

## **La civilisation islamique et le droit international.**

**Yadh Ben Achour,**

professeur à l'Université de Carthage, ancien doyen de la facultés des sciences juridiques, membre de l'Institut de droit international.

La civilisation constitue la synthèse la plus vaste d'un groupe social donné. Elle englobe la culture et les arts, la religion, la vie politique et celle de l'Etat, l'esprit civique majoritaire, les mœurs, les modes de production, le système juridique, les sciences, les œuvres de l'esprit.

La civilisation ne se confond ni avec un Etat ni avec un territoire. Elle peut englober plusieurs Etats (la civilisation occidentale), plusieurs langues ou même plusieurs religions (la civilisation indienne) ou bien, au contraire, se limiter à une seule langue (la civilisation arabe) ou une seule religion (la civilisation islamique).

Dans la définition d'une civilisation un facteur déterminant va servir de critère : ce peut être le critère linguistique, territorial, étatique, religieux, ethnique ou racial. La civilisation islamique est définie par les autres et se définit elle-même par le critère religieux. Elle englobe par conséquent toutes les cultures, tous les Etats, toutes les sociétés qui partagent en commun des conceptions métaphysiques et un culte se réclamant d'une religion monothéiste qui est l'islam et dont on connaît la genèse et le développement historique<sup>1</sup>.

Comment comprendre et traiter un sujet sur la civilisation islamique et le droit international ? Pour le faire, plusieurs écueils doivent être évités, notamment de considérer la civilisation islamique, comme un phénomène au dessus du temps, ou d'être animé par les démarches laudatives ou agressives.

La civilisation islamique est changeante et ses positions sur le droit international ne peuvent pas être les mêmes au cours de l'histoire. Par ailleurs, une étude sérieuse ne peut ni être guidée par le désir de faire de l'islam le lieu de toutes les vertus, ni de le charger de tous les vices. De nombreuses recherches veulent nous persuader que la civilisation islamique classique est fondatrice en matière de droits de l'Homme, de droit de la paix, de droit des traités ou de droit humanitaire. D'autres veulent nous convaincre, au contraire, que l'islam est et sera toujours l'adepte de l'esclavage, de la violence, et du totalitarisme. Ces démarches essentialistes sont erronées, subjectives et dangereuses.

Une autre difficulté de taille nous fait face. Pour traiter notre sujet, il faut savoir qui parle au nom d'une civilisation. Une civilisation est représentée tout d'abord par les Etats qui la composent, ensuite par les organisations internationales représentatives de cette civilisation. Mais il ne faut pas s'arrêter là. En effet, des personnalités éminentes du monde de la culture, des partis de masse, des organisations non gouvernementales, peuvent fort bien exprimer les

---

<sup>1</sup> Sur ces questions, Yadh Ben achour, *Le rôle des civilisations dans le système international, Droit et relations internationales*. Bruylant, et éditions de l'université de Bruxelles, 2003.

idées et les points de vue d'une civilisation. Ainsi, la civilisation islamique s'exprime tout d'abord par la voie de ses différents Etats composants. Elle dispose également d'une organisation internationale constituée par l'ensemble de ces Etats, l'Organisation de la Conférence islamique<sup>2</sup>, enfin elle s'exprime par des personnages de notoriété publique internationale appartenant à la civilisation islamique ou par des partis de masse dominant les terrains politiques nationaux aussi bien que la scène internationale.

Si l'on veut sérieusement s'interroger sur les points de vue de la civilisation islamique sur le droit international, il ne faut pas exclure les acteurs qui nous dérangent et sélectionner ceux qui nous arrangent. Ben Laden est un terroriste dangereux et nuisible. Mais, ce point de vue n'a pas, sur le plan de l'efficacité, plus de valeur que le sien. Que cela plaise ou déplaise, il représente une part de civilisation islamique, autant que les manifestants qui, en 1979, ont envahi l'ambassade des Etats-unis à Téhéran et retenu son personnel en otages, en violation des règles élémentaires du droit international général. Ne pas en tenir compte, c'est agir en idéologue et non pas en homme de science.

À ce niveau, déjà, nous pouvons constater que l'attitude de la civilisation islamique face au droit international est une attitude éclatée et contradictoire.

