tribunaux civils, dits *nizâmyia*, qui faisaient figure de juridiction de droit commun²².

Ce système profitait également aux non-musulmans. Ces communautés disposaient, en matière de statut personnel, de leurs propres juges et de leurs propres lois, échappant, dans cette mesure, à la juridiction des cadis et à la compétence du droit musulman. Cet état de choses va perdurer malgré la promulgation en 1917 du Code de la famille ottoman qui marqua le début de la codification en matière de statut personnel dans le monde musulman²³. Néanmoins, cette codification ne concerne, encore aujourd'hui, que les citoyens musulmans.

¹⁹ B. BOTIVEAU, *op. cit.*, p. 216.

²⁰ Le Sultan ottoman Salim I (1512-1520) déclara l'École hanafite comme l'École officielle de l'Empire ottoman en ce qui concerne le droit, laissant aux adeptes des autres Écoles la liberté de suivre leurs propres Ecoles respectives en matière de culte. Fondée au deuxième siècle de l'hégire à Bagdad, l'École hanafite constitue avec les autres écoles, malékite, chaféite et hanbalite, la doctrine orthodoxe de l'islam. 'Abu hanifa, le fondateur de l'école, a, le premier, défini un ordre légal sur la base d'une interprétation des sources qui fait appel au jugement humain, non pour se substituer à la révélation, mais pour faire un emploi plus complet des preuves révélées. Sa méthode n'est plus seulement exégétique, mais spéculative. Il est parfois surnommé « le prêtre de Bagdad » pour l'audace de ses constructions doctrinales. Son école se caractérise en admettant que des règles de droit puissent être dégagées par un effort de réflexion, d'où le nom de « Gens de raisonnement – *ra'y* » donné à ses représentants.

²¹ C'est ainsi que le malékisme resta la doctrine quasi générale en Algérie et en Tunisie. Cf. H. BLEUCHOT, *op. cit.*, p. 192.

²² Ces tribunaux ont été instaurés essentiellement pour appliquer les législations récentes inspirées des pays occidentaux. A. KHEDR, « Le développement judiciaire en Iraq » (en arabe), *Revue al-Qada*, n° 1, 1937, p. 37.

²³ Ce Code introduira des réformes au droit hanéfite au moyen des autres rites sunnites. La loi interdit les mariages de personnes non pubères et fixa l'âge minimum des mariés à

Le système juridique ottoman manifestait ainsi l'importance qui était toujours attachée à l'application du principe de la personnalité des lois dans les pays du Proche-Orient. La mosaïque des divers groupes de la population déterminait le pluralisme des statuts personnels dans l'ordre interne ainsi que le maintien des étrangers sous l'empire de leurs lois et de leurs juridictions.

5- À la différence de l'Europe, où la personnalité des lois a entièrement disparu en faveur de la territorialité, la tradition personaliste de l'Islam a largement survécu jusqu'aux temps actuels dans les pays musulmans; elle continue de façonner le droit de la famille sous la forme d'une nette propension pour le respect des statuts religieux. La survivance du système se traduit en droit interne par le pluralisme qui caractérise le droit de la famille dans ces pays, en raison de l'absence de codification et d'unification du droit en la matière (I). Le principe de la personnalité des lois ne manquera également pas d'influer sur le plan du droit international privé, où la méthode savignienne du conflit de lois, empruntée à l'Occident, a dû subir des inflexions et des adaptations afin de tenir compte de données religieuses, notamment en matière de statut personnel (II). Nous proposons, dans le présent article, de retracer l'influence du principe de la personnalité des lois sur le droit de la famille des États du Proche-Orient en prenant l'exemple de l'Iraq: un État qui se caractérise par une très grande diversité de peuples et de groupes religieux et où l'évolution récente va vers une sacralisation du principe de la personnalité des lois promu au rang de libertés constitutionnelles.

I – Le principe de la personnalité des lois en droit interne

6- Sur le plan du droit interne, la notion de statut personnel est d'une évidente utilité; son rôle est bien plus important que dans les systèmes européens où l'utilité n'apparaît qu'en droit international privé. Elle recouvre, dans les systèmes confessionnels, les matières à propos desquelles joue la répartition des compétences entre les divers statuts sur une base communautaire conformément au principe de la personnalité des lois. Dès lors, le principe se manifeste en droit interne par un pluralisme des statuts per-

douze ans pour les garçons et à neuf ans pour les filles. La loi admit aussi la validité des clauses adjointes au contrat du mariage dans la mesure où elles ne sont pas manifestement contraires à cette institution. Le divorce judiciaire devenait possible pour la femme dans certaines hypothèses. A. KHARROUFA, *Traité de Code du Statut personnel* (en arabe), Imprimerie *al-anni*, Bagdad, 1962, p. 13.

sonnels. Le pluralisme tiendrait à la multiplicité de « systèmes » juridiques relevant d'ordonnancements différents, correspondant à la pluralité des groupes sociaux, et qui seraient susceptibles de s'appliquer à des situations identiques²⁴. Or, ce pluralisme jusqu'à présent atténué, en Iraq, par l'effet du Code du statut personnel (A) semble dorénavant appelé à se renforcer sous l'empire de la nouvelle Constitution iraquienne (B).

A- Un pluralisme atténué par le biais du Code du statut personnel

7- La plupart des pays arabes, où vivent une majorité de musulmans et des chrétiens, des juifs et d'autres petites communautés religieuses, ne disposent pas d'un code unifié en matière de droit de la famille. La matière de statut personnel ne se prête pas à l'application d'un code unifié pour tous les citoyens tant que celui-ci est marqué du sceau de la religion. Il appelle, bien au contraire, en raison des clivages culturels, religieux et sociologiques qui séparent les communautés, à un pluralisme juridique, qui, ainsi greffé sur l'ordre islamique global, a toujours marqué ce dernier d'une certaine spécificité.

8- On constate, de prime abord, l'absence d'unité législative en Iraq en matière de statut personnel. Celui-ci se détermine en fonction de l'appartenance confessionnelle des personnes. En présence de communautés non-musulmanes autochtones reconnues et organisées, plusieurs statuts sont officiellement reconnus et se partagent l'ensemble de la population iraquienne. Après le démembrement de l'Empire ottoman, les autorités iraquiennes successives vont demeurer, dans une large mesure, fidèles à cet héritage personnaliste. Au lendemain de l'occupation de Bagdad par l'armée britannique, le Manifeste des tribunaux (Courts Declaration) de 1917, qui avait réorganisé la justice religieuse, limitait la compétence des tribunaux de la *Charia* aux questions de statut personnel des seuls sunnites, tandis que les affaires relatives au statut personnel de chiites sont attribuées à la juridiction civile. L'article 11 de cette déclaration prévoyait également la compétence des tribunaux de première instance en matière de statut personnel des non-musulmans. En 1923 une loi sur la « justice charienne » a été promulguée et des tribunaux religieux chiites ont été instaurés sur le même modèle sunnite, c'est-à-dire, Coiffés d'un Conseil de cassation²⁵.

²⁴ E. RALSER, « Pluralisme juridique et droit international privé », *R.R.J.*, 2003-4, p. 2548.

²⁵ A. KHATIB, H. QUBAISI et M. SAMARRÄI, *Précis du Code du statut personnel* (en arabe), t.I – le mariage et le divorce, Presses de l'Université de Mossoul, 1982, p. 9.

En mars 1925 fut adoptée la première constitution du pays²⁶. Cette Constitution, appelée encore Loi fondamentale, confirme les institutions en place et reconnaît expressément le principe de la personnalité des lois, au terme duquel l'appartenance religieuse de chaque citoyen déterminera la loi du statut personnel à laquelle il sera soumis. Les tribunaux religieux se divisaient, selon l'article 75 de la Constitution, en tribunaux religieux musulmans, dits *charyiâ* et Conseils spirituels des non-musulmans.

D'après l'article 76, les tribunaux religieux musulmans (appliquant la *Charia*) étaient compétents pour toutes les affaires relatives au statut personnel des musulmans. Ils statuaient selon les dispositions religieuses propres à chacune des écoles musulmanes, principalement sunnites et chiïtes. Le juge était membre de la doctrine à laquelle appartenait la majorité des habitants de la localité relevant de son ressort²⁷. Cette division s'étend jusqu'à la haute juridiction. Ainsi deux conseils – sunnite et chiïte – ont été créés auprès de la Cour de cassation. Par ailleurs, l'article 79 de la Constitution définissait la compétence des conseils spirituels des juifs et des chrétiens pour connaître les questions relatives au statut personnel des membres de ces communautés, conformément à une loi spéciale²⁸. De plus, des conseillers spécialisés dans les affaires concernant les sabéens et yézidis²⁹

²⁶ Cette Constitution fait de l'Iraq une monarchie. Fayçal, troisième fils du chérif Husayn de la Mecque, fut proclamé roi d'Iraq, après un plébiscite. Le gouvernement était responsable devant un Chambre élue au suffrage indirect; le Sénat était entièrement nommé par le roi.

²⁷ À l'exception de Bagdad et de Bassora où le juge sunnite et le juge chiïte (*jafarite*) étaient maintenus. (art. 77 de la Loi fondamentale)

²⁸ L'art. 79 de la Loi fondamentale iraquienne prévoyait que « hormis les affaires relevant de la compétence de la juridiction civile et celles concernant les étrangers, les conseils spirituels connaissent 1- les matières relatives au mariage, à la dot, au divorce, à l'entretien, à l'homologation des legs concernant les individus de la communauté 2- les autres affaires de statut personnel entre individus des communautés, avec l'accord des justiciables »; l'article 80 ajoute « seront définies par une loi spéciale les procédures suivies devant les conseils spirituels. Une loi déterminera aussi les successions, libéralités et toutes autres questions du statut personnel qui ne relèvent pas de la compétence des conseils spirituels ».

²⁹ Les sabéens-mandéens de Mésopotamie est une secte judéo-chrétienne pratiquant le baptême et se réclamant de *Yahya*, Jean-Baptiste. La secte compte quelques centaines de milliers de fidèles en Iraq, concentrés dans la région des marais au sud, ainsi qu'à Bagdad. Révérant l'apôtre Jean-Baptiste, réputé avoir baptisé Jésus dans les eaux du Jourdain, ils auraient quitté Jérusalem pour la Mésopotamie vers le deuxième siècle pour fuir les persécutions de juifs orthodoxes. Ils pensent que leur religion leurs vient d'Adam qui l'a reçue directement de Dieu (Mana). Leur dernier grand professeur et guérisseur étaient Jean-Baptiste (A. HOURANI, *Minorities in Arab World*, Oxford University Press, 1947, p. 9).

ont été nommés auprès des tribunaux civils. Les deux communautés n'ont pas été reconnues par les Ottomans jusqu'à leur retrait de l'Iraq³⁰.

9- Dans cette optique fut promulguée en 1947 la loi sur l'organisation des tribunaux religieux pour les communautés chrétiennes et mosaïques prévoyant la mise en place de conseils et de tribunaux confessionnels compétents dans certaines affaires relatives aux citoyens non-musulmans : à chaque communauté est ainsi destiné un tribunal ou un conseil propre³¹. Pour satisfaire aux exigences de l'article 19 de la loi, les communautés non-musulmanes ont dû rédiger et présenter au Ministère de la Justice les textes de leurs législations et coutumes en matière de statut personnel. Ces textes font figure, aujourd'hui, de véritables codes dont les diverses dispositions ont été ainsi précisées et publiées au Journal officiel (*Iraqi Gazette*). Ainsi, les dispositions relatives à certaines communautés juives et chrétiennes ont été publiées³² et celles relatives aux mandéens-sabéens ont été déposées auprès du Ministère de la Justice. Quant aux communautés au regard desquelles aucun statut n'a été publié, il est d'usage d'avoir recours au clergé religieux de l'intéressé pour émettre un avis sur les questions de statut

Quant aux *yézidis* c'est une religion monothéiste qu'on trouve principalement dans les zones de Mossoul, Iraq; Diyarbakir, Turquie; Alep, Syrie; l'Arménie et la région de Caucase; et dans les régions de l'Iran. Pour les uns, les *yézidis* constitueraient une secte musulmane qui, poussant sa doctrine à l'extrême, serait sortie de l'islam orthodoxe sunnite. (Th. BOIS, « La société Kurde » in *Encyclopédie de l'Islam*, Vol.V, 1986, p. 478). Pour les autres, une thèse qui paraît plus plausible, le *yézidisme* serait né d'un fonds zoroastrien, auquel se seraient ajoutées d'autres doctrines de provenances diverses. Il devient ainsi une religion syncrétique. En effet, il comprend des éléments du zoroastrisme et de manichéisme, du christianisme, d'islam et du judaïsme et d'autres apports mystiques. (H. ISHOW, *Structures sociales et politiques de l'Irak contemporain: Pourquoi un Etat en crise?*, L'Harmattan, 2003, p. 29-30.)

³⁰ H. GHANIMA, « Les groupes confessionnels dans les lois irakiennes », *Revue Mesopotamia*, 1989, n° 68.

³¹ Aux termes de l'article 2 de la loi, il est créé un tribunal confessionnel et un conseil de cassation confessionnel pour chacune de communautés suivantes : 1- les différents groupes de Catholiques, 2- les Arméniens orthodoxes, 3- Les Jacobites orthodoxes, 4- les Israélites.

³² Cf. le Journal Officiel (*Iraqi Gazette*) n° 2855 du 6 juillet 1950 portant les dispositions relatives au statut personnel de certaines communautés chrétiennes (Syriaque orthodoxe), et le n° 2698 du 31 janvier 1949 portant les dispositions relatives à la communauté juive. Ces dispositions ont été publiées conformément à l'article 19 de la loi sur l'organisation des tribunaux religieux pour les communautés chrétiennes et mosaïque n° 23 année 1947. Les arméniens orthodoxes disposent d'une loi spéciale, c'est la loi n° 70-1931, abrogée et remplacée par la Loi n° 87 année 1963 (*J.O.* n° 846 du 22 août 1963). Les affaires de la communauté assyrienne sont régies par la Loi n° 78-1971. (*J.O.* n° 1996 du 15 mai 1971).

personnel relatives aux membres de sa communauté³³. Toutefois, les *yézidis* n'ont pas été visés par la loi bien que les prescriptions de ces derniers soient susceptibles de constituer un statut applicable aux membres de la communauté selon leur religion reconnue en Iraq³⁴. Dès lors, ils étaient soumis au droit musulman en tant que droit commun.

Le système de la personnalité des lois ainsi mis en place se caractérisait par une large pluralité de droits et de juridictions. La juridiction religieuse en Iraq se divisaient, rappelons-le, en tribunaux dits *charyiâ*, pour les musulmans et conseils confessionnels (spirituels), jouissant d'attributions judiciaires, pour les juifs et les chrétiens³⁵. Le pluralisme du droit de la famille commande donc une pluralité d'ordres juridictionnels. Dès lors, le système est caractérisé par une juxtaposition d'ordres juridiques cloisonnés et organisés au sein de l'État, chaque juge n'appliquant en principe que sa propre loi. Le *cadi* (juge musulman) applique le droit musulman aux sujets musulmans et, tout en tenant compte du rite de chaque intéressé, il rend son jugement d'après les dispositions de l'école à laquelle il appartient. Il se réfère à cet effet aux traités classiques du *fiqh*³⁶ ainsi qu'aux *fatwas*³⁷ dans les affaires controversées. De même, un conseil spirituel chrétien appliquera la loi confessionnelle de sa communauté aux parties, membres de la même communauté.