La plupart des Etats, ainsi que l'Organisation de la conférence islamique, adhèrent au droit international dans son ordre global, sa structure et ses procédures. Comme on a pu l'écrire : "Au plan politique et idéologique, l'ordre international est marqué par la domination sans partage des valeurs du libéralisme politique et de ses trois piliers : démocratie, droits de l'Homme et état de droit. Il est important de préciser que ce modèle n'est officiellement et publiquement contestée en son principe que par très peu d'Etats et de mouvements politiques"<sup>3</sup>.

Cependant, s'agissant du droit international matériel, en particulier celui qui est relatif aux droits civils et politiques et aux droits de l'Homme, les Etats et l'Organisation de la conférence islamique éprouvent des difficultés réelles avec la substance du droit international, public ou privé. Les autres acteurs représentatifs de la civilisation islamique divergent profondément. Certains admettent l'ordre international sans aucune réserve, d'autres le rejettent radicalement parce qu'ils le considèrent comme un ordre impérial de domination et d'injustice, d'autres expriment des attitudes ambiguës où se mêlent l'adhésion et le rejet.

---

<sup>2</sup> L'Organisation de la conférence islamique, créée au premier sommet de Rabat en septembre 1969, suite à l'incendie de la mosquée Al Aqsâ de Jérusalem, est donc un regroupement civilisationnel d'Etats, une organisation intergouvernementale entre pays musulmans. Ces derniers n'ont pas été définis. Il existe au sein de l'organisation des Etats entièrement musulmans, mais il existe également des pays majoritairement ou même partiellement musulmans. L'Organisation de la conférence islamique compte aujourd'hui cinquante-sept Etats.

<sup>3</sup> Slim Laghmani, : "Le nouvel ordre politique international et son impact sur le droit international", in, Slim Laghmani, Ghazi Ghraïri, Salwa Hamrouni, *Affaires et documents de droit international*, C.P.U., Tunis, 2005, p.10.

## I- La civilisation islamique et l'ordre général du droit international.

### -A-

Une première observation s'impose : les Etats islamiques ont définitivement rompu avec la doctrine classique et traditionnelle du droit international, telle qu'elle a été élaborée au moyen-âge par les générations successives des grands juristes de l'islam, comme Shaïbani<sup>4</sup>, Mawardi<sup>5</sup>, Ibn Taymiya<sup>6</sup>.

Cette conception avait été construite autour de quelques concepts fondamentaux : *l'ummah* (communauté globale des croyants) porteuse d'un message divin à l'humanité tout entière, en particulier par la voie du *fath* (conquêtes territoriales, ouverture du monde à l'islam) et du *Jihâd* (combat au service de la cause religieuse). Il s'en suit par conséquent une sorte de topographie juridique qui divise le monde en cercle de l'identité, l'ummah, cercle des alliances en paix conventionnelle avec l'islam (**dar a sulh**) et cercle de l'hostilité et de la guerre (**dar al harb**). Le sort de la guerre, de la paix et des échanges humains et commerciaux était régi par un droit des traités (**'uhûd**) qui réglait le sort des trêves, des rançons, des droits de passage inoffensif et des sauf-conduits, des taxes et droits de douane. Ce droit des traités était régi par le principe du respect des engagements mainte fois consacré par le texte coranique<sup>7</sup>. Le droit des minorités en terre d'Islam était réglé par les règles de la *dhimma*, qui accordait aux sujets non musulmans la protection de leur culte, et de leurs biens, en contrepartie du paiement d'un impôt, la *jizia*<sup>8</sup>. Les fondateurs de la théorie juridique islamique classique ont également élaboré une théorie de la guerre et du droit humanitaire, pour régler le sort des prisonniers et celui des populations non combattantes<sup>9</sup>. Cette conception du droit international a été abandonnée par la force des choses et des événements du monde contemporain.

Cependant, la civilisation islamique reste encore partiellement attachée à sa philosophie politique traditionnelle et au statut de la loi religieuse (shari'a), ce qui explique certaines réticences à l'égard du droit international que nous analyserons par la suite.

---

<sup>4</sup> L'auteur du traité sur la conduite de l'Etat (749-805). « *Le grand livre de la conduite de l'Etat* », traduction française Muhammad Hammidumllah, Ankara, 1989.

<sup>5</sup> Auteur du traité de droit public islamique (974-1058). « *Les statuts gouvernementaux* », traduction française Fagnan, Jourdan, Alger, 1915.

<sup>6</sup> Auteur encyclopédique du 13<sup>ème</sup> siècle (1263-1328).

<sup>7</sup> Coran, Sourate de la Génisse, verset 177. Sourate de l'Ascension, Verset 34.

<sup>8</sup> A. Fattal, *Le Statut légal des non-musulmans en pays d'islam*, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1958. Y. Ben Achour, « Ummah islamique et droits des minorités », Mélanges M. Charfi, C.P.U., Tunis, 2001. Draz, « Le droit international public et l'islam », Revue égyptienne de droit international public, 1949.

<sup>9</sup> Ammeur Zemmali, *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique et en droit international humanitaire*, thèse de doctorat, Faculté de droit de Genève, 1993.

Malgré les percées de la philosophie rationaliste, et de la théologie fondée sur la raison et le libre arbitre<sup>10</sup>, il reste que la pensée qui a dominé et domine aujourd'hui encore l'ensemble de l'islam et qui est devenue la pensée majoritaire des croyants, tourne autour des conceptions déterministes, dans lesquelles la souveraineté de Dieu est inconditionnée et absolue et la liberté de l'Homme, autant que sa raison, inconsistante et faible. Dans cette philosophie, la nature de l'Homme est conçue à la fois comme corrompue et perfectible. Le mal (fasâd) qui a valu à l'homme sa chute dans l'univers terrestre continue à produire ses effets. En effet, il va détruire et désinstaller l'ordre de l'univers voulu par Dieu. Mais ce dernier n'abandonne pas l'homme, il le guide tout au long de l'histoire du monde, jusqu'au jour dernier. Jusqu'à la survenance de ce jour, par conséquent, l'ordre de l'univers devra être constamment restauré. Et cette restauration aura lieu par la révélation, le droit, et la violence restauratrice irréprochable. Cette violence punitive et restauratrice s'exercera aussi bien par la volonté de Dieu, agissant directement sur le cycle des événements, que par la volonté de l'homme et du pouvoir redressant les torts, réprimant les transgressions, sanctionnant les injustices.<sup>11</sup>

Si on tentait de résumer la philosophie politique de l'islam par trois mots, on choisirait volontiers les trois métaphores coraniques du Livre (**kitâb**), de la Balance (**mîzân**) et du Fer (**hadîd**). Le Livre représente la révélation, c'est-à-dire l'ensemble des prescriptions et ordres que Dieu a révélés aux hommes afin de les guider dans leur vie terrestre, les soulager de leurs maux, et les tirer de leur égarement. La Balance représente le symbole universel de la justice et du droit. Quant au Fer, il est le signe de la violence et de la contrainte, mais d'une violence éducative, légitime, destinée à combattre les effets dévastateurs du mal humain sur l'ordre divin. Ces trois métaphores sont condensés dans le verset 25 de la Sourate du Fer : "Nous avons envoyé nos prophètes avec des preuves, nous fîmes descendre avec eux le Livre et la Balance, pour que les hommes accomplissent la justice. Nous fîmes également descendre le Fer, dans lequel il y a grande violence, et bienfaisance pour les hommes<sup>12</sup>" Ce verset résume la philosophie politique la plus généralement partagée par l'ensemble des croyants en islam.

La vie humaine, par suite de l'inconsistance de la raison humaine et de sa faible capacité de discerner le bien absolu, dépend d'un Texte, le Coran, qui fixe la voie (**shari'a**), c'est-à-dire le droit. Ce droit issu de la volonté immuable de Dieu, est donc frappé du sceau de la parole divine, et se trouve par conséquent revêtu de la sacralité elle-même. C'est ce Texte qui fixe les critères pour maintenir la balance droite, autrement dit pour déterminer les principes et les

---

<sup>10</sup> Sur ses questions, S.Laghmani, *Eléments d'histoire de la philosophie du droit. Le discours fondateur du droit*. Tome premier, *La nature, la révélation et le droit*. CERES Production, Fondation nationale de la Recherche scientifique, 1993, p. 174 et ss. Et Tome deuxième, *La modernité, l'Etat et le droit*, Centre de publication universitaire, 1999.