10- Le désir d'unifier le droit de famille fut manifesté à maintes reprises en Iraq. Plusieurs tentatives ont été menées pour codifier la matière de statut personnel. La première remonte à 1933 mais fut très rapidement arrêtée. En 1947, un projet fut achevé et approuvé par le Comité des affaires juridiques de la Chambre des députés. Il ne s'agissait que d'unification partielle puisque la Commission s'est heurtée à l'obstacle qui consiste la consécration, par l'article 77 de la Loi fondamentale, du principe de la personnalité des

³³ Ceci conformément à l'article 16 du Manifeste des tribunaux du 28 décembre 1917. Il ressort de l'article 17 de ladite loi que le tribunal est tenu de suivre et d'entériner l'avis du clergé sur les points qui lui sont soumis, à moins qu'il soit lacunaire ou erroné. Auquel cas le tribunal transférera l'affaire à un autre savant religieux.

³⁴ H. MAHMOOD, « Le Code du statut personnel irakien : La nécessité d'évolution » (en arabe), sur <http://www.iraqstudies.org>. Il est à noter que le Journal *Lalesh* (Irbil) a publié dans ses numéros 13 et 14 de l'année 2001 un projet de loi relative au statut personnel des *yézidis* élaboré par des experts en la matière.

³⁵ Art 75 de la Loi fondamentale.

³⁶ La science du droit musulman.

³⁷ Consultation juridique délivrée par un interprète autorisé de la charia, en général le mufti, à un particulier, à une cour de justice ou à une autre institution.

lois et cela même en ce qui concerne les musulmans. La commission s'est donc contentée d'emprunter aux doctrines sunnite et chiite, deux écoles majoritaires en Iraq, les dispositions homogènes qui faisaient l'objet de codification. Le projet comportait ainsi un système double, des dispositions pour les sunnites, et des dispositions pour les chiïtes³⁸. Mais le projet de 1947 ne fut jamais promulgué par le Parlement.

11- Le Code du statut personnel va finalement voir le jour le 19 décembre 1959, au lendemain de la chute de la Monarchie et la proclamation de la République, le 14 juillet 1958. La promulgation du Code du statut personnel a été, pour le nouveau régime, l'occasion de procéder à une unification du droit de la famille. En unifiant le droit interne, le Code du statut personnel a tâché de mettre fin au chaos qui régnait jusqu'alors en la matière. Contrairement au projet de 1947, le présent code élimine toutes différences entre sunnites et chiïtes³⁹. Les tribunaux se voient, pour la première fois, dotés d'un instrument de travail qui unifie les règles dans un domaine pouvant donner lieu à d'importantes divergences d'interprétation. Le Code est d'inspiration éclectique: de la tradition juridique musulmane ont été choisies, de manière générale, les interprétations les plus favorables à la femme et au contexte social du pays⁴⁰. Le Code s'applique donc à tous les musulmans irakiens sans tenir compte de leur confession ou de leur rite.

Cependant, ne s'adressant qu'aux citoyens musulmans, cette unification demeure partielle puisqu'elle ne s'est pas accompagnée d'une laïcisation. Le nouveau Régime révolutionnaire s'est montré finalement timoré quant à la sécularisation du statut personnel, contrairement à ce que fut le cas en Turquie ou en Tunisie⁴¹. Il est patent que la matière du statut personnel ne

³⁸ KHARROUFA, *op. cit.*, p. 24. Parmi les 177 articles que renfermait le projet, 91 articles étaient appelés à être appliqués à tous les musulmans irakiens, sans distinction de rite, mais 86 articles comportaient des règles différentes en fonction de l'intéressé, s'agissant tantôt des sunnites, tantôt des chiïtes. Cependant, le projet ne fut jamais promulgué à cause du changement de la majorité et de l'élection d'une nouvelle Chambre qui remettra le projet au « placard ». J.N.D. ANDERSON, « *A Law of Personal Status for Iraq* », *the International and Comparative Law Quarterly*, Vol.9, n° 4, 1960, p. 542.

³⁹ Et cela même en matière de successions où les différences entre les deux écoles sont les plus marquées.

⁴⁰ C'est la méthode dite *Tâlfîq* « sélection » qui consiste à faire une sorte de mélange de diverses solutions dégagées par différentes écoles musulmanes. Pour plus de détails sur l'élaboration du Code du statut personnel, V. notre article « Droit de la famille et nouvelle Constitution Irakienne », *R.R.J. – Droit prospectif*, 2007-3, p. 1507 et s.

⁴¹ En Tunisie, depuis le 27 septembre 1956 date où les tribunaux rabbiniques ont été supprimés, tous les ressortissants tunisiens, quelle que soit leur religion, sont soumis à un

se prête pas à l'application d'un code unifié pour tous les citoyens tant que celui-ci est imprégné de religion. Le Code du statut personnel n'étant que la codification des dispositions du droit musulman, il n'a pas vocation à s'appliquer aux non-musulmans. Ainsi, d'après l'article 2 du Code, «les dispositions de la présente loi s'appliquent à tous les Iraquiens à l'exception de ceux qui ont été exclus par une loi spéciale». Il en résulte que les minorités non-musulmanes notamment juives et chrétiennes restent, dès lors, soumises à leurs propres lois religieuses, en vertu de la loi n° 32 de l'année 1947, sur l'organisation des tribunaux religieux pour les communautés chrétiennes et mosaïque. Néanmoins, si le nouvel Iraq a ainsi conservé presque intacte la diversité des statuts non-musulmans, l'unification va se produire sur un terrain purement juridictionnel.

Dans ce domaine, les tribunaux et conseils spirituels ont été supprimés à l'occasion d'une réorganisation de la Justice intervenue en 1963 par le biais de la loi relative au pouvoir judiciaire n° 26-1963⁴². Leurs compétences en matière de statut personnel furent transférées au Tribunal dit de matières personnelles qui a été créé pour connaître désormais des litiges relatifs au statut personnel des non-musulmans iraqiens⁴³, parallèlement au Tribunal du statut personnel (anciens tribunaux *charyiâ*) qui ne concerne que les musulmans⁴⁴.

12- Dès lors, le principe de la personnalité des lois, bien que maintenu, est largement tempéré aujourd'hui⁴⁵, par l'unification du statut personnel

code de statut personnel unifié et seuls les tribunaux de l'État sont compétents pour rendre la justice. En Turquie, l'autonomie législative et judiciaire communautaires a pris fin en 1926 avec l'abolition des tribunaux religieux musulmans et l'adoption par la Turquie du code civil suisse.

⁴² Cf. L'article 9 et 21 de cette loi. Cf. également l'article 11 de la loi sur l'organisation judiciaire de 1979.

⁴³ Le tribunal de première instance sera compétent à défaut du tribunal des matières personnelles. Cf. Art. 33 du Code de procédure civile n° 83-1969 et art. 22 de la Loi de l'organisation judiciaire n° 160-1979.

⁴⁴ D'ailleurs il résulte de l'article 28 de la Loi de l'organisation judiciaire que le juge du tribunal du statut personnel ne peut être que musulman.

⁴⁵ Historiquement, la personnalité des statuts apparaît comme un aspect, parmi d'autres, de la condition particulière faite en islam aux communautés non-musulmanes. Liées à l'autorité musulmane par un pacte de *dhimma* qui leur assure protection et tolérance, les communautés de *dhimmis* ont conservé tout au long de l'histoire une autonomie certaine, spécialement en matière d'institutions familiales. J. DEPREZ, *Juris-Classeur – Droit comparé*, op. cit., p. 4.

des musulmans, d'une part et par la suppression de juridictions religieuses propres à chaque communauté, d'autre part. Il n'en demeure pas moins que l'appartenance confessionnelle garde une certaine importance dans la détermination de la loi applicable (Code du statut personnel pour les musulmans; statuts spéciaux pour les non-musulmans) et de la juridiction compétente (Tribunal du statut personnel pour les musulmans; Tribunal de matières personnelles pour les non-musulmans). Ainsi, lorsqu'il est saisi d'une affaire relative au statut personnel d'un Iraquien non-musulman, le juge civil doit, d'après l'article 13 de Manifeste des tribunaux de 1917 et à défaut de dispositions codifiées, demander l'avis du clergé religieux de la communauté à laquelle appartient l'intéressé. Le juge est tenu de ratifier et de prononcer la décision de l'instance religieuse compétente, sauf si elle est contraire à l'ordre public.

Il va sans dire que la codification en matière de droit de la famille était et demeure toujours une mission périlleuse pour les législateurs du monde arabe, ces questions étant intimement liées à la religion et aux croyances. C'est dans le domaine du statut personnel, lié aux mœurs, à la morale, à la religion et à la culture spécifique de chaque peuple, qu'apparaissent le mieux les oppositions fondamentales qui rendent si difficiles – sur le plan du droit interne – toute entreprise d'unification du droit de la famille. D'ailleurs, la plupart des pays arabes où vivent une majorité de musulmans, des chrétiens, des juifs et d'autres petites communautés religieuses ne disposent pas de code unifié en matière de droit de la famille. C'est le cas en Syrie, en Jordanie et au Maroc où le droit n'a pas pu être unifié pour tous les citoyens puisque la codification ne s'est pas accompagnée d'une laïcisation du droit de la famille. C'est le cas notamment de l'Égypte, où certaines normes du droit de la famille d'origine musulmane sont applicables à tous les ressortissants égyptiens, quelle que soit leur religion⁴⁶ tandis que les autres domaines du droit de la famille sont régis par des lois propres aux communautés religieuses⁴⁷.

⁴⁶ Il s'agit de la loi 119/1952 et les articles 29-51 et 109-119 du Code civil de 1949 relatifs à la capacité, à la tutelle, à la curatelle et à l'interdiction; la loi 77/1943 sur la succession *ab intestat*; la loi 71/1946 sur la succession testamentaire; les articles 486 à 504 du Code civil relatifs à la donation.

⁴⁷ Il existe en Égypte 15 communautés religieuses différentes: une musulmane, sept catholiques (copte, grecque, arménienne, syrienne, maronite, chaldéenne et latine), quatre orthodoxes (copte, grecque, arménienne et syrienne), une protestante (en plusieurs groupes) et deux juives (karaïte et rabbanite). Chaque communauté est régie par sa propre loi. S. ALDEEB, *L'impact de la religion sur l'ordre juridique, cas de l'Égypte. Non-musulmans en pays d'islam*, Éditions universitaires, Fribourg, 1979, p. 117-119.

Ce manque d'unité se constate même dans les dispositions légales concernant les musulmans; ceux-ci sont régis par des lois disparates, incohérentes et lacunaires, comblées par le code officieux de *Qadri Pacha* de 1875.

13- Il n'en demeure pas moins que le Code du statut personnel constitue le droit commun par rapport aux statuts religieux des communautés non-musulmanes, réputés comme des lois spéciales⁴⁸. Le Code du statut personnel d'inspiration musulmane est traité en droit commun. Si les non-musulmans conservent le bénéfice de leurs lois et de leurs propres juges, en dérogation à la compétence, en principe générale, du Code du statut personnel et de la juridiction du statut personnel, c'est seulement dans quelques matières étroitement liées à l'appartenance communautaire, essentiellement les relations familiales: matières à propos desquelles est ressenti le besoin et acceptée la nécessité d'un rattachement des non-musulmans à une autre loi que la *Charia*, à un autre juge que le *cadi*⁴⁹.

Dès lors, le droit de la famille en Iraq est, aujourd'hui, composé d'un statut général, le Code du statut personnel, applicable aux musulmans irakiens (environ 94% de la population)⁵⁰ et de statuts spéciaux propres à chacune des communautés religieuses. Il existe dix-sept groupes religieux non-musulmans officiellement reconnus.⁵¹ Ce pluralisme est toutefois tempéré par le fait que le Code du statut personnel de 1959 est considéré comme étant le droit commun du statut personnel en Iraq. Dès lors, son empire s'étend en cas d'absence de dispositions particulières dans les lois confessionnelles. Il en va ainsi pour les *yézidis*, communauté qui ne dispose pas d'un statut spécial et qui relève ainsi du Code du statut personnel. Il en va de

⁴⁸ L'article 2 du Code prévoit que « 1- les dispositions de la présente loi s'appliquent aux Irakiens à l'exception de ceux qui ont été exclus par une loi spéciale 2- les articles 19, 20, 21, 22, 23, 24 du Code civil sont applicables en cas de conflit de lois dans l'espace ».

⁴⁹ J. DEPPEZ, *op. cit.*, p. 62.

⁵⁰ Pour des raisons politiques, il n'existe pas de statistiques officielles fiables sur la répartition ethnique et religieuse de la population iraquienne, les recensements généraux de la population étant systématiquement falsifiés. Nous nous basons dans notre estimation sur l'annuaire officiel iraquien de 1936, le dernier disponible (p. 45-46). En tenant compte de différentes sources d'information M. Ishow estime que les musulmans représentent 88% de la population iraquienne évaluée à 23 millions de personnes. Cf. H. ISHOW, *op. cit.*, p. 17-18.

⁵¹ Il s'agit des groupes suivants: Chaldéens, Assyriens, Anciens Assyriens, Syriaques orthodoxes, Syriaques catholiques, Arméniens orthodoxes, Arméniens catholiques, Grecs orthodoxes, Grecs catholiques, Latins, évangélistes, protestants assyriens, adventistes, coptes orthodoxes, *yézidis*, sabéens et juifs (Annexe au règlement n° 32 année 1981, *Official Gazette*, n° 2867, 18 janv. 1982, p. 7).

même pour le régime successoral de nombreuses communautés chrétiennes, faute de trouver dans leurs statuts confessionnels une réglementation de ces questions. De même lorsqu'un Iraquien n'appartient pas à une communauté officiellement reconnue, il sera nécessairement régi par le Code du statut personnel.

14- En outre, le champ d'application des régimes spéciaux s'est notablement rétréci en faveur d'un droit unifié. Il ne comporte, aujourd'hui, généralement que les affaires concernant le mariage, la dot, la filiation, la pension alimentaire, le divorce et la séparation de corps⁵². Les matières relatives à la capacité, la tutelle, la curatelle, aux testaments et aux libéralités étant régies par le Code civil, elles sont dès lors unifiées pour tous les Iraquiens. Ces règles s'appliquent à tous les Iraquiens nonobstant leur religion. Le pluralisme juridictionnel a été également tempéré. Les tribunaux et conseils spirituels des différentes communautés ont été, rappelons-le, supprimés et remplacés par un Tribunal des matières personnelles⁵³ ayant compétence pour juger des questions relatives au statut personnel à la fois des non-musulmans iraquiens, des non-musulmans étrangers et des étrangers musulmans dont la loi nationale est totalement laïcisée, tel que le droit turc⁵⁴. Cette compétence revient au Tribunal de première instance dans les provinces où un tribunal des matières personnelles fait défaut.

15- La coexistence de plusieurs statuts personnels rend possibles les conflits d'ordre interne, dit conflits interpersonnels. Il en est ainsi dans toute situation familiale mixte mettant en présence des Iraquiens de statuts différents, à propos du mariage, de la condition des époux, des rapports entre parents et enfant, etc. En tant que droit commun, le Code du statut personnel est

⁵² L'article 12 de la loi sur l'organisation des tribunaux religieux pour les communautés chrétiennes et mosaïques n° 32-1947 dispose que «les tribunaux et conseils spirituels connaissent des affaires relatives aux Iraquiens appartenant à la communauté pour laquelle est destiné le tribunal, à savoir: le mariage, la dot, le divorce et la séparation de corps, la pension alimentaire à l'exception des affaires relevant de la compétence de la juridiction judiciaire». Par ailleurs l'article 20 de la loi précise que «Hormis les communautés au bénéfice desquelles des tribunaux ont été institués selon les dispositions de la présente loi, la juridiction civile demeure compétente dans les instances relatives au statut personnel de ceux qui appartiennent aux communautés non-musulmanes, conformément aux dispositions du manifeste des tribunaux de 1917».

⁵³ C'est un tribunal de première instance constitué en vertu de l'article 22 de la loi sur l'organisation judiciaire n° 160 année 1979.