<sup>11</sup> Y.Ben Achour, « Violence et politique en Islam », Lignes, Paris 1995, No 25, p 159. Rev. Tu. Dt., 1995, p. 23.

<sup>12</sup> Traduction personnelle.

règles de conduite que l'homme doit observer pour être un homme bon, juste, vertueux, aimé de Dieu. En cas d'inconduite, de violation des préceptes de droit et de justice fixés par le Texte, le fer, (« le Sabre », dira Ibn Taymiya), interviendra pour redresser les torts, réprimer les violations, réparer les injustices. Cela révèle une autre forme de violence sacrée, la violence punitive.

La société islamique étant fondée essentiellement sur l'allégeance par la foi, se trouve naturellement conduite à accepter une théorie ecclésiale et communautaire du lien politique. Les doctrines théologico-politiques constituées très tôt dans l'histoire de l'islam, ont élaboré une théorie spectrale de l'ordre politique dans laquelle la communauté des croyants, unie par le lien de la foi, et à ce titre quasiment infaillible, décide de ses affaires conformément au droit révélé, livre la guerre à l'incroyance et aux idoles, combat les dissidences et les schismes à l'intérieur de la communauté, sous la conduite d'un chef pieux, éclairé et sage, le **khalife**. Secoué dès le début de son existence par toutes sortes de dissidences, l'islam majoritaire va se barder d'une théorie radicalement hostile à la libre pensée et aux innovations blâmables (bid'a).

Les développements que nous venons de consacrer à la philosophie politique et sociale de l'Islam sont évidemment exagérément simplifiés. Ils expriment pourtant les plus grands dénominateurs communs entre tous les islams, dans leurs quinze siècles de profondeur historique, et dans l'immense extension de leur implantation géographique. Cela ne veut évidemment pas dire que ces conceptions expriment l'essence même de l'islam. Depuis le XIXe siècle, l'Islam est entré dans une phase historique grandiose et nouvelle, à la fois de conquête et d'échec, dans son face-à-face avec la modernité mondiale.

## -B-

Comme nous l'avons indiqué, les Etats islamiques adhèrent dans leur ensemble à la structure et aux normes du droit international public tel qu'il est défini aujourd'hui par ses textes constitutifs, la Charte des nations unies, le statut de la Cour internationale de justice, la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et celle de 1963 sur les relations consulaires, les pactes de 1966 sur les droits civils et politiques, économiques, sociaux et culturels.

L'idée est simple. Pour faire partie du monde, faire entendre sa voix, participer à la vie de la communauté internationale, il n'y a pas réellement de choix. Il faut se constituer en Etat, représenter un peuple ou une nation, être membre de l'Organisation des Nations Unies et de son système, adhérer au droit des traités internationaux, participer aux grandes conférences mondiales qui tentent de régler les problèmes généraux de la planète, partager un certain nombre de conceptions communes sur la souveraineté de l'Etat et ses limites, les procédures de représentation et d'échange dans les relations entre Etats, se soumettre à des codes juridiques conventionnels relatifs au droit de l'espace

aérien ou maritime, au droit diplomatique et consulaire, au transport transfrontalier etc. Pas un seul Etat au monde ne peut, aujourd'hui, échapper à ces impératifs catégoriques. En matière d'organisation des relations internationales la liberté de l'Etat est donc extrêmement restreinte. Si, au lendemain immédiat de la décolonisation, certains Etats, dans le sillage de la Conférence de Bandoung, ont critiqué les modes de formation du droit international moderne, aucun Etat n'a jamais remis en cause radicalement l'intégrité de l'édifice construit au cours des siècles. Il s'agit donc d'une adhésion sans véritable choix. C'est ainsi d'ailleurs que le monde, malgré ses divisions, ses conflits, ses anachronismes, ses archaïsmes, ses crises d'identité, marche toujours vers plus d'homogénéité et d'unité.

L'attitude de l'Iran dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéran*, jugée au fond par la Cour le 24 mai 1980 est tout à fait circonstancielle.

L'attitude de l'Iran dans cette affaire a été condamnée par la Cour internationale de justice, en tant que violation grave et manifeste des obligations impératives de l'Iran à l'égard des États-Unis. Pour condamner l'Iran, la Cour a distingué deux aspects.

Le premier est relatif à l'abstention du gouvernement iranien de protéger ou de porter secours au personnel diplomatique des Etats-Unis, gravement menacé par l'investissement de l'ambassade américaine par des groupes armés. Bien que l'attaque ne fut pas considérée par la Cour comme directement imputable au gouvernement iranien, ce dernier fut condamné pour son inaction, cette dernière étant incompatible avec ses obligations internationales découlant aussi bien des conventions internationales ratifiées par l'Iran que du droit international général<sup>13</sup>.

Le deuxième aspect concerne la caution apportée par le gouvernement iranien à la prise de l'ambassade et des consulats américains et le maintien des otages dans une situation précaire et dangereuse pour leur survie et leur sécurité. La Cour rappelle à ce propos que la plus haute autorité de l'Etat, ayatollah Khomeiny, avait encouragé, dans des déclarations publiques, le maintien de cette situation pour faire pression sur le gouvernement américain. À ce titre, les violations devenaient directement imputables à l'Etat iranien en tant que tel, ce qui leur donnait un caractère de gravité accentuée, comme le souligne la Cour (paragraphe 91 et 92)<sup>14</sup>. Attirant l'attention de la communauté internationale tout entière, y compris l'Iran, sur la gravité de ces violations, la Cour constate au paragraphe 92 de son arrêt : "Ces événements ne peuvent que saper à la base un édifice juridique patiemment construit par l'humanité au cours des siècles et dont la sauvegarde est essentielle pour la sécurité et le bien-être d'une communauté internationale aussi complexe que celle d'aujourd'hui, qui a plus que jamais

---

<sup>13</sup> C.I.J., 24 mai 1980, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Recueil, 1980, p. 29 à 33, § 57 à 68.

<sup>14</sup> Op. cit., p. 33 et s.

besoin du respect constant et scrupuleux des règles présidant au développement ordonné des relations entre ses membres."<sup>15</sup> Autrement dit, l'Iran n'engageait pas sa responsabilité exclusivement à l'égard des Etats Unis, mais, au delà, à l'égard de toute la communauté internationale, en violant une règle impérative du droit international général.

Cependant, les circonstances de cette affaire ne doivent être interprétées, ni comme significatives d'une attitude de principe de l'Etat iranien, ni, encore moins, de la civilisation islamique à l'égard du droit international diplomatique. Le gouvernement iranien les situait dans un contexte bien plus globale de conflits et de tensions entre les deux Etats qui remontait au coup d'Etat de 1953, appuyé par les États-Unis, contre le premier ministre Mossadegh et à l'accueil, en 1979, par les États-Unis du shah d'Iran en fuite. Pour le gouvernement iranien il s'agissait, en quelque sorte, de représailles.

Cette affaire serait encore moins significative d'une attitude d'ensemble de la civilisation islamique à l'égard du droit international général. La Cour n'avait d'ailleurs nullement l'intention de faire un tel procès à la civilisation islamique. Au contraire, la Cour prend soin de noter au paragraphe 86 de son arrêt du 24 mai 1980 : "Le principe de l'inviolabilité des personnes des agents diplomatiques et des locaux des missions diplomatiques est l'un des fondements mêmes de ce régime établi de longue date et à l'évolution duquel les traditions de l'Islam ont apporté une contribution substantielle"<sup>16</sup>. À ce propos, l'un des juges dissidents<sup>17</sup>, s'appuyant sur le cours prononcé par Ahmed Rehid à l'Académie de droit international en 1937 sur "l'Islam et le droit des gens"<sup>18</sup> rappelait l'attitude affable et respectueuse du Prophète à l'égard des envoyés des nations étrangères. Il faut par ailleurs rappeler, à ce propos, que l'organisation de la conférence islamique, par sa Charte, adhère sans réserve aux principes du droit international, notamment à la Charte de l'O.N.U<sup>19</sup>.

### -C-

Une remarque s'impose cependant : l'attitude des Etats musulmans ou de l'Organisation de la conférence islamique à l'égard du droit international n'est pas partagée par tous. Certaines tendances, certains partis, certaines personnalités du monde musulman, se référant à la fois à la pensée juridique classique, à la structure inégalitaire et inéquitable du droit international contemporain, à ce qu'ils regardent comme un complot ourdi contre la

---

<sup>15</sup> Op. cit., p.43.