⁵⁴ A. AL-NADDAOUI, *Procédure civile* (en arabe), Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique, Presses de l'Université de Bagdad, 1988, p. 66-67.

applicable en cas de conflit interpersonnel impliquant musulman et non-musulman. Il est à noter que cette hypothèse ne peut être conçue qu'en cas de mariage entre un musulman et une non-musulmane⁵⁵; l'inverse étant strictement interdit⁵⁶. Quant au conflit opposant des non-musulmans, les règles de conflit de lois que comporte le Code civil ont vocation à s'appliquer, en l'occurrence, ce qui conduit de manière générale à l'application de la loi du mari pour toutes les questions relevant des effets du mariage et du divorce.

Pour illustrer les propos, prenons deux exemples de conflit interpersonnel en Iraq. D'abord une affaire de divorce entre un musulman et une chrétienne: cette instance relève, d'après l'article 300 du Code de procédure civile, du ressort du Tribunal de statut personnel car le critère retenu est la religion et le rite de l'époux; le juge appliquera le Code du statut personnel. Deuxième exemple: une affaire de pension alimentaire entre un orthodoxe et une protestante: la juridiction compétente est le Tribunal de matières personnelles ou bien, à défaut, le Tribunal de première instance; la loi applicable est la loi de la communauté à laquelle appartient l'époux dont le mariage a, habituellement, été célébré selon le rituel de sa communauté et dans son église⁵⁷. L'application de la loi personnelle du mari relève donc d'une règle coutumière: coutume entérinée par l'article 13 de la Déclaration des tribunaux de 1917.

Il en va autrement en Égypte où, d'après les règles internes de conflits⁵⁸, la *Charia* doit être appliquée dès lors que deux époux égyptiens appartiennent à des religions ou rites différents, même lorsque ni l'un, ni l'autre n'est musulman. Ainsi, si deux conjoints chrétiens appartiennent à deux communautés différentes, le juge doit appliquer le droit musulman. Le droit

⁵⁵ Le conflit entre statut musulman et statut hébraïque suppose un mariage entre musulman et israélite, union admise en islam puisqu'un musulman peut épouser une femme israélite, mais interdit par le statut hébraïque. En théorie, un tel conflit ne devrait donc pas se produire, car le mariage entre musulman et israélite n'est pas valide au regard du droit hébraïque. Mais cette union est possible au regard du statut musulman puisque le musulman, seulement s'il s'agit de l'homme, peut épouser une femme d'une religion juive ou chrétienne.

⁵⁶ Art. 17 du Code du statut personnel.

⁵⁷ Ainsi, dans le conflit entre non-musulmans irakiens, le choix d'un certain rite pour la célébration du mariage est considéré comme un choix de la loi applicable. Toutefois, le mariage entre non-musulmans est habituellement conclu selon le rite de l'époux et dans son église ce qui conduit à l'application de sa loi personnelle.

⁵⁸ La loi égyptienne n° 462 année 1955.

musulman est devenu, en l'occurrence, applicable non seulement quand un des plaideurs est musulman alors que l'autre ne l'est pas, mais dans tous les conflits opposant des personnes de statuts différents, par exemple, même quand les deux parties sont chrétiennes mais relèvent d'Églises différentes⁵⁹. La *Charia* n'est écartée que lorsque les deux époux égyptiens appartiennent à une religion et à un rite communs. En pareil cas ce sont les règles de leur religion ou rite commun qui doivent être appliquées⁶⁰.

Cette extension du domaine d'application du droit musulman a été fortement critiquée par la doctrine⁶¹. En effet, en étendant l'application du statut musulman à des citoyens non-musulmans dans certaines matières, on fait désormais jouer au droit musulman un rôle qu'il n'avait jusqu'alors jamais tenu, c'est-à-dire, le rôle d'un droit commun applicable indépendamment de la religion de l'intéressé. Alors que si en diverses matières – droit des obligations, propriété immobilière, droit pénal, etc. – le droit musulman s'est historiquement imposé comme droit commun applicable à tous les sujets sans distinction de religion, cela n'a jamais été le cas en matière de statut personnel. Hormis le cas des mariages mixtes où la présence d'un conjoint musulman imposait la compétence du *cadi*, donc l'application du droit musulman y compris au conjoint non-musulman, l'Islam n'a jamais entendu plier à sa loi les citoyens relevant d'autres religions.

16- Dès lors, aussi bien en Iraq qu'en Egypte, l'ordre juridique pluraliste est confessionnel. Cela implique que l'État est fondé sur une confession donnée, l'islam en l'occurrence, et que celle-ci jouit d'un statut préférentiel. Ainsi, le système juridique reconnaît au statut musulman un rôle prédominant dans le règlement des conflits interpersonnels entre musulmans et

⁵⁹ M. CHARFI, *op. cit.*, p. 386. Le principe de la « prédominance » du droit musulman est poussé, aujourd'hui, à ses conséquences extrêmes. C'est pourquoi le système est dénoncé, à juste titre, de façon véhémentement par une partie de la doctrine (Cf. M. ABDINE, *Statut personnel des non-musulmans* (en arabe), *Ma'arif* Editions, Alexandrie, 1984, p. 11). En fait, par cette solution bancale – unification de la justice sans unification du droit interne – le droit musulman prend un caractère « impérialiste » ou « dominateur » qu'il n'a jamais eu et qui n'était pas contenu dans le droit musulman classique; ou en tout cas ce caractère n'était pas poussé à ces extrêmes.

⁶⁰ F. RIAD et H. SADEK, « Les conflits de lois en droit interne et en droit international privé égyptien dans les matières de statut personnel » in *Le statut personnel des musulmans*, Travaux de la faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, 1992, p. 70. Cf. également M. ABDINE, *op. cit.*, p. 11 et s.

⁶¹ J. DEPPEZ, « Pluralisme des statuts personnels », *op. cit.*, p. 6 et 7.

non-musulmans. Cette primauté est encore plus marquée en Egypte où le droit musulman étend son empire aux conflits opposant des non-musulmans de confessions différentes⁶². En revanche au Liban, le pluralisme égalitaire érigé en principe institutionnel interdit de reconnaître à l'un des statuts internes une vocation prédominante⁶³. Il s'agit d'un système « intercommunautaire » selon lequel l'État reste neutre, alors que le Droit se fonde sur les règles des différentes communautés religieuses qui sont toutes égales: ni le droit musulman ni le droit d'aucune autre communauté religieuse, ne bénéficie d'un statut privilégié⁶⁴.

En somme, l'Iraq reste, au terme de cette évolution, un pays de statuts personnels religieux et diversifiés. Atténuée, sinon résorbée en matière juridictionnelle, la personnalité des lois reste cependant une des données fondamentales dans l'ordre juridique interne iraquien.

B- Un pluralisme exacerbé sous l'empire de la nouvelle Constitution iraquienne

La plupart des matières relevant du droit de la famille en Iraq, comme nous venons de le voir, sont actuellement régies par un droit unifié inspiré du droit musulman. Le Code du statut personnel est considéré comme étant le droit commun du statut personnel en Iraq. Toutefois, le mariage, une des plus importantes parties du statut personnel, est gouverné par plusieurs systèmes juridiques internes en fonction de la religion et du rite des conjoints. Le mouvement de codification et d'unification entrepris par le législateur iraquien depuis l'indépendance n'est pas parvenu à établir un système entièrement unifié du droit de la famille. Légiférer en la matière était, et demeure toujours, une mission périlleuse pour les législateurs du monde arabe, ces questions étant intimement liées à la religion et aux croyances.

17- La chute de Bagdad le 9 avril 2003 suite à l'invasion américaine provoquera une montée en puissance du communautarisme et des revendications ethniques et confessionnelles. La nouvelle constitution iraquienne, approuvée par référendum le 15 octobre 2005, traduit cette nouvelle donne. D'après l'article 1^{er} de cette Constitution, l'Iraq est dorénavant une république

⁶² J. DEPREZ, *op. cit.*, p. 45.

⁶³ K. ELGEDDAWY, *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, Dalloz, 1971, p. 105.

⁶⁴ O. ELWAN, « L'islam et les systèmes de conflits de lois », in *Le statut personnel des musulmans*, *op. cit.*, p. 325-326.

fédérale et démocratique. Le régime fédéral est composé d'une capitale, de régions, de gouvernorats décentralisés et de collectivités territoriales⁶⁵. L'article 3 de la Constitution reconnaît la diversité iraquienne en prévoyant que « l'Iraq est un pays multinational, multiconfessionnel et multiculturel. Il fait partie du monde musulman, il est un membre fondateur et actif de la Ligue arabe et s'engage à respecter sa charte . . . ». En outre, si « la Constitution assure la persévération de l'identité islamique de la majorité du peuple iraquien, elle garantit également l'ensemble des droits religieux de tous les individus dans la liberté de croyance et de l'exercice du culte comme pour les chrétiens, les *yézidis* et les mandéens-sabéens »⁶⁶.

18- De prime abord, il est curieux de trouver que la nouvelle Constitution iraquienne a abordé le domaine de statut personnel sous le chapitre consacré aux « droits et libertés ». Pour les partis religieux chiites, qui ont dominé le processus de la rédaction de la Constitution, la matière de statut personnel est perçue comme une des libertés religieuses. Dans cette perspective, l'article 41 de la Constitution prévoit que « les Iraquiens sont libres de leurs engagements relatifs à leur statut personnel, selon leurs religions, confessions, croyances ou choix. Ceci sera réglementé par la loi ». Situé dans la section intitulée « Libertés », l'article 41 érige ainsi le principe de la personnalité des lois en liberté constitutionnelle : aucun citoyen ne peut être contraint à respecter une loi étatique unifiée en matière de statut personnel. Chaque citoyen est dès lors libre de suivre, en la matière, sa loi religieuse, confessionnelle voire une loi sur laquelle porte son choix. La question se pose de connaître la portée de cet article succinct et son impact sur le système du droit de la famille iraquien en place.

19- Le texte constitutionnel constitue, sans doute, une reconnaissance explicite du principe de la personnalité des lois en matière de statut personnel. Il admet que chaque individu dispose d'un véritable *droit subjectif* à l'application de sa propre loi, application qui traduit son appartenance à un groupe religieux.

En matière de droit de la famille, le texte semble opérer un retour à la pluralité des lois qui prévalait lors de la naissance de l'État iraquien : pluralité excessive et dont, par la suite, le législateur a tenté d'atténuer l'ampleur, *primo* en promulguant le Code du statut personnel qui fait fonction de droit commun et *secondo* en unifiant la juridiction de statut personnel pour

⁶⁵ Article 112 de la Constitution.

⁶⁶ Article 2-1 de la Constitution.

les non-musulmans par la suppression des tribunaux confessionnels des communautés.

Certes, le Code du statut personnel iraquien, promulgué en 1959, est fondé sur le droit musulman, mais il est aussi l'œuvre du législateur. Il est appliqué par un système judiciaire séculier de façon uniforme à tous les Iraquiens, à l'exception des communautés non-musulmanes précisées. Les partis religieux chiites ont protesté contre le Code en prétendant que ce dernier ne permet pas à leur communauté de pratiquer pleinement sa foi. Ils ont également trouvé, dans le transfert de l'autorité des cadis aux juges civils, une dénaturation de l'interprétation religieuse.

Il est certain que la personnalité des lois ainsi reconnue – selon laquelle l'appartenance religieuse de chaque citoyen déterminera la loi du statut personnel à laquelle il sera soumis – n'est pas en soi nouvelle dans le système juridique iraquien. En effet, nous avons vu que les communautés non-musulmanes ont toujours bénéficié d'une certaine autonomie législative. Cependant, la nouveauté réside dans le fait qu'aujourd'hui un musulman iraquien ait le droit de choisir parmi les Ecoles de l'Islam celle à laquelle il sera soumis. On assiste donc à un pluralisme exacerbé. La loi appelée à être appliquée à un litige du statut personnel sera soit la loi religieuse, soit la loi de la confession ou de la secte de l'intéressé, soit encore toute autre loi choisie par le justiciable. Cela étant, la question se pose de savoir quel est le sort réservé au Code du statut personnel de 1959?

20- L'article 41 de la Constitution n'abroge pas explicitement le Code de 1959, mais il exige bel et bien d'y introduire d'importantes modifications afin de faire respecter la proclamation selon laquelle les Iraquiens sont libres en matière de statut personnel de suivre la loi de leur « religions, confessions, croyances ou choix ». Ceci semble suggérer, au moins, que les Iraquiens qui désirent être gouvernés par une loi confessionnelle puissent insister pour que les tribunaux honorent ce choix⁶⁷. Le texte revient à dépouiller de sa force contraignante le Code du statut personnel, en vigueur jusqu'alors, qui, comme on l'a souligné, a compilé des dispositions de diverses écoles musulmanes dans le pays pour en faire une loi unifiée applicable à tous les Iraquiens à l'exception de ceux qui ont été exclus par une loi spéciale.

⁶⁷ N. J. BROWN, « The Final Draft of the Iraqi Constitution : Analysis and Commentary », Carnegie Endowment for International Peace, p. 6. Sur : www.carnegieendowment.org/files/FinalDraftSept16.pdf.

Le législateur renvoie à une loi, qui sera élaborée plus tard, la tâche de réglementer les modalités d'exercice de cette *liberté* selon laquelle chacun a un véritable *droit subjectif* de suivre la loi de sa communauté religieuse. L'une des deux méthodes suivantes sera probablement mise en œuvre : soit l'abrogation pure et simple du Code du statut personnel et son remplacement par une loi sur la juridiction confessionnelle et religieuse, soit la modification du Code pour le rendre d'application facultative exclusivement pour ceux qui choisissent de se soumettre à son empire, avec la création des juridictions communautaires aux côtés de la juridiction civile. Alors que dans la première hypothèse, chaque citoyen serait contraint de s'adresser au tribunal de sa communauté religieuse, dans la seconde, il disposerait d'une option entre la juridiction civile et la juridiction confessionnelle. Le texte ne comporte manifestement pas d'exigence explicite pour qu'une alternative civile ou non-confessionnelle soit offerte ou que le Code de 1959 soit maintenu pour ceux qui veulent s'en prévaloir. Néanmoins, si de telles options n'ont pas été expressément exclues, cela semble indiquer la volonté du législateur de les proposer. L'article 41 semble recommander un « menu de choix »⁶⁸. Ainsi, la Constitution paraît permettre, mais non pas exiger, le maintien du Code du statut personnel pour ceux qui veulent se soumettre à son empire.

21- Au demeurant, le terme « choix » dans l'article 41 de la Constitution fait allusion à la possibilité pour toute personne de choisir la loi du statut personnel à laquelle elle sera soumise. Mais cette liberté est ambiguë. D'abord, la liberté de choix de la loi relative au statut personnel ne saurait être illimitée sous peine de permettre à chaque individu de créer sa propre loi. Ensuite, le contrat de mariage, comme tout contrat, lie deux parties, l'homme et la femme, ce qui commande d'accorder la liberté du choix à chacun des conjoints. Le choix ne devrait être effectif que s'il est commun aux conjoints. L'article 41 exige explicitement de légiférer en la matière. L'élaboration de cette législation sera une entreprise périlleuse. La loi qui sera promulguée conformément à cet article devra trancher alors la question qui surgit chaque fois qu'un des conjoints opte pour la juridiction civile et par conséquent pour le Code du statut personnel tandis que l'autre choisira de recourir à la juridiction religieuse et, de ce fait, à la loi confessionnelle non codifiée. Pour résoudre ce problème, nous proposons que la loi spéciale qui mettra en œuvre cette liberté, pose comme principe

⁶⁸ N. J. BROWN, *op. cit.*, p. 6.

l'application d'un Droit civil unifié à tous les Iraquiens, à moins que les parties n'en décident autrement en recourant aux tribunaux religieux. Il importe qu'aucune contrainte ne soit imposée à la personne de se soumettre aux lois religieuses, et que la Cour de cassation exerce son contrôle sur les jugements rendus par les tribunaux religieux. Ces jugements ne doivent pas violer les principes de droits de l'Homme prévus dans la constitution et dans les conventions internationales ratifiées par l'Iraq.