<sup>16</sup> Op. cit, § 86, p. 40.

<sup>17</sup> Opinion dissidente du juge Tarazi, op. cit., p. 58 et s.

<sup>18</sup> Ahmed Rehid, "l'Islam et le droit des gens", R.C.A.D.I., 1937-II, t 60, p. 373.

<sup>19</sup> Les Etats, dans le préambule de la Charte, réaffirme « leur adhésion à la Charte des Nations et aux droits fondamentaux de l'homme dont les buts et principes constituent la base d'une coopération fructueuse entre tous les peuples ».

civilisation islamique par les grandes puissances coloniales relayées aujourd'hui par les États-Unis d'Amérique, notamment l'affaire palestinienne, remettent radicalement en cause la structure même du droit international, auquel il ne prête aucun crédit. *L'ummah* représente à leurs yeux une citadelle assiégée par des forces hostiles, qu'il faut défendre par tous moyens, y compris toutes les formes de violence. Pour eux, le droit international n'est qu'un paravent destiné à masquer et couvrir les menées subversives des puissances occidentales contre l'islam. Le monde est donc pris dans l'engrenage d'une guerre globale et généralisée et la vieille topographie juridique du monde reprend ses droits, *l'ummah* au centre, le *dâr al Harb* en face. Pour les partisans de cette tendance, le monde musulman doit faire face à la subversion, quel que soit le prix à payer.

C'est dans cette perspective que s'inscrit tout le problème du terrorisme international aujourd'hui. Il ne faut pas regarder le terrorisme d'un point de vue de petite moralité, naïve et bon-enfant, en le considérant exclusivement comme une expression pure de la barbarie, de l'anarchie et du mal. Pour le terroriste, comme pour toutes les forces morales, et elles sont nombreuses, qui le soutiennent expressément ou par approbation tacite, l'acte de terrorisme a plus de légitimité que les "dommages collatéraux" de la guerre étatique, ou que la deuxième invasion de l'Irak par les forces de la coalition, en violation de la légalité internationale, notamment les décisions du Conseil de sécurité, ou que la destruction des biens et des êtres en Palestine par l'armée israélienne. Ce qui est considéré comme acte de terrorisme pour les uns est considéré comme acte d'héroïsme pour les autres. Les partis islamistes radicaux, ainsi qu'une partie de l'opinion islamique pensent ainsi et n'accordent par conséquent aucun crédit au droit international.

L'antagonisme entre les tendances fondamentalistes qui existent dans la civilisation islamique d'aujourd'hui et le droit international a été parfaitement mis en lumière par l'affaire *Refah partisi contre République de Turquie*, jugée par la Cour européenne des droits de l'homme en 2001(3ème section) et en 2003, (Grande Chambre), à propos des partis politiques se réclamant de la religion islamique.

Bien que les opinions de la Cour européenne des droits de l'Homme ne représentent, comme le dit la Cour elle-même, que les principes de « *l'ordre public européen* », issu de la Convention européenne des droits de l'Homme, il nous semble que certaines positions de la Cour sont, toutefois, transposables au niveau universel. Il en est ainsi du principe d'égalité et de liberté de conscience et de religion, consacrés par le pacte de 1966 sur les droits civils et politiques. Il en est ainsi également du non recours à la force.

La dissolution du parti de la prospérité *Refah* a été prononcée par la Cour constitutionnelle turque en février 1998. Cette cour a également décidé la déchéance d'un certain nombre de dirigeants de ce parti de leur qualité de député. Quatre requêtes ont été portées devant la Cour contre la Turquie par le parti lui-



même, et par Necmettin Arbakan, l'ancien premier ministre turc, ainsi que par des députés déçus de leur mandats.

Les partis politiques se réclamant de dogmes, de préceptes, de valeurs morales, ou de normes juridiques à caractère religieux, ont une tendance naturelle à s'ingérer dans le fonctionnement des institutions et de la scène politiques, avec l'idée d'accéder au pouvoir et d'imposer à toute la société ce qui constitue à leurs yeux des certitudes irrécusables, des vérités transcendantes, non susceptibles d'être discutées et encore moins niées. Un parti politique étant un gouvernement en puissance ses opinions et attitudes peuvent d'autant plus aisément encore être considérées comme une "ingérence".

Le contrôle de cette ingérence va tout d'abord être mené au regard du principe de laïcité, principe irrécusable du droit régional européen. Cependant, comme ce principe ne peut être considéré comme un principe de droit international, nous l'écartons de notre analyse. En revanche, le principe d'égalité et celui de pluralisme des convictions et de non recours à la violence peuvent être retenus.<sup>20</sup>

Appliquant ces principes au cas du parti *Refah*, la Cour en arrive à l'appréciation de son idéologie. Cette idéologie est commune à tous les partis islamistes radicaux. Dans la longue histoire de l'islam, elle a été théorisée par de nombreux auteurs sunnites ou chiites et mise en pratique tout au long de cette histoire et jusque dans les temps actuels, comme le prouve l'expérience des Talibans en Afghanistan, ou du Soudan, de l'Arabie Saoudite, ou du Pakistan.

Dans ce cadre, la Cour va statuer sur un certain nombre de points importants de cette idéologie. Le premier concerne l'instauration d'un système multi-juridique conduisant à une discrimination fondée sur les croyances. Le deuxième est relatif à l'application de la shari'a, la loi islamique, en tant que droit positif de la société. Le troisième concerne le recours à la violence- le Jihâd- comme méthode politique.

Sur le premier point, comme nous l'avons déjà indiqué, il faut tout d'abord rappeler que le droit musulman a élaboré une doctrine juridique concernant les minorités religieuses monothéistes en terre d'Islam. Ce système est connu dans le droit musulman sous l'appellation de droit de la *dhimma*. Il a été pratiqué dans l'ensemble du monde musulman et en particulier sous les dynasties omeyyades de Syrie et de Cordoue, sous la dynastie abasside, et sur les territoires dépendant de l'empire ottoman<sup>21</sup>.

Il faut reconnaître que, malgré quelques dérapages, ce système a permis la cohabitation séculaire et paisible des multiples confessions chrétiennes et juives

---

<sup>20</sup> Ainsi, la Cour admet au § 95 de son arrêt (G.C.) que dans les universités laïques des mesures restrictives soient prises en vue d'empêcher "certains mouvements fondamentalistes religieux d'exercer une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas la religion en cause ou sur ceux adhérant à une autre religion".

<sup>21</sup> A. Fattal, *Le Statut légal des non-musulmans en pays d'islam*, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1958. Y. Ben Achour, « Ummah islamique et droits des minorités », Mélanges M. Charfi, C.P.U., Tunis, 2001.

avec l'islam.<sup>22</sup> Le système est conçu sur la base d'une séparation confessionnelle et juridique des communautés religieuses, chaque communauté conservant son droit, en particulier son droit familial, ses autorités représentatives et ses tribunaux. Ce système est encore appliqué dans certains Etats.

Cependant, quels que soient la valeur et les bienfaits de ce système dans l'histoire, il est indéniable qu'il va à l'encontre des principes de l'Etat moderne. Conçu historiquement comme un système d'autonomie des communautés religieuses, dans un monde où la religion dominait tous les aspects de la vie, il se trouve aujourd'hui en radicale opposition avec l'Etat moderne issu, il est vrai, de la civilisation occidentale. Cet Etat se pose théoriquement comme un Etat de citoyens égaux devant une loi unique.

Jugeant ce système, à partir de ce point de vue, la Chambre dans le paragraphe 70 de son arrêt le juge discriminatoire. Adhérant à cette opinion, la Grande chambre estime à son tour que le système multi-juridique supprime le rôle de l'Etat, en tant que garant des droits et libertés individuels et organisateur impartial des diverses convictions dans une société démocratique. Elle estime, par ailleurs, que le système enfreindrait indéniablement le principe de non discrimination, à cause du traitement inégal entre les justiciables en fonction de leur appartenance religieuse.