Le texte constitutionnel constitue, croyons-nous, un retour au pluralisme exacerbé qui régnait dans le domaine du droit de la famille lors de la naissance de l'État iraquien et qui a perduré jusqu'en 1959. On a bien constaté que l'une des raisons de la promulgation du Code du statut personnel était, outre la volonté de promouvoir les droits des femmes et de suivre l'évolution de la société moderne, le désir d'œuvrer à l'unification du système juridique iraquien en combinant les prescriptions éparpillées ici et là dans les enseignements des diverses écoles musulmanes⁶⁹. Si on admet aujourd'hui qu'une option doit être offerte à l'intéressé de suivre sa loi confessionnelle, il reste à savoir qui dispose-t-il de l'autorité pour déterminer le contenu de cette loi. Le législateur sera-t-il tenté d'élaborer deux codes séparés, sunnite et chiite, ou bien est-ce qu'une absence totale de codification en la matière laissera aux juges religieux le soin de statuer sur la base de leur formation?⁷⁰

22- Quoi qu'il en soit, l'abrogation du Code du statut personnel ou, au mieux, son application facultative, ne manquera pas de soulever de nombreux problèmes eu égard à l'évolution du système personneliste en Iraq. Nous avons remarqué que le Code du statut personnel jouait jusqu'à présent le rôle de droit commun. Dès lors, son empire s'étend en cas d'absence des dispositions particulières dans les lois confessionnelles. Il en va ainsi pour les *yézidis*, communauté qui ne disposent pas d'un statut spécial, et

⁶⁹ La lecture de l'exposé des motifs accompagnant le Code est, à cet égard, révélatrice : les rédacteurs de la loi ont mis l'accent sur l'absence, en Iraq, d'une loi rassemblant les opinions des docteurs musulmans qui étaient généralement acceptées et plus appropriées aux besoins de l'époque. Les rédacteurs affirmaient que la multiplicité des sources sur lesquelles saurait se fonder un jugement, avait occasionné un défaut de stabilité de la vie familiale et un échec dans la garantie des droits individuels. « Un des premiers objectifs du gouvernement ayant été de promulguer un Code unifié de statut personnel qui pourvoit un fondement sur lequel sera bâti la structure de la famille iraquienne dans son ère nouvelle de manière à assurer son indépendance, la stabilité de ses relations et de garantir à la femme ses droits légaux et légitimes ». Cf. L'exposé des motifs annexé au Code du statut personnel.

⁷⁰ C'est le cas, par exemple, de l'Arabie saoudite, des Émirats Arabes Unis et du Bahreïn. Les juges se réfèrent aux ouvrages de droit musulman classiques.

de même pour de nombreuses communautés chrétiennes en ce qui concerne le régime successoral. De surcroît, le Code est d'application exclusive en cas de conflit interpersonnel impliquant musulman et non-musulman. Une fois le Code abrogé, la question se pose de savoir quelle école du droit musulman sera appelée à jouer la fonction de droit commun, étant donné qu'un Code unifié ferait désormais défaut. On sait qu'au Liban, par exemple, aucun statut personnel ne peut prétendre à la supériorité sur les autres. L'État n'est pas lié à une confession déterminée et garde une neutralité à l'égard des divers statuts communautaires qui régissent le droit de la famille⁷¹. Ce n'est pas le cas en Iraq où l'Islam, d'après l'article 2 de la Constitution, est la religion de l'État et aussi une source principale de la législation. Le pluralisme communautaire mis en place par l'article 41 de la Constitution, ne gommara pas, croyons-nous, le caractère prédominant du droit musulman, qui l'habilite à faire fonction de droit commun.

23- Le futur système juridique iraquien reposerait, dès lors, dans le domaine du droit de la famille, sur l'autonomie des communautés s'accompagnant de la réinstauration du pluralisme législatif et juridictionnel. L'article 41 de la Constitution enjoint au Pouvoir législatif de respecter les statuts personnels de diverses communautés; celui-ci ne pourra qu'entériner, dans l'ordre interne, les changements à ces statuts adoptés ou proposés par chacune d'elle. L'autonomie permettra aux communautés d'exercer des attributions législatives et judiciaires dans les matières du statut personnel. C'est en effet sur une base communautaire que s'effectuerait la répartition des compétences entre les divers statuts religieux en vigueur dans l'ordre interne. Cet état des choses priverait le système juridique iraquien d'uniformité à force de vouloir s'adapter aux conceptions et aux visages des diverses communautés dont est tissée la nation iraquienne. L'existence, outre celle des communautés musulmanes sunnites et chiïtes, de dix-sept groupes religieux non-musulmans officiellement reconnus⁷², pourrait nous donner une idée de la portée que va prendre ce morcellement du statut personnel iraquien. Cette adaptation ne se limiterait pas au domaine de la législation civile par rapport aux diverses lois religieuses, elle s'étendra,

⁷¹ Cf. P. GANNAGE, Liban – Observations préliminaires, *Juris-Classeur, droit comparé*, t.II, fasc.1, p. 4.

⁷² Cf. l'annexe au règlement de la garde des confessions religieuses n° 32 année 1981 publié au Journal officiel n° 2867, 18 janv.1982, p. 7. Selon Muhammad Al-Sammak, nous pouvons dénombrer soixante-quatre communautés ethnico-religieuses en Iraq. AL-SAMMAK, *Les minorités entre arabisme et islamisme* (en arabe), Beyrouth, 1990, p. 13-28.

aussi, à l'organisation et au fonctionnement de l'appareil législatif et judiciaire, sur lequel reposeraient l'établissement et l'application des divers droits communautaires.

24- Ce système pluraliste serait un signe de tolérance et de respect des libertés religieuse et culturelle. Les communautés chrétiennes d'Égypte ont par exemple protesté contre la suppression de leurs tribunaux intervenue en 1955⁷³. D'ailleurs, introduit sous le même motif de respect des coutumes locales, le pluralisme avait fonctionné en Occident à l'époque coloniale. Le problème du pluralisme s'est posé en France en 1830, les autorités françaises ayant déclaré le droit musulman applicable en Algérie. La justice musulmane fut également maintenue, mais peu à peu les autorités françaises prirent des mesures pour restreindre la compétence des cadis qui, en principe, jugeaient les affaires concernant les musulmans⁷⁴. De nos jours, un système dualiste de justice musulmane (cadi) et du tribunal de première instance demeure toujours en vigueur à Mayotte⁷⁵.

Le pluralisme juridique n'est que la prise en compte, quelle que soit sa source, de la diversité des droits, desquels relèvent des groupes différents⁷⁶. Selon Montesquieu, les lois « doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation

⁷³ S. ALDEEB, *op. cit.*, p. 117-119.

⁷⁴ D. SOURDEL, *op. cit.*, p. 47.

⁷⁵ Dans ce territoire perdure donc une conception religieuse du statut civil personnel de droit local, alors que la France est une République (...) laïque (...) (*Const. 1958, art. 1er*). Cependant l'article 75 de la Constitution de la Cf. République dispose que "Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé". En 1958, comme en 1946 (*Const. 1946, art. 82*) il s'agissait de permettre aux citoyens de l'outre-mer de conserver le statut civil qui était le leur avant la colonisation. La quasi totalité de la population mahoraise est de religion musulmane, plus précisément, sunnite de rite chaféite. Le statut personnel en vigueur à Mayotte est de droit musulman, auquel se mêle l'influence de coutumes africaines et malgaches. L'article 6 du décret du 1er juin 1939 portant refonte du décret du 29 mars 1934 sur la législation civile indigène dispose que le code *Minhadj al talibin*, recueil d'aphorismes et de préceptes composé au XIII^e siècle par un juriste musulman, est seul officiel et applicable à Mayotte. Les litiges nés de l'application du droit local sont de la compétence de la justice musulmane. Celle-ci est marquée par la présence d'un cadi. La loi du 11 juillet 2001, modifiant le statut de Mayotte, offre aux plaideurs une option entre le tribunal de première instance et le cadi. Cf. *JurisClasseur, Collectivités territoriales*, Fasc. 458, MAYOTTE, II. – Statut personnel, p. 2 et s; E. RALSER, *op. cit.*, p. 2562-2563.

⁷⁶ E. RALSER, *op. cit.*, p. 2548.

peuvent convenir à une autre»⁷⁷. Au demeurant, une partie de la doctrine voit dans le pluralisme, l'avenir du droit de la famille. Elle met en exergue la grande diversité des situations familiales au point de rendre aléatoire toute tentative de systématisation ; « finalement, chaque famille représente, à elle seule, un schéma particulier »⁷⁸. En France, la tendance de certaines lois récentes sur la famille de ne pas vouloir imposer un modèle familial mais de proposer des options, a été évoquée pour illustrer ce phénomène⁷⁹. Le législateur paraît avoir renoncé à imposer un modèle. Le droit de la famille se veut plutôt une réponse à la diversité des mœurs. L'arrivée sur la scène juridique du concubinage et du Pacte civil de solidarité (PACS), aux côtés du modèle familial traditionnel (qui a également été profondément réformé) témoigne aujourd'hui de ce pluralisme. Dès lors, le pluralisme traduit un rapport différent entre la loi et les mœurs : le refus d'une loi unique et pédagogique qui prétend dresser les mœurs. Portant réponse à la diversité de mœurs, il traduit le refus d'une loi dictée par une sorte d'idéal et préfère une loi telle que la concevait Montesquieu, « flegmatique, parcelle, empirique ». « A chacun sa famille, à chacun son droit », écrivait le doyen Carbonnier en 1979⁸⁰.

25- En dépit de ses avantages, le système pluraliste que l'article 41 de la nouvelle Constitution iraquienne tente d'instaurer comporte bien des inconvénients. D'abord, la multiplicité, au sein d'un État, des droits communautaires en matière familiale, est le signe d'un repli identitaire contre lequel il faut se prémunir. Le pluralisme renvoie à la dispersion, au libre mouvement, donc à la séparation de systèmes autonomes et fermés⁸¹. Il crée des frictions et des cloisonnements sociaux qui ne sont pas sans danger pour la solidité et la cohésion de la société, notamment si cela se conjugue avec un éclatement du sentiment d'appartenance nationale au profit de nouvelles « micro-identités », comme c'est le cas actuellement en Iraq.

⁷⁷ *De l'esprit des lois*, t.I, Gallimard, 1995, p. 3.

⁷⁸ J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille : poste-modernité ou pré-déclin ? », *Recueil Dalloz*, 1997, Chron. p. 133.

⁷⁹ On peut en trouver déjà l'illustration dans la réforme de la filiation (la loi du 3 janvier 1972), dans celle du divorce (la loi du 11 juillet 1975), et dans la réforme des régimes matrimoniaux (la loi du 13 juillet 1965). Pour plus de détails : LEMOULAND, *op. cit.*, p. 134 et s.

⁸⁰ *Essais sur les lois*, Editions Defrénois, 1979, p. 167 s.

⁸¹ M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Recueil Dalloz*, 2006, Chron. p. 951.

Ensuite, la neutralisation du Code de statut personnel entraînerait un bouleversement et une perturbation des relations familiales. Elle sacrifierait la sécurité juridique sur l'autel de la liberté religieuse. On sait que le droit musulman est essentiellement un droit doctrinal. Ses dispositions sont réparties parmi les ouvrages du *fiqh*. Chaque ouvrage représente l'opinion de son auteur ce qui implique l'existence d'avis partagés sur une même question au sein d'une école déterminée. Ceci a donné lieu à des solutions juridiques contradictoires. Ainsi, les prescriptions de la *Charia* se nuancent suivant les différentes écoles de doctrine. Sur ce plan, la communauté sunnite en Iraq est soumise à un droit issu de l'école hanéfite qui, sur de nombreux points, diverge du droit *jafarite* suivi par la communauté chiïte. Le défaut d'une codification en la matière va à l'encontre de la stabilité familiale et de l'égalité des citoyens devant la loi. Renvoyer cette question à la loi religieuse serait abandonner les citoyens aux opinions divergentes des *fuqaha'* avec le risque de consacrer des dispositions rigoristes qui ne s'adaptent guère à l'esprit de l'époque ni à l'essor des principes démocratiques et humains.

Le problème n'est pas nouveau ; rappelons que, dès le huitième siècle, Abdallah Ibn-Al-Muqaffa le signalait dans son fameux livre *Risalat as-sahabah* adressé au Calife Al-Mansour de Bagdad⁸². Il dénonçait déjà le désordre qui régnait dans le domaine judiciaire, où les cadis prenaient des décisions souvent différentes les unes des autres sur des cas importants. Il proposait au calife de remédier à ce chaos en promulguant un code unifié applicable dans toutes les régions de l'Empire abbasside ; chose qui ne se réalisa pas.

⁸² « Une des questions qui doivent retenir l'attention du Commandeur des croyants... est le manque d'uniformité, la contradiction qui se fait jour dans les jugements rendus; ces divergences présentent un sérieux caractère de gravité... A Al-Hira, condamnation à mort et délits sexuels sont considérés comme licites, alors qu'ils sont illicites à Koufa; on constate semblable divergence au cœur même de Koufa, où l'on juge licite dans un quartier ce qui est illicite dans un autre... Si le Commandeur des croyants jugeait opportun de donner des ordres afin que ces sentences et ces pratiques judiciaires divergentes lui soient soumises sous la forme d'un dossier, accompagnées des traditions et des solutions analogiques auxquelles se réfère chaque école; si le commandeur des Croyants examinait ensuite ces documents et formulait sur chaque affaire l'avis que Dieu lui inspirait, s'il s'en tenait fermement à cette opinion et interdisait aux cadis de s'en écarter, s'il faisait enfin de ces décisions un corpus exhaustif, nous pourrions avoir l'espoir que Dieu transforme ces jugements, où l'erreur se mêle à la vérité, en un code unique et juste ». Ch. PELLAT, *Ibn Al-Muqaffa – « Conseiller » du Calife* (Texte et traduction de *Risala fi l-Sahaba*), Maisonneuve et Larose, Paris 1976, p. 40-44.

Le constat fait au huitième siècle par le conseiller du Calife se vérifie encore une fois aujourd'hui. L'abrogation du Code du statut personnel mettra les tribunaux irakiens devant des difficultés considérables. L'absence du droit de la famille codifié pour leurs ressortissants musulmans obligera à se référer aux traités du *fiqh* classiques qui comportent des opinions contradictoires. Ce retour à une source doctrinale aussi imprécise que peu accessible pour le public fait fi du principe selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi ». Cette règle générale implique que chaque citoyen peut prendre connaissance de ses droits et obligations à travers des lois codifiées et portées à la connaissance de tous, par voie de publication. Au demeurant, le juge se verra confronté à une lourde besogne qui consiste à dégager, à vérifier et à interpréter une disposition légale dans les traités des jurisconsultes musulmans qui regorgent habituellement de solutions diverses et variées sur la même question. Connaître l'opinion courante est une tâche difficile qui exige une compétence dépassant la formation juridique. Le juge irakien, laïc et formé à la discipline intellectuelle des droits venus de l'Occident, se trouve donc placé dans un fatras d'opinions, de *fatwas* et de conclusions, dont l'appréciation lui est particulièrement ardue. Le manque d'uniformité, la contradiction vont réapparaître dans les jugements rendus notamment si le pluralisme s'accompagne de la réinstauration d'une juridiction pour les sunnites et d'une autre pour les chiïtes.

Le futur droit de la famille irakien serait donc constitué par une multitude de lois confessionnelles. Le pluralisme se fera au prix de la sécurité juridique en raison de l'imprévisibilité résultant d'une grande hétérogénéité des normes qui s'appliquent en matière de statut personnel. Prenons l'exemple du mariage temporaire (*Mut'a*) : les écoles musulmanes sunnites ont depuis fort longtemps prohibé cette pratique. Les chiïtes, en revanche, continuent de le reconnaître. Ce type de mariage est conclu dans les formes et selon les conditions d'un mariage ordinaire, mais sa particularité est de permettre l'insertion dans le contrat d'une clause prévoyant la dissolution du mariage à un terme fixé. Quelle solution le juge appliquera-t-il dans le cas d'un mariage de ce genre entre un chiïte et une sunnite ? Le mariage sera-t-il valable ou nul ? Des conflits de droits internes peuvent dès lors être à l'origine de situations de « non-droit »⁸³ ou plus exactement de

⁸³ Pour reprendre l'expression de Doyen CARBONNIER : *Flexible droit*, L.G.D.J., 1983, p. 24 et s.

situations dans lesquelles il est impossible, de prime abord, de dire quel droit va s'appliquer⁸⁴.

26- Enfin, la diversité des statuts personnels laisserait un terrain propice à la multiplication des manœuvres frauduleuses visant à échapper à la loi normalement applicable, mais défavorable à l'individu, pour se placer sous l'empire d'une autre loi répondant au mieux à ses intérêts. Le pluralisme communautaire à base confessionnelle pourrait inciter l'intéressé à se dérober à la loi normalement compétente en changeant de confession : critère de rattachement en matière de conflits interpersonnels. Serions-nous devant un cas de «*forum shopping*», dans lequel un sunnite, par exemple lors d'une instance, deviendrait temporairement chiite pour échapper à la pension alimentaire ou pour permettre à sa fille d'hériter d'une part plus généreuse de sa succession ? De même, un homme dont la loi confessionnelle restreint la répudiation, ou lui impose des contraintes financières, pourrait-il ainsi invoquer sa conversion à un autre rite pour lui faciliter cette démarche ? Prenons l'exemple d'un catholique auquel le divorce est interdit par la loi de sa communauté : en se convertissant à l'islam, il pourrait user de la faculté de répudier sa femme. Le problème du changement de communauté religieuse est ainsi très fréquent ; on y recourt pour bénéficier de l'application du droit musulman notamment en matière de dissolution du mariage catholique.

Rappelons que les règles du droit international privé iraquien que comporte le Code civil ont vocation à s'appliquer en matière de conflit interne de lois (conflit interpersonnel). Le critère retenu est généralement la religion et le rite de l'époux, *lex religiosa*. L'article 19-3 de ce Code laisse une porte entrouverte à des manœuvres frauduleuses en déclarant applicable – sur les questions de divorce, répudiation et séparation de corps – la loi du mari au moment de la répudiation ou au moment de l'introduction de l'action de divorce. Le changement de confession de l'homme après le mariage entraîne donc un changement de la loi applicable tant sur les effets du mariage que sur sa dissolution, sans que la femme ait aucun moyen d'empêcher ce changement portant inévitablement atteinte à ses droits acquis. Dès lors, le choix du législateur iraquien de rattacher la dissolution du mariage à la loi de l'époux au moment de l'introduction de l'action en justice, et non au moment du mariage, porte atteinte à la sécurité juridique et aux droits

⁸⁴ B. BOTIVEAU, *op. cit.*, p. 312-313.

acquis de l'épouse qui s'engage au mariage en se fiant à une loi déterminée. Le risque de fraude à la loi est donc accru.

D'autre part, nous avons remarqué qu'en cas de conflit opposant un musulman à un non-musulman, il était toujours admis l'application du droit musulman. À l'époque actuelle, cette règle a reçu en Égypte une application extrêmement extensive. Le droit musulman est désormais applicable même si une des parties s'est récemment convertie à l'islam et même si cette conversion a eu lieu au cours du procès, en dépit de la présence d'une forte présomption de fraude⁸⁵. D'une façon générale, la règle selon laquelle la conversion entraîne *ipso facto* l'application du statut musulman a été poussée dans toutes ses conséquences⁸⁶.

La jurisprudence iraquienne, après avoir mis en œuvre la théorie de la fraude à la loi pour tenir en échec ce genre de tentatives frauduleuses, semble aujourd'hui moins disposée à les sanctionner. La Cour de cassation a d'abord débouté un chrétien, récemment converti à l'islam, de sa demande d'annuler la pension de son épouse séparée de corps. La Cour a estimé que l'intéressé s'étant converti à l'islam quelques jours seulement après le jugement fixant la pension rendu contre lui, cette conversion ne peut qu'être motivée par sa volonté de se dérober à la pension⁸⁷. Dès lors, le changement de religion est sans incidence sur la décision intervenue condamnant le mari à « servir les aliments à sa femme ». Par la suite, la Cour de cassation iraquienne semble avoir opéré un revirement, car par deux arrêts successifs, la Cour refuse d'aborder la question de la conversion à l'islam sous motif que « la conviction religieuse est une question psychologique (interne) que le juge ne peut vérifier qu'à travers des apparences extérieures »⁸⁸. La Haute juridiction met en évidence le fait que la croyance et la foi sont des questions de cœur et de conscience qui ne peuvent être mises en doute par le juge. Celui-ci n'a pas à chercher la sincérité du converti.

⁸⁵ M. ABDINE, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁶ Il suffit alors qu'un étranger se déclare musulman ou se convertisse à l'islam pour pouvoir éluder l'application de sa loi nationale et se voir appliquer le droit musulman. La jurisprudence égyptienne, qui fait application de la notion de fraude à la loi dans les différentes matières du droit international privé, a cependant refusé d'y recourir pour les changements de religion. Elle a estimé que le contrôle de la fraude remet en cause la foi intime du converti et se trouve interdit en islam. *Ibid.*, p. 13 et s.

⁸⁷ Cour de Cassation, Ass. Générale 31 déc. 1951, *Rec.* 1951, n° 7.

⁸⁸ Cass. perso. 6 déc. 1969 et Cass. perso 25 juin 1970, cités par A. AL-FADHLI, *La fraude à la loi* (en arabe), mémoire de Master, Université de Mossoul, 1997, p. 77-78.

Le problème de la fraude à la loi se pose en termes similaires dans le domaine des conflits interconfessionnels en Égypte. L'exemple classique est le cas du mari copte qui se fait musulman pour la seule raison de répudier sa femme copte aussi, d'après les règles de la *Charia*. Le recours à la fraude à la loi aurait permis d'écarter ces résultats lorsque les conversions ont été dictées par le seul souci de détourner les dispositions de la loi d'origine. Cependant, la jurisprudence égyptienne ne fait pas égard à la théorie de la fraude à la loi dans cet exemple en raison de l'existence d'un texte précis de la *sunna* dans lequel le Prophète affirme que celui qui déclare la profession de foi est musulman ; on ne cherche donc pas les motifs de sa conversion. Cette règle relève de l'ordre public en Égypte⁸⁹.

27- En somme, la nouvelle Constitution sonne le glas de l'unité législative en Iraq en matière de statut personnel⁹⁰. Celui-ci se déterminera en fonction de l'appartenance confessionnelle des personnes. Le système se révèle extrêmement complexe compte tenu de la diversité des statuts due au grand nombre de religions représentées dans la population. Le système iraquien se rattache dorénavant à la famille des systèmes « complexes », le pluralisme étant, ici, à base confessionnelle, comme d'ailleurs il peut être d'ordre ethnique, territoriale ou autre⁹¹. Au delà de l'influence que le principe de la personnalité des lois exerce sur le droit interne, son impact sur le droit international privé n'est pas moins si remarquable.

⁸⁹ RIAD et SADEK, *op. cit.*, p. 75.

⁹⁰ Quoique que cette unité législative ne concernait jusqu'alors que les musulmans ; les communautés non-musulmanes ayant toujours conservées leur autonomie en la matière.

⁹¹ La plupart des Iraquiens sont arabes, mais le pays compte aussi de nombreux autres groupes ethniques, le plus important étant celui des Kurdes, qui représentent plus de 20 % de la population, et dont la terre d'origine est la chaîne du Zagros. Parmi les autres minorités figurent Turkmènes, Assyriens, Arméniens, Farsis, Lurs, Juifs, Yézidis et Mandéens. Sur la mosaïque multiethnique et multiconfessionnelle de l'Iraq : Cf. <http://www.tlfq.ulaval.ca/axl/asie/irak.htm>.



Principe de la personnalité des lois et droit de la famille en Iraq

(Approche comparative des droits iraquien et égyptien)

Part 2

Harith Al Dabbagh

Maitre-assistant à la Faculté de droit de Mossoul (Iraq)

ATER à la Faculté de droit de Saint-Étienne (France)

Abstract

Le principe de la personnalité des lois, impliquant la soumission de l'individu à loi de sa confession, a accompagné la naissance du système juridique en Islam. Ce principe connaît aujourd'hui une résurrection surprenante en matière de droit de la famille, au nom du respect de la liberté religieuse et des droits des minorités. Revêtant une valeur constitutionnelle en vertu de la nouvelle Constitution iraquienne de 2005, il fait désormais obstacle à toute unification du droit en la matière. Par le pluralisme juridique qu'il commande, la personnalité des lois annonce la disparition imminente du Code unifié du statut personnel, ce qui risque d'engendrer une insécurité juridique et mettrait en péril la cohésion nationale. De surcroît, les conséquences de ce système franchissent les frontières de l'ordre interne pour influencer sur les relations privées internationales. La méthode du conflit de lois a du s'adapter à la coexistence des statuts communautaires afin d'assurer la primauté du droit musulman. La présente contribution propose de retracer les effets de la personnalité des lois en droit interne iraquien et ses répercussions sur la sphère du droit international privé.

Keywords

Droit de la famille, Droit iraquien, Droit égyptien, Droit musulman, Pluralisme juridique, Nouvelle Constitution iraquienne, Communautés non-musulmanes, Statuts confessionnels, Conflits de lois, Personnalité des lois

II- Le principe de la personnalité des lois en droit international privé

28- Le droit international privé, pour reprendre l'éloquente définition donnée par Francescakis, est le « droit de la diversité du droit », c'est un

«instrument de rapprochement des peuples et des cultures»¹. Le droit international privé, en effet, trouve sa raison d'être dans la diversité des lois des États, ainsi que dans la nécessité, pour la communauté internationale, de trouver les solutions justes. Il recherche la coordination des lois en conflit et l'harmonie internationale des solutions tout en s'efforçant de respecter le pluralisme et la diversité culturelle².

29- L'histoire du droit international privé en Iraq est relativement récente. Pendant tout la période de l'État musulman, la tradition de la personnalité des lois a empêché l'émergence d'un système conflictuel. L'étranger non-musulman, à l'instar du *dhimmi*, échappait au droit musulman pour ce qui est de son statut familial³. Cette méthode personnaliste a trouvé sa concrétisation, entre le XVI^e et le XIX^e siècle, par le régime des capitulations⁴ qui impliquait la reconnaissance aux consuls étrangers d'un pouvoir juridictionnel pour connaître des litiges entre leurs ressortissants et appliquer, par conséquent, leurs propres lois au sein de l'Empire ottoman⁵. La norme religieuse, destinée aux fidèles d'une confession déterminée, peut difficilement être étendue à ceux qui n'en partagent pas la croyance. La naissance même des conflits de lois se trouvait donc paralysée. Certes, plusieurs systèmes juridiques cohabitaient sur un même territoire, mais il s'agissait d'une simple juxtaposition de systèmes totalement séparés.

¹ Ph. FRANCESCakis, «Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire indépendante», *R.C.A.D.I.*, 1964, Vol. 112, p. 269, n°90.

² Cf. Y. LEQUETTE, «Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar», *Recueil Dalloz*, p. 2202. L'auteur dénonce le projet comme étant une négation absolue du pluralisme existant.

³ J. DEPRez, «Droit international privé et conflit de civilisations: les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel – Aspects méthodologiques», *R.C.A.D.I.*, 1988-IV, t. 211, p. 45-46.

⁴ Ce régime garantissait aux étrangers la liberté d'établissement, de circulation, de commerce et surtout leur accordait l'immunité juridictionnelle. Le privilège accordé aux ressortissants des Etats européens était établi par différentes conventions; le plus célèbre de ces traités a été signé en 1740 par l'empereur ottoman et le roi de France, et reçu le nom de Grande Capitulation perpétuelle: (M. CHARAFI, *op.cit.*, p. 368). Pour plus de détails sur le régime capitulaire, Cf.: Ch. CARDAHI, *La conception et la pratique du droit international privé dans l'Islam (étude juridique et historique)*, Académie du droit international, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 71 et s.

⁵ Le tribunal consulaire compétent était celui du défendeur et ce tribunal appliquait sa propre loi. F. FITIAN, «*les conflits de lois dans l'espace*» (en arabe), *Revue Al-Qada*, Bagdad, n° 1 et 2, 1953, p. 24 et s.

Dans un tel système, le juge n'est pas un juge de conflit appelé à chercher la loi applicable au litige, mais un juge qui statue au nom de l'ordre juridique dont il applique nécessairement la loi⁶. Le conflit de lois est absorbé dans le conflit de juridictions.

Après l'indépendance, l'Iraq, comme les autres pays du Proche-Orient, a emprunté à l'Occident les méthodes et techniques de conflits de lois. Le Code civil iraquien, promulgué le 4 juin 1951, comporte dans ses articles 17 à 33 de nombreuses règles de droit international privé traitant de divers domaines du conflit de lois. L'ensemble de ces dispositions a été inspiré du projet préliminaire du Code civil égyptien⁷ qui les avait lui-même emprunté à un grand nombre de législations étrangères, en vigueur à la fin du XXI^e et au début du XX^e siècle⁸. Toutefois, l'adoption par les pays arabes du modèle conflictuel occidental ne clôt pas pour autant la tradition de la personnalité des lois dans ces pays, si du moins on considère que le maintien des statuts confessionnels dans l'ordre interne ou, en d'autres termes, l'absence en la matière d'un droit de la famille sécularisé et unifié, continue de poser en droit international privé des problèmes spécifiques. Dès lors, la réception de la méthode du droit international privé ne s'est pas réalisée de façon pure et simple ; celle-ci a dû être adaptée à la configuration économique et sociale du pays. Ceci est tout particulièrement perceptible dans les règles de conflit de lois en matière du droit de la famille.

30- Le droit international privé est avant tout le résultat de la projection du droit interne (ses règles, ses concepts) dans l'ordre international avec, bien entendu, tout ce qu'une projection peut avoir de déformant⁹. Ainsi,

⁶ J. DEPREZ, *op.cit.*, p. 47.

⁷ Cf. l'exposé des motifs du Code civil iraquien, § 13. Plusieurs législateurs arabes se sont inspirés des dispositions du Code égyptien (art. 10 à 28). Cf. articles 11 à 30 du C.civ. syrien ; 9 à 24 C.civ. algérien de 1975 ; 11 à 29 du C.civ. jordanien de 1976 ; 10 à 28 du C.civ. des Émirats Arabes Unis de 1985.

⁸ Parmi ces législations, on peut compter le Code allemand publié en 1896 (art 7-31), l'ancien code civil italien de l'année 1863, ainsi que le nouveau en 1938 et 1942 (art 17 à 31), le code civil suisse de 1891, le code autrichien de 1913, le code hispanique de 1888 et la loi polonaise de 1926. Cf. Les travaux préliminaires du code civil égyptien. Cf. également : A. SALAMA, « Cinquante années de règlement des conflits de lois en Egypte : nécessité d'évolution et de spécialisation », in *Actes du Congrès international du cinquantenaire du Code civil égyptien (1948-1998)*, Direction générale de la coopération internationale et culturelle, Egypte, 1998, p. 205 et s.

⁹ E. RALSER, *op.cit.*, p. 2550.

greffé sur le système iraquien, le système conflictuel occidental subit des infléchissements et des adaptations importantes dues à la tradition de la personnalité des lois et, corrélativement, au caractère religieux de l'ordre juridique. Nous avons vu qu'en Iraq, comme dans les autres pays du Proche-Orient, le droit interne de la famille est toujours marqué par le sceau du pluralisme et constitué dès lors par une multitude de lois confessionnelles. Le droit international privé subit fortement les conséquences de ce défaut de sécularisation et d'unification et se trouve pénétré des empreintes du pluralisme interne.

Cela étant, les solutions adoptées dans l'ordre interne en matière de statut personnel ont leurs répercussions dans le domaine du droit international privé. La tradition personaliste de l'Islam ne peut manquer d'imprégner les solutions des conflits de lois. Il convient, pour cerner l'influence du principe de la personnalité des lois sur le droit international privé, d'examiner, tout d'abord, son impact immédiat sur la construction des règles du conflit de lois (A) pour appréhender, ensuite, son incidence indirecte sur la mise en œuvre des règles de conflit (B).

A- L'impact de la personnalité des lois sur le mécanisme du conflit de lois

31- L'organisation pluraliste des statuts confessionnels dans l'ordre interne a marqué historiquement et continue d'influencer les solutions du droit international privé. Nous allons voir comment le facteur personaliste peut expliquer et fonder les règles de droit international privé en matière de statut personnel. Le droit international privé iraquien en la matière est caractérisé par un rattachement personaliste global (§1) et par un rejet catégorique de renvoi (§2).

§ 1 : Un rattachement personaliste et unitaire :

32- L'examen des règles de conflit de lois eu égard au statut personnel révèle deux particularités afférentes à la nature de rattachement et à son étendue.

D'abord, sur le plan du choix de l'élément de rattachement, l'ensemble des questions ayant trait au statut personnel est dominé par un rattachement personaliste. Dans ce domaine, la nationalité est le facteur de rattachement principal dont dépend la détermination de la loi applicable appelée « la loi personnelle ». Les législateurs iraquien et égyptien ont soumis l'ensemble des questions de statut personnel de façon générale à la loi nationale des personnes concernées.

Le droit de la famille constitue un ensemble législatif obéissant à une loi unique. Ainsi, la capacité est régie par la loi nationale de l'intéressé¹⁰; les règles de fond en matière d'administration légale, de tutelle, de curatelle et d'autres institutions protectrices des incapables et des absents seront également déterminées par la loi nationale de la personne à protéger¹¹. Les conditions de fond du mariage seront régies par la loi nationale de chacun des deux conjoints¹²; les effets du mariage, y compris ceux qui concernent le patrimoine, seront soumis à la loi nationale du mari, au moment de la conclusion du mariage¹³; la loi applicable en matière de dissolution du mariage est la loi nationale du mari au moment du divorce ou au moment de l'acte introductif d'instance¹⁴. En matière de successions, c'est la loi nationale du *de cuius* au moment du décès qui sera applicable¹⁵; les testaments et autres dispositions à cause de mort seront régis par la loi nationale du testateur ou du disposant au moment du décès¹⁶. De la lecture de ces articles, il apparaît avec évidence que la loi nationale de l'étranger est déclarée compétente précisément dans les matières habituellement regroupées sous le terme de statut personnel. Il en résulte que l'application de la loi nationale dans les matières du droit de la famille revêt le caractère d'un principe.

33- C'est le facteur religieux qui explique en effet l'adoption des rattachements exclusivement personnels dans le domaine du droit de la famille. En Iraq, comme dans les autres pays du Proche-Orient, le pluralisme des statuts personnels empêche de retenir de rattachements territoriaux, notamment celui du domicile. D'une part, il paraît inconcevable de faire échapper le national du for, domicilié à l'étranger, à l'emprise de la loi religieuse qui lui est normalement applicable. D'autre part, le recours au domicile suppose un droit laïcisé et unifié qui puisse être étendu aux étrangers. Comment appliquer la loi du domicile – loi religieuse du for – à l'étranger domicilié dans le pays du for, en l'absence d'une législation unifiée en matière de statut personnel ? Même si cela est techniquement

¹⁰ Art. 18-1 C.civ.i.rq.; art. 11-1 C.civ.ég.

¹¹ Art. 20 C.civ.i.rq.; art 16 C.civ.ég.

¹² Art. 19-1 C.civ.i.rq.; art 12 C.civ.ég.

¹³ Art. 19-2 C.civ.i.rq.; art 13-1 C.civ.ég.

¹⁴ Art. 19-3 C.civ. i.rq.; art 13-2 C.civ.ég.

¹⁵ Art. 22 C.civ.i.rq.; art 17-1 C.civ.ég.

¹⁶ Art. 23-1 C.civ.i.rq.; art 17-1 C.civ.ég.

possible dans les États confessionnels, du fait de la prééminence du droit musulman, ce droit reste inadapté pour régir le statut personnel des étrangers qui ne sont pas ses destinataires¹⁷. Le droit musulman de la famille est trop spécifique pour être applicable aux étrangers. Un français établi en Iraq ne s'adapte pas aux mœurs musulmanes et souffrirait dans tous ses intérêts si sa personne et sa famille étaient régies par le droit musulman. D'ailleurs, l'application de la loi du domicile se concilie fort mal avec le principe de la personnalité des lois qui y est en vigueur et qui se traduit par l'application en un même lieu de lois différentes aux divers groupes religieux. Cela étant, la seule solution, libérale et juste, au problème des conflits de loi est d'appliquer aux étrangers leurs lois nationales. Cela va à l'opposé des systèmes européens où il existe à propos de rapports familiaux mixtes une tendance croissante en faveur d'un rattachement à la loi de la résidence habituelle¹⁸.

On sait que le rattachement à la nationalité a principalement été fondé sur un argument que l'on peut qualifier d'affectif : les lois d'un État reflètent une certaine mentalité, à laquelle les nationaux sont en principe attachés¹⁹. Cet argument a été mis en avant par l'École italienne de la personnalité des lois, dont Mancini (1817-1888) fut la tête de proue. Elle justifiait l'extension de la loi nationale aux nationaux en prétendant que les lois – reflets des mœurs, de la race et des traditions nationales – conviennent naturellement aux nationaux pour qui elles sont faites²⁰. L'appartenance à une nation donnée, exprimée par le lien de nationalité, ne devait pas seulement déterminer le statut politique des individus mais aussi leur statut civil. La thèse développée par Mancini dans le cadre, il est vrai, bien particulier de l'Italie et d'un contexte historique, reflète assez bien ce lien entre le statut personnel et le tempérament national, l'appartenance à un peuple, à une culture. Cette thèse semble avoir séduit le législateur iraquien²¹. Le

¹⁷ M.-C. NAJIM, « Religion et droit international privé de la famille dans les pays du Proche-Orient », Colloque d'Université Saint-Joseph de Beyrouth, mai 2000.

¹⁸ F. BOULANGER, *Droit civil de la famille*, t.1, Dalloz, 1990, p. 100; J. DEPRez, *Cours préc.*, p.151 et s.

¹⁹ P. AUDIT, *Droit international privé*, 3^e éd., Economica, 2000, p. 118.

²⁰ Mancini prétendra que les lois des États ne doivent pas être le produit arbitraire d'une souveraineté territoriale, elles doivent être faites pour les sujets en vue des sujets. Cf. pour les arguments en faveur du rattachement à la loi nationale : Y. LOUSSOURN, P. BOUREL et P. De VAREILLES-SOMMIERE, *Droit international privé*, 8^e éd., Dalloz, 2004, p. 103 et 197-198.

²¹ La doctrine égyptienne de droit international privé renvoie explicitement aux

rattachement par la nationalité dans les relations internationales prolonge ainsi le rattachement par la confession dans les conflits internes. Il manifeste la persistance de la tradition personaliste dans les États du Proche-Orient, à une époque pourtant, où la loi du domicile et celle de la résidence connaissent un développement important dans les solutions nationales et les conventions internationales.

34- Ensuite, le caractère religieux du statut personnel en droit interne conditionne l'étendue de la catégorie de rattachement en droit international privé. Il est logique que les matières soumises en droit interne aux seuls droits confessionnels soient celles qui en droit international privé constituent le « statut personnel » régi par la loi nationale. Le législateur iraquien a ainsi adopté une conception extensive de ce terme. Le statut personnel ne couvre pas seulement l'état, la capacité, les relations de famille (mariage, divorce, naissance, parenté, garde, pension), mais aussi le droit patrimonial de la famille : régimes matrimoniaux, successions et testaments. Les successions et testaments attestent l'emprise de la loi personnelle. Quant aux régimes matrimoniaux, ils relèvent de cette même loi au titre des effets du mariage. C'est principalement sur ces deux terrains, au carrefour du droit de la famille et du droit du patrimoine, que se concrétise la conception élargie du statut personnel, par opposition à l'acception plus restreinte qui prévaut dans certains systèmes européens²². Cette évolution extensive est due au caractère religieux de la notion de statut personnel dans les pays du Proche-Orient. Ainsi, la réglementation, dans le Coran, des successions et des testaments, a conduit à attacher ces institutions à la foi, et donc, à justifier l'extension du domaine du statut personnel, d'autant plus que le législateur a toujours eu du mal à légiférer dans ces matières, par crainte de heurter les susceptibilités religieuses.

En adoptant cette méthode globale, le législateur a été animé par le souci de préserver la cohésion et l'homogénéité du statut de la famille légitime. Ce même souci avait fondé les orientations de la jurisprudence française au lendemain de la seconde guerre mondiale. La solution établie par la jurisprudence Rivière²³ et ses prolongements cherchaient à assurer l'unité

influences de Mancini. Cf. E. ABDALLAH, « La philosophie du législateur égyptien en matière de conflit des lois », *L'Égypte Contemporaine*, n° 320, avril 1970, p. 162.

²² K. ELGEDDAWY, *op.cit.*, n° 128 et s ; M. CHARFI, *Cours préc.*, p. 404.

²³ Cass.civ. 17 avril 1953, *RCDIP* 1953, p. 412, note H. BATIFFOL.

de ce statut²⁴. Cette jurisprudence a été remise en cause en France par les réformes de la filiation de 1972 et du divorce de 1975 ainsi que par les conventions internationales en faveur du morcellement du statut personnel²⁵. Les systèmes iraquien et égyptien demeurent en revanche fidèles à la tendance unificatrice. On constate, notamment, que les effets du mariage et du divorce sont régis par une seule loi, à savoir la loi nationale du mari, et que son application a été étendue au régime des biens des époux. D'ailleurs, le rattachement à la loi nationale du mari, *au moment de la conclusion de l'union*, traduit ce souci du législateur. Cette extension de l'application de la loi ancienne aux effets du mariage postérieurs au changement de la nationalité des époux, préserve la stabilité de son statut. Elle évite que celui-ci soit fractionné entre plusieurs lois difficiles à accorder en raison du caractère exclusif des droits confessionnels.

C'est donc à juste titre qu'une partie de la doctrine a mis l'accent sur l'existence, en droit musulman, d'une tendance à adopter une approche unitaire, globale, indivisible, des institutions incluses dans le statut personnel, ce qui interdirait en droit international privé le démembrement de celles-ci, leur éclatement en rattachements diversifiés²⁶. Cette tendance unificatrice globale reflète la prédominance de la conception personnaliste du droit à laquelle les États du Proche-Orient sont traditionnellement attachés : « La nationalité commande le rattachement du statut personnel dans les relations internationales, de même que la confession le commande dans les relations internes »²⁷. Cette indivisibilité de l'institution sous l'empire de la loi qui la régit trouverait son explication dans le caractère religieux des statuts, qui impliquerait par hypothèse l'incompétence de toute autre

²⁴ Cette unité, lorsque les époux se trouvaient de nationalité différente, était réalisée par le recours à la loi du domicile. Applicable aux effets du mariage et au divorce, celle-ci avait été étendue progressivement par la Cour de cassation, à l'obligation alimentaire entre époux (Cass.civ. 19 févr. 1963, *RCDIP*, 1963, p. 559, note G.H.) , au désaveu de paternité (Cass. civ. 4 nov. 1958, *RCDIP*, 1959, p. 503 note FRANCESKAKIS) et à la légitimation (Cass. civ. 8 juill. 1969, *RCDIP*, 1971, p. 255, note WEILL).

²⁵ P. GANNAGE, « Regards sur le droit international privé des États du Proche-Orient », *R.I.D.C.*, 2-2000, p. 422.

²⁶ Le principe est clairement posé en Tunisie par l'article premier du décret du 12 juillet 1956 modifié par le décret du 24 juin 1957 et la loi du 27 septembre 1957 qui dispose que « les étrangers sont régis en ce qui concerne leur statut personnel par leur loi nationale ». Cf. M. LESCURE, « L'évolution du système tunisien des conflits de lois », *RCDIP*, 1959, p. 31.

²⁷ P. GANNAGE, *art. préc.*, p. 423.

loi pour gouverner l'institution, ne fût-ce que sur un point particulier ou limité. Les difficultés de la cohabitation du droit religieux, notamment la Charia, avec des droits laïcisés extérieurs rendent, en effet, nécessaire la soumission des divers éléments du droit de la famille à une seule loi et s'accroissent difficilement du morcellement. Un tel morcellement est, en revanche, couramment admis par la plupart des systèmes de conflits occidentaux dont certains multiplient les rattachements spécialisés au sein d'une même institution: la loi qui régit le mariage ne s'applique pas nécessairement à la filiation légitime et à l'autorité parentale; le régime des biens des époux est souvent sollicité par la loi d'autonomie, alors que les successions subissent l'attraction de la loi réelle²⁸.

L'indivisibilité du régime est donc la conséquence du caractère religieux du droit, dont la vocation est universelle et qui ne souffre pas le partage, la cohabitation avec d'autres²⁹.

§ 2: *Le rejet de renvoi:*

35- Le problème du renvoi se pose chaque fois que l'État étranger dont la loi est désignée par la règle de conflit donne compétence à une autre loi, qui peut être soit la loi du for, soit une loi tierce, pour régler le litige³⁰. Prenons l'exemple de la détermination de la capacité d'un Anglais domicilié en Iraq. Tandis que la règle de conflit du droit iraquien désigne la loi nationale (la loi anglaise), la règle de rattachement anglaise soumet la question à la loi de domicile et désigne donc la loi iraquienne en l'occurrence. On peut se demander s'il faut tenir compte du refus opposé par la règle de conflit, anglaise, et appliquer la loi qu'elle désigne c'est-à-dire accepter le renvoi, ou le rejeter en appliquant la règle matérielle de la loi anglaise parce que notre règle de conflit la désigne. Sur ce point, le droit iraquien a connu une évolution.

Avant la promulgation du Code civil, la question du renvoi n'avait pas été réglementée par le législateur en règle générale, mais traitée dans des textes spéciaux. La loi du statut personnel des étrangers n°78-1931 l'a admis explicitement dans l'article 1^{er} en prévoyant que « la loi personnelle est la loi de l'État dont la personne est ressortissant ou la loi dont cette

²⁸ V., par exemple, pour les règles applicables par les juridictions françaises: M.-L. NIBOYET et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, L.G.D.J., 2007, p. 8 et s.

²⁹ Cf. J. DEPRESZ, *op.cit.*, p. 66.; P. GANNAGE, *Cours préc.*, p. 365.

³⁰ P. MAYER et V. HEUZE, *op.cit.*, p. 158.

dernière ordonne l'application ». Le législateur autorisait ainsi le recours au renvoi dans les questions de statut personnel.

Dans cet ordre d'idées, la jurisprudence iraquienne a admis le renvoi dans l'affaire d'une fille anglaise âgée de douze ans, domiciliée avec sa mère en Iraq. La fille ayant épousé un Iraquien, la mère avait saisi le juge pour faire annuler son mariage en raison de son incapacité. Elle a été déboutée aux motifs que « la loi applicable concernant la capacité d'une personne est la loi nationale ou la loi indiquée par cette dernière. Dans la mesure où la fille est de nationalité britannique, la loi applicable est la loi anglaise mais cette loi prévoit expressément que la capacité d'un anglais est soumise à la loi de son domicile. Attendu que la fille est domiciliée en Iraq, la loi iraquienne est alors applicable ». Le tribunal a ainsi fini par valider le mariage³¹.

C'est justement pour éviter ce genre de résultats aberrants que le Code civil iraquien est venu interdire le renvoi. L'article 31 est formel: « En cas de référence à une loi étrangère, ce sont les dispositions matérielles qui doivent être appliquées à l'exclusion de celles du droit international privé ». De surcroît, l'article 1381-3 de ce même Code a abrogé l'article 1^{er} susvisé du Code du statut personnel des étrangers n°78-1931. Ainsi, dorénavant, le renvoi se trouve catégoriquement rejeté en droit iraquien afin d'éviter l'application intempestive du statut musulman à des personnes totalement étrangères à l'Islam.

36- Pour le renvoi de premier degré (renvoi à la loi du for), ce refus se justifie en effet par le fait que le renvoi suppose un minimum de parenté entre les droits qu'il cherche à coordonner, or, en matière de statut personnel, il n'y a aucun lien entre les systèmes occidentaux laïcisés et le système pluraliste et confessionnel iraquien. Cette solution manifeste le refus de soumettre à une loi religieuse des personnes à qui cette loi ne s'adresse pas, celle-ci pouvant difficilement être étendue aux étrangers dans les matières du statut personnel. Dès lors, il serait inopportun que la loi iraquienne accepte la compétence que lui attribue la loi étrangère, car on ne peut pas appliquer aux étrangers le droit de la famille iraquien imprégné du droit musulman³².

³¹ Cela conformément à l'article 986 du *Medjellé* (Code civil ottoman) qui était alors en vigueur et qui fixait à neuf ans la capacité de mariage pour la femme. Tribunal de matières personnelles 2 avril 1952 cité par M. NASRALLAH, *Les principes du droit international privé irakien de commerce* (en arabe), Bagdad, 1962, p. 79.

³² Il est significatif de noter que la solution a été expressément consacrée dans le nouveau code tunisien de droit international privé, alors même que le droit tunisien, largement

Cet argument justifie, certes, l'exclusion du renvoi de premier degré à la loi du for, mais elle n'explique en rien le rejet du renvoi de second degré là où un autre droit étranger devrait s'appliquer. Manifestant une possibilité de communication des systèmes juridiques, le renvoi pourrait être admis lorsqu'il joue entre deux lois étrangères dont les conceptions ne sont pas trop éloignées l'une de l'autre. Dès lors, l'exclusion du renvoi ne doit pas être systématique. Ainsi, on a pu reprocher au droit iraquien une rigidité excessive qui ne permet pas au juge d'utiliser le renvoi lorsque celui-ci favorise l'harmonie internationale des solutions par la voie d'une coordination des règles de conflit des États étrangers³³. Dans cette hypothèse, le droit confessionnel du for ne se trouve pas directement en cause³⁴. Il est donc souhaitable que le juge puisse recourir à la théorie du renvoi quand son application permet de réaliser la plus juste conciliation des impératifs en présence et s'il s'avère que la loi indiquée par la règle de conflit n'est que faiblement reliée à l'affaire.

B- *L'incidence de la personnalité des lois sur la mise en œuvre des règles de conflit*

37- Les règles de rattachement iraquiennes, aux techniques abstraites et apparemment neutres, peuvent ressembler au modèle classique universel; mais l'essentiel se trouve souvent dans la philosophie qui inspire l'interprétation, dans les politiques jurisprudentielles et les courants doctrinaux qui sous-tendent les solutions et qui n'apparaissent pas toujours dans les motivations.

laïcisé, aurait pu envisager à travers le renvoi une coordination avec les droits étrangers. La solution montre en tout cas que le droit musulman, même modernisé, semble trop spécifique pour être étendu aux non-musulmans. Pour le nouveau code, V°, M. EL-ARBI HACHEM, « *Le code tunisien de droit international privé* », *RCDIP*, 1999, p. 227 et v. le texte du code p. 382 et s.

³³ A. KARAM, « le conflit international des règles concernant les régimes matrimoniaux » (en arabe), *Revue Al-Qada*, Bagdad, n° 1-4, 1981, p. 402-403. Des auteurs égyptiens plaident pour une attitude plus flexible permettant le renvoi au bénéfice de la partie musulmane dans les questions relatives au statut personnel. Cf. A. SALAMA, *art. préc.*, p. 212.

³⁴ P. GANNAGE, *art. préc.*, p. 426. Prenons l'exemple d'un français qui décède laissant des immeuble en Belgique et dont la succession s'ouvre en Iraq, rien ne devrait empêcher le juge iraquien d'appliquer la loi belge à laquelle renvoie la loi française, la loi nationale du défunt. L'harmonie des solutions sera ainsi réalisée par l'application d'une même loi dans les trois pays. La loi confessionnelle du for n'est pas ici en cause puisque le renvoi s'effectue d'un droit laïcisé à un autre droit laïcisé.

La démonstration suivante nous permettra de voir comment ce facteur personnaliste à base religieuse, même lorsqu'il n'apparaît pas de manière immédiate dans les règles, peut se réintroduire de manière plus indirecte à travers des mécanismes dont il détourne alors la fonction habituelle. La résurgence du principe de la personnalité des lois, qui trouve ici sa justification dans la conception communautaire et religieuse des statuts personnels, peut dès lors se constater à travers les règles concernant le privilège de nationalité (§1) et l'ordre public (§2).

§ 1 – *Le privilège de nationalité:*

38- Le Code civil iraquien, comme celui des autres États du Proche-Orient, présente les règles de conflit bilatérales comme étant le principe; ces règles peuvent donc conduire indifféremment à l'application de la loi du for ou de la loi étrangère. Par ailleurs, ces codes adoptent le rattachement par la nationalité, lien juridique essentiellement laïc et dénué de toute appartenance religieuse. L'adoption, dans ces États, de codes de la nationalité modernes, sans couleur religieuse, avait déjà constitué une véritable rupture par rapport au droit musulman. Cela signifie, en effet, que les non nationaux sont des étrangers même s'ils sont musulmans.

39- Nous avons remarqué plus haut que le principe qui règne en matière de mariage, est l'application de la loi de nationalité de l'intéressé. Cependant, le désir du législateur d'assurer l'application des lois religieuses aux Iraquiens, même dans leurs relations internationales, l'a conduit à adopter un procédé unilatéraliste pour étendre l'application de ses lois dans le champ des relations familiales. Ainsi, dérogeant à la méthode bilatérale savignienne de conflit de lois³⁵, l'article 19-5 du Code civil consacre une exception générale à l'application de la loi nationale selon laquelle «... si l'un des deux conjoints est Iraquien au moment de la conclusion du mariage, la loi iraquienne sera seule applicable».

Ce privilège de nationalité a été établi pour toutes les matières incluses sous l'article 19, à savoir le mariage, ses effets, le divorce, la filiation et les rapports entre parent et enfant. Le droit iraquien devient nécessairement applicable dès lors que l'un des conjoints est Iraquien au moment de la

³⁵ On sait que la théorie de Savigny a été conçue pour régir le conflit entre des systèmes juridiques liés par une civilisation commune (le christianisme et le droit romain), or le droit international privé met aujourd'hui en cause des droits appartenant à des civilisations différentes.

conclusion du mariage. En matière de mariage, tributaire en Iraq des données religieuses, ce procédé unilatéraliste garantit l'application du droit confessionnel aux Iraquiens. Dès lors, il est impossible de faire échapper le national du for, domicilié à l'étranger, à l'emprise de la loi religieuse qui lui est normalement applicable. La même règle est retenue en Égypte³⁶. Toutefois, le texte iraquien a une portée plus étendue que celle du droit égyptien car ce dernier n'établit ce privilège que pour le mariage, ses effets et le divorce.

40- En effet, la méthode de la règle de conflit bilatérale a été conçue par Savigny pour une communauté juridique issue de la tradition romaine et d'influence chrétienne. Cela devait aboutir à l'harmonie et à la prévisibilité des solutions, chaque État étant censé raisonner de la même façon et adopter des règles de conflit semblables. Or, cette méthode d'inspiration universaliste ne tient compte, finalement, que des systèmes européens et supposait une inspiration commune. Or, nous savons très bien qu'entre le Nord et le Sud, l'Ouest et l'Est, les divergences peuvent être grandes, notamment, en matière de relations familiales³⁷. La méthode unilatéraliste serait donc plus respectueuse de la souveraineté étrangère, des particularismes de chaque État. Elle est, toutefois, empreinte d'un certain nationalisme au détriment d'une meilleure coordination des solutions.

D'ailleurs, les règles de conflit unilatérales et inégalitaires ne sont pas le propre des États confessionnels. Évoquons simplement l'article 309 du code civil français qui consacre une compétence législative exorbitante de la *lex fori*³⁸. Toutefois, l'unilatéralisme, ici, poursuit un autre objectif. Il est au service de certaines politiques législatives visant à soumettre à la loi française les immigrants domiciliés en France. Il devait, notamment, permettre aux étrangers vivant en France de divorcer, à l'époque où leur loi nationale interdisait le divorce³⁹. Dès lors, l'extension de l'application de la loi française ne résulte pas, en l'occurrence, d'un privilège de nationalité. Elle est obtenue par l'utilisation de deux éléments de rattachement, la

³⁶ Article 14 du C.civ.ég.

³⁷ P. GANNAGE, *op.cit.*, p. 419.

³⁸ L'article 309, anciennement 310 du Code civil français, conduit à l'application de la loi française au divorce d'époux, qui, bien que de nationalité étrangère, sont tous deux domiciliés en France. S'ils ont effectivement leur domicile en France, le droit français s'applique. V. P. FRANCESKAKIS, «Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international», *RCDIP*, 1975, p. 553 et s.

³⁹ Cf. MAYER et HEUZE, *op.cit.*, p. 86 et spéc. p. 417-419.

nationalité et le domicile, l'un ou l'autre, quand ils sont communs aux époux, conduisant à cette application.

41- En réalité, présenté formellement comme la consécration d'un privilège de nationalité, l'article 19-5 du Code civil iraquien camoufle un privilège de religion. Car en l'absence d'un droit laïque unifié, le droit iraquien applicable dès lors qu'un des époux est Iraquien est forcément le droit confessionnel. Le pluralisme statutaire à base confessionnelle, en vigueur dans l'ordre interne, est ainsi réintroduit dans l'ordre international.

On aurait pu penser, en effet, que le but d'un privilège de nationalité est de favoriser le justiciable national dans un conflit mixte. Un exemple simple permet de vérifier le contraire. Si le conflit oppose un mari iraquien à une femme étrangère, le droit iraquien est déjà compétent par simple application de la règle de conflit ; le privilège est de toute façon inutile. Mais, si le conflit oppose une femme iraquienne et un mari étranger, et si la loi nationale du mari est une loi laïque qui prône l'égalité des époux, le privilège de nationalité aboutit ici à priver la femme iraquienne des dispositions favorables de la loi étrangère. Le privilège se retourne, donc, contre la partie iraquienne. Ceci démontre qu'en réalité le but de ce privilège n'est pas de protéger les nationaux mais simplement de satisfaire un intérêt politique, la fidélité à la tradition islamique, laquelle consacre l'application du droit musulman dans les conflits mixtes⁴⁰.

Dès lors, entre le privilège de nationalité et le privilège de religion, la filiation est évidente. Sous la formulation neutre de la préférence due au statut national s'exprime une règle millénaire de la tradition islamique qui a toujours soumis au droit musulman les relations entre musulmans et non-musulmans⁴¹. Cette vieille tradition du droit musulman, initialement conçue pour les conflits interpersonnels entre musulmans et *dhimmis*, a été tout naturellement appliquée à la solution des conflits de statut personnel entre musulmans et étrangers non-musulman. Les travaux préparatoires de l'article 14 du Code civil égyptien, qui fut à l'origine de l'article 19-5 du Code civil iraquien, justifient le privilège de nationalité par le souci du législateur de faire prévaloir le droit se réclamant de l'Islam, en soumettant les rapports mixtes à la charia. Selon le rapport du Sénat égyptien, l'article en question fut introduit ultérieurement par le Comité des affaires législatives

⁴⁰ M. CHARFI, *op. cit.*, p. 415.

⁴¹ J. DEPREZ, *op.cit.*, p. 121.

afin que les règles du droit de la famille égyptien, dont la charia est le droit commun, soient dûment prises en considération⁴².

L'étude de la jurisprudence égyptienne permet d'ailleurs de vérifier que le privilège de nationalité a été appliqué comme un privilège de religion. Dans le cas du mariage entre un Égyptien non-musulman et une personne étrangère elle aussi non-musulmane mais d'une autre confession, l'article 14 du Code civil égyptien aurait normalement dû conduire à l'application du statut confessionnel (non-musulman) de l'époux égyptien. Or, les tribunaux ont appliqué dans ce cas le statut musulman, par transposition pure et simple de la solution des conflits interpersonnels dans l'ordre interne⁴³. Si l'application de la charia au mariage entre les Égyptiens non-musulmans qui appartiennent à des rites différents est une solution critiquable sur le plan interne, elle est encore plus critiquable dans les relations internationales. D'ailleurs, un cas semblable aurait conduit en droit iraquien à l'application de la loi confessionnelle de la communauté à laquelle appartient le mari conformément aux règles de conflit interne iraquiennes.

42- On a pu, à juste titre, reprocher à l'article 19-5 de faire double emploi avec l'article 32, qui prévoit l'éviction de la loi étrangère si elle est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs en Iraq. L'objectif de protection du système du for aurait pu être atteint, et avec plus de souplesse, par la voie de l'ordre public. Celui-ci permettrait d'exclure non pas *a priori* toutes les lois étrangères, mais au cas par cas, celles qui heurtent les principes fondamentaux de l'ordre juridique iraquien. La loi étrangère ne devrait donc pas être évincée du seul fait qu'elle contredit une règle impérative du droit iraquien, et plus particulièrement, du seul fait qu'elle est contraire à la loi musulmane⁴⁴. La méthode préserve le relativisme et la tolérance du droit international privé car on a commencé par désigner la loi étrangère et en examiner la teneur, avant de l'écarter. L'égalité est donc préservée au départ; seule l'application de la loi au cas concret est jugée choquante. Le privilège de nationalité est regrettable parce qu'il est systématique.

⁴² Travaux préparatoires du Code civil égyptien (en arabe), t.I, le Caire, p. 250-260. Pour consacrer le privilège de nationalité les rédacteurs se sont inspirés de l'article 109 de la loi hongroise de 1894 relative au mariage.

⁴³ Trib. du Caire, 26 février 1952, *Rev. égypt. dr. intern.* 1953, p. 154; Cass. égypt. 17 novembre 1960, *Recueil des arrêts de la Cour de cassation*, 15^{ème} année, p. 583.

⁴⁴ H. SADEK, « Regards critiques sur les textes de conflit de lois quant à leur position dans le Code civil égyptien », in *Actes du Congrès international du cinquantenaire du Code civil égyptien (1948-1998)*, Direction générale de la coopération internationale et culturelle, Égypte, 1998, p. 194, n° 15.

En effet, persister à appliquer systématiquement le droit iraquien aux mariages mixtes chaque fois que l'un des époux est Iraquien devient une aberration. Le privilège de nationalité repose sur un critère dépourvu d'objectivité et contraire à l'esprit du droit international privé contemporain. Ce privilège au bénéfice du justiciable iraquien conduit à un repli excessif sur des valeurs nationales au détriment de l'harmonie internationale, surtout en présence de circonstances concordantes prouvant son attachement à un pays étranger. Prenons le cas d'un Iraquien qui épouse une française et qui acquiert par la suite la nationalité de sa femme. Résidant désormais en France et partageant la nationalité de son épouse il devient réellement et socialement intégré dans le pays de sa nouvelle nationalité et se soumet volontairement à ses lois.

§ 2 – *L'ordre public* :

43- L'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit est habituellement exclue si elle se trouve contraire à l'ordre public international. L'article 32 du Code civil iraquien consacre le principe en prévoyant que « l'application des dispositions de la loi étrangère désignée en vertu des règles précédentes sera exclue si elles se révèlent contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁴⁵ en Iraq »⁴⁶.

L'ordre public traduit l'éloignement trop accentué des systèmes juridiques en contact avec une même situation juridique internationale. Cet écart entre les droits confessionnels et les droits laïcisés est aujourd'hui très marqué dans le domaine du droit de la famille.

44- La différence entre le contenu d'une règle impérative du for et celui de la règle du droit étranger compétente, n'est pas toujours une raison satisfaisante en elle-même pour exclure cette dernière au nom de l'ordre

⁴⁵ La référence aux bonnes mœurs ne doit pas induire en erreur. Les rédacteurs semblent avoir été influencés par l'article 6 du Code civil français où l'ordre public est associé aux bonnes mœurs. En droit international privé, ces deux termes ne peuvent être ramenés qu'à un seul.

⁴⁶ Dans d'autres pays arabes, la règle est formulée autrement : la loi étrangère doit être écartée quand elle est « contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou à la charia (le droit musulman) » (Cf. art. 27 du C.civ. des Émirats Arabes Unis, art 35 du C.civ. yéménite, art. 113 du second projet de Code civil arabe unifié). Cela aboutirait à l'éviction de toute loi étrangère différente des règles matérielles de droit musulman. Ce résultat est d'autant plus absurde que le droit musulman lui même laisse une large place à la loi étrangère dans les procès opposant des étrangers. Cf. M. CHARFI, *op.cit.*, p. 416-417.

public. Cette constatation est d'une importance primordiale dans le domaine du statut personnel des étrangers où l'ordre public joue un rôle très modéré, malgré l'aspect strictement impératif des règles régissant le statut personnel en droit interne. Cela est dû à l'absence d'unité législative en droit de la famille. Le droit iraquien en la matière est composé de plusieurs systèmes juridiques internes, ce qui permet d'appliquer les lois étrangères dans ce domaine, alors même que ces lois ont un contenu différent du Code du statut personnel considéré comme étant le droit commun de la famille.

Force est de constater que la jurisprudence dans les États musulmans témoigne d'un grand libéralisme envers la loi étrangère. Malgré sa vocation universelle, l'Islam, n'a pas cédé à « l'impérialisme idéologique » et n'impose pas son modèle familial aux étrangers. Dans les rapports entre étrangers, la loi étrangère est accueillie très largement, même si elle s'oppose aux conceptions fondamentales de l'Islam⁴⁷.

La doctrine considère d'une manière générale que l'ordre public dans les systèmes confessionnels est moins actif, moins virulent qu'il ne l'est ou n'a pu l'être dans maints systèmes occidentaux⁴⁸. M. Charfi fait remarquer que, contrairement au juge occidental qui compare constamment la loi étrangère avec sa propre loi et ne tolère guère de divergence avec les principes fondamentaux de son propre système législatif, « le juge musulman ne se croit pas autorisé à imposer ses conceptions aux non-musulmans [...] En dehors des cas de conflits mixtes où un musulman est partie au procès, le juge est très libéral en ce sens qu'il est disposé à appliquer et faire respecter toutes les lois étrangères pratiquement sans restrictions »⁴⁹. Pour M. Charfi, cette tendance trouverait son origine dans le fait que « le juge musulman [...] par définition admet les autres religions (chrétienne et israélite) et les autres civilisations telles qu'elles sont [...] ». Le juge moderne est l'héritier du cadi de l'Islam. Or, le cadi a toujours toléré l'existence de juridictions parallèle à la sienne et appliquent leurs propres droits en terre d'Islam⁵⁰. Étendre le droit musulman à des non-musulmans, même à travers l'appel

⁴⁷ M. CHARFI, « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », *R.C.A.D.I.*, 1987, III, p. 321, spéc. p. 350 et s. ; J. DEPPEZ, *op.cit.*, p. 19, spéc. p. 43 et s.

⁴⁸ M. CHARFI, *op.cit.*, p. 404 : l'auteur évoque le « libéralisme excessif » et la « démission » du juge musulman face à la loi étrangère, p. 406 et 407. Cf. également : J. DEPPEZ, *op.cit.*, p. 79.

⁴⁹ M. CHARFI, *op.cit.*, p. 404.

⁵⁰ *Ibid.*

occasionnel à l'ordre public, ce serait le faire sortir de son rôle, l'appliquer à d'autres que ses destinataires naturels.

La coexistence donc, en Iraq, de plusieurs statuts juridiques internes différents régissant le mariage est une raison suffisante pour adopter une position moins rigide envers les lois étrangères applicable en matière de statut personnel. C'est donc bien, la conception classique, personnaliste, communautaire et religieuse qui explique, ici, la modération de l'ordre public⁵¹. La jurisprudence iraquienne, à cet égard, est assez mal connue. On rechercherait en vain des applications de la notion d'ordre public dans les litiges opposants des étrangers entre eux. Cette carence traduit, vraisemblablement, une attitude assez tolérante voire laxiste des tribunaux envers la loi étrangère⁵².

45- En revanche, l'ordre public reprend un rôle revigoré comme moyen d'éviction de la loi étrangère compétente en matière du statut personnel, dès que l'une des parties étrangères au moins est musulmane. La jurisprudence égyptienne est favorable à l'application du droit musulman aux étrangers de confession musulmane sans égard à leur loi nationale normalement compétente. La solution a été appliquée aux étrangers musulmans, et ce, même s'ils sont ressortissants d'États laïques soumis d'après leur loi nationale à un statut civil (ex: Turcs). Ainsi, la Cour de cassation égyptienne a décidé que pour la succession d'un *de cuius* musulman de nationalité française, l'égalité entre les héritiers des deux sexes prévue par le droit français était contraire à l'ordre public⁵³. De même, la jurisprudence a décidé la nullité du mariage entre une musulmane et un chrétien, bien que la loi étrangère de leur nationalité commune valide leur lien conjugal⁵⁴. L'extension de la solution aux étrangers est plus grave lorsqu'il s'agit du statut personnel familial que lorsqu'il s'agit du statut personnel individuel, car le droit musulman se trouve alors applicable, même à l'autre partie au procès qui n'est ni nationale du for ni musulmane.

La jurisprudence égyptienne s'appuie sur l'ordre public pour substituer, en bloc, la loi musulmane du for à la loi nationale. L'application de sa loi civile à un étranger musulman serait, en terre d'Islam, contraire aux principes fondamentaux du for et à l'idée qu'un musulman est nécessairement régi par la loi islamique⁵⁵. C'est le principe de la protection des intérêts des

⁵¹ DEPREZ, *op.cit.*, p. 84.

⁵² H. SADEK, *Droit international privé* (en arabe), 2^e éd., Alexandrie, Égypte, p. 503.

⁵³ Cass. égypt. 27 mai 1964, *Rec.*, 15^{ème} année, t.2, p. 227.

⁵⁴ V., la jurisprudence citée par: F. RIAD et H. SADEK, *op.cit.*, p. 83.

⁵⁵ DEPREZ, *op.cit.*, p. 134.

musulmans, même de nationalité étrangère, en matière de statut personnel⁵⁶. La notion d'ordre public emprunte, donc, une coloration subjective et religieuse : elle impose l'application du droit musulman, dès lors qu'une des parties est musulmane. L'intervention de l'ordre public est davantage liée ici à la confession des plaideurs (élément de rattachement) qu'à la teneur de la loi étrangère évincée (élément matériel)⁵⁷ : une même disposition pourra être accueillie ou rejetée selon la confession des parties. La notion même d'ordre public est altérée, elle revêt le caractère d'une loi d'application immédiate fondée sur un critère religieux.

L'ordre public n'est plus un obstacle exceptionnel à l'application de la loi étrangère compétente ; il supprime le principe même de l'application de cette loi et se transforme en un véritable élément de rattachement. Alors que la règle de conflit désigne la loi nationale de l'étranger, et non sa loi religieuse, la jurisprudence égyptienne aboutit à détruire tout le système conflictuel égyptien. Cette rigidité est inhérente aux systèmes imprégnés de religion et contraste de manière frappante avec le libéralisme des solutions lorsque le litige concerne des étrangers non-musulmans.

Au demeurant, l'ordre public est mise en œuvre comme moyen d'éviction des lois étrangères compétentes, en matière de statut personnel en Égypte, si l'une des parties étrangères au moins est un musulman⁵⁸. Auquel cas, le juge statue en définitive, comme si l'affaire était de pur droit interne, faisant totalement abstraction de l'élément d'extranéité que constitue la nationalité étrangère de l'autre partie. Il raisonne en dehors de tout système conflictuel. L'étranger musulman n'est pas considéré comme un étranger mais comme un musulman. Il suffit alors qu'un étranger se déclare musulman ou se convertisse à l'islam pour pouvoir éluder l'application de sa loi nationale et se voir appliquer le droit musulman. Cette jurisprudence est d'autant plus critiquable que le droit égyptien tient compte du changement de religion d'une partie en cours d'instance, s'il s'agit d'une conversion à l'islam. C'est ainsi que des étrangers convertis à l'Islam ont été admis

⁵⁶ F. RIAD et H. SADEK, *op.cit.*, p. 74.

⁵⁷ P. GANNAGE, « Vers un ordre public personnel dans le droit international privé de la famille (Solutions françaises et proche-orientales) », in *Mélanges L. BOYER*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 209.

⁵⁸ C'est pourquoi la jurisprudence égyptienne a décidé la nullité du mariage entre une musulmane et un chrétien, même si la loi étrangère de leur nationalité commune valide leur lien conjugal. Cf. F. RIAD et H. SADEK, *op.cit.*, p. 74.

à utiliser la polygamie, la répudiation⁵⁹. Pourtant ces institutions, simples tolérances de la loi, peuvent difficilement être regardées comme des principes fondamentaux de l'Islam. Comment y voir alors un élément constitutif de l'ordre public musulman? Plusieurs auteurs ont proposé, à juste titre, d'introduire une différenciation à cet égard et de limiter le jeu de l'ordre public aux seules prescriptions essentielles du droit musulman⁶⁰.

Il est à noter que les solutions adoptées par la jurisprudence égyptienne ne sont pas valables en Iraq. L'article 33 du Code de procédure civile indique clairement que les musulmans étrangers relèvent de la compétence de la juridiction civile, et non pas de la juridiction religieuse (Tribunal du statut personnel), dès lors que la loi applicable dans leurs pays est une loi civile laïcisée. Cela revient à exclure, en l'occurrence, l'application du droit musulman. Le juge civil ne tiendra compte que de la loi nationale, abstraction faite de la religion de l'intéressé. Ainsi, les Turcs musulmans mais dont la loi nationale est totalement laïque, relèvent de la compétence du Tribunal de première instance et se voient appliquer le droit positif turc, et non pas le droit musulman⁶¹.

46- En somme, la « philosophie personnaliste pénètre l'interprétation judiciaire et inspire la manière dont sont conçus et utilisés les mécanismes fondamentaux »⁶² de conflit de loi en droit iraquien. En matière de statut personnel, les règles de conflit iraquiennes retiennent comme point de rattachement principal la nationalité des parties concernées. Ainsi, pour éviter l'application du droit religieux, notamment la charia, aux étrangers, le législateur iraquien a retenu un rattachement personnel et a refusé le renvoi. Il a établi un privilège de nationalité pour garantir l'application du statut religieux à l'Iraquien domicilié à l'étranger. Ceci est le legs essentiel du système personnaliste qui perdure encore aujourd'hui en Iraq, comme dans tous les pays du Proche-Orient où existent des communautés non-musulmanes.

⁵⁹ A. K. ELGEDDAWY, *op.cit.*, p. 137.

⁶⁰ Y. LINANT DE BELLEFONDS, *La jurisprudence égyptienne et les conflits de lois en matière de statut personnel*, J. 1960, p. 842.

⁶¹ En revanche, si la loi nationale de l'étranger est le droit musulman, l'instance relève alors de la compétence du Tribunal du statut personnel – la juridiction musulmane – et non de la juridiction civile. Cf. S. MOUBARAK et A. AL-NADDAOUI, *Procédure civile* (en arabe), Presses de l'Université de Bagdad, 1984, p. 67-77; A. AL-NADDAOUI, *op.cit.*, p. 67. Cf. également l'article 2-2 de la loi sur le statut personnel des étrangers n°78 année 1931.

⁶² J. DEPREZ, *R.C.A.D.I.*, *op.cit.*, p. 32.

Conclusion

47- Le principe de la personnalité des lois reflète l'influence de l'identité culturelle sur le droit. Il s'agit de conférer un effet juridique à l'appartenance de l'individu. Ce principe, exclu en Occident puisque la sécularisation du droit positif correspond à une civilisation cosmopolite qui néglige le particularisme des groupes, continue à irriguer le droit de la famille dans le monde arabo-musulman. Le statut personnel est généralement perçu, dans ces pays, comme domaine intimement lié aux mœurs, aux mentalités, à la culture et à la civilisation de chaque peuple, communauté ou nation. Ceci est peut-être plus avéré lorsque le statut est lié à la religion. Historiquement, la personnalité des statuts apparaît comme un aspect, parmi d'autres, de la condition particulière faite en Islam aux communautés non-musulmanes. Liées à l'autorité musulmane par un pacte de *dhimma* qui leur assure protection et tolérance, les communautés de *dhimmis* ont conservé tout au long de l'histoire une certaine autonomie, spécialement en matière d'institutions familiales.

48- La diversité communautaire à base confessionnelle subsiste encore aujourd'hui dans la société iraquienne et continue à se traduire sur le plan du statut personnel. Le mouvement de codification du statut personnel en Iraq ne revêt pas ainsi les mêmes aspects à l'égard des musulmans et des non-musulmans. La législation dans le droit de la famille, d'inspiration musulmane, limite son empire aux musulmans et cohabite avec les droits religieux applicables aux non-musulmans. La pluralité des statuts dans l'ordre interne se projette sur le plan international et influence les solutions de conflit de lois.

Cette continuité de la personnalité des lois en matière de statut personnel tend, d'ailleurs, à se renforcer après l'occupation de l'Iraq. La nouvelle constitution iraquienne confère au principe de la personnalité des lois une valeur constitutionnelle en tant que « liberté » permettant à chaque citoyen de suivre, en matière de statut personnel, la loi de sa religion, confession, rite ou croyance. Cette sacralisation de la personnalité des lois annonce la disparition imminente du Code unifié concernant les musulmans; ceux-ci pourront dorénavant invoquer le respect de leurs rites.

49- Le principe de la personnalité des lois va, dès lors, à l'encontre de toute idée de codification et d'unification. Les deux notions sont naturellement antinomiques. Que peut-on penser de cette imbrication du principe de la personnalité des lois en matière du droit de la famille iraquien ?

Nous croyons que la nécessité de rompre aujourd'hui avec le système personnaliste s'impose avec acuité en Irak. L'unité législative ne devra pas

être sacrifiée sur l'autel de la liberté religieuse, sous peine de méconnaître le principe de l'égalité devant la loi de tous les citoyens et de compromettre la cohésion sociale. Il convient, dès lors, d'entreprendre une unification générale des dispositions de statut personnel. Il ne s'agit pas, comme certains l'ont préconisé⁶³, d'élaborer un code particulier aux non-musulmans, à côté du Code de statut personnel de 1959, propre aux musulmans. Tous les Irakiens devraient être soumis à un même code effectivement civil et fondé, non point sur des dispositions spécifiquement religieuses (musulmanes, chrétiennes ou judaïques) mais sur un ensemble de valeurs familiales communes que la société irakienne contemporaine serait décidée à promouvoir dans un esprit de large tolérance. Atteindre cet objectif commande de passer par la laïcisation du statut personnel comme ce fut le cas en Turquie.

C'est une codification inspirée par la raison et l'expérience que nous appelons ardemment de nos vœux : une législation irakienne transcendant le clivage religieux.

⁶³ E. HIDAIA, « Un avis sur le projet du code de statut personnel pour les chrétiens d'Irak », <http://www.bakhdida.com/Letters/EliasHadaya.htm>, consulté le 14 févr. 2008.