La Cour passe ensuite à l'analyse de la question relative à l'application de la loi islamique. Après avoir relevé les propos des dirigeants du parti qui donneraient une image d'un modèle de société théocratique, la Grande chambre affirme : «... Il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'Homme et de soutenir un régime fondé sur la charia, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment eu égard à ces règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses... Selon la Cour un parti politique dont l'action semble viser l'instauration de la charia dans un Etat partie à la Convention peut difficilement passer pour une association conforme à l'idéal démocratique sous-jacent à l'ensemble de la Convention."<sup>23</sup>

La Cour en vient ensuite à l'analyse des positions du parti *Refah* sur la question du recours à la force et en particulier sur l'utilisation de la notion de "*Jihad*" dans les discours de ses dirigeants. La Cour constate que dans l'ensemble des discours des dirigeants du *Refah*, l'éventualité et la possibilité d'avoir recours à la force ont été mentionnées.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> M. Abitbol, *Le passé d'une discorde, Juifs et arabes depuis le VIIe siècle*, Perrin, 1999 et 2003, coll. Tempus.

<sup>23</sup> Grande chambre, *Refah partisi*, précité, § 123.

<sup>24</sup> Au paragraphe 131 la Grande chambre fait sienne la position de la Chambre : "... s'il est vrai que les dirigeants du *Refah* n'ont pas appelés dans des documents gouvernementaux à l'usage de la force et de la violence comme moyen politique, ils ne se sont pas concrètement désolidarisés en temps utile des membres du *Refah* qui soutenait publiquement le recours potentiel à la force contre des politiques qui leur étaient défavorables. Dès lors, les dirigeants du *Refah* n'ont pas supprimé l'ambiguïté caractérisant cette déclaration quant à la possibilité de recourir aux méthodes violentes pour accéder au pouvoir et y rester."

Ainsi, pour la Cour, il se dégage de l'ensemble de l'analyse des trois griefs ci-dessus que la dissolution du *Refah ne* violait pas la Convention européenne des droits de l'Homme. En extrapolant nous pouvons affirmer que les partis islamistes radicaux, attachés à la philosophie juridique ancienne, partagent des points de vue hostiles au droit international.

## **II- La civilisation islamique et la matière du droit international.**

### **-A-**

Si tous les Etats reconnaissent l'ordre général du droit international, certains Etats musulmans, les moins laïcisés, éprouvent cependant des difficultés en ce qui concerne la matière ou la substance de ce droit international, notamment dans deux domaines particuliers, celui de la démocratie et des droits de l'Homme et celui du droit international privé de la famille. Sur ces deux points, ces Etats n'arrivent pas à rompre totalement avec les schémas de leur théorie juridique classique.

Estimant par exemple que la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 portait atteinte à certains préceptes et normes de l'islam, l'Arabie Saoudite refusera de signer cette déclaration. Pour les Etats qui restent attachés à l'ontologie islamique classique de l'homme et du droit, la Déclaration universelle des droits de l'Homme constitue, par certains aspects, une négation des droits de Dieu. L'autonomie du sujet, la liberté de conscience et de religion, la liberté de disposer de son corps, la liberté du sentiment esthétique, ne peuvent aller en parallèle avec l'éthique islamique classique. Sur ce plan, il peut y avoir un antagonisme entre cette lecture de l'islam et la modernité.

En effet, l'éthique islamique classique ainsi que ses conceptions juridiques fondamentales, s'opposent, sur les questions de l'homme et du droit, à la conception moderne. Il est vrai qu'il existe aujourd'hui dans le monde musulman, sous l'influence du réformisme apparu vers la moitié du 19<sup>e</sup> siècle, une conception ouverte et modernisée des conceptions morales et juridiques de l'islam. Pour arriver à ce résultat l'interprétation traditionnelle a dû être déconstruite et repensée par un mouvement intellectuel réformiste profond<sup>25</sup>. Mais, malgré cette rénovation de la pensée, l'interprétation traditionnelle conserve toujours sa vigueur et sert de référence à tous les mouvements islamistes radicaux, et aux Etats qui se réclament d'un islam pur et dur, comme l'Iran, l'Arabie Saoudite, le Pakistan, le Soudan. L'opposition entre

---

<sup>25</sup> Yadh Ben Achour, L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale, C.E.R.P., Tunis, 1980, préface Georges Burdeau.

l'interprétation traditionnelle et la conception moderne des droits de l'Homme ressort clairement de la déclaration faite par le représentant du gouvernement iranien en 1984, devant l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies au cours de sa 39<sup>e</sup> session : "La Déclaration universelle des droits de l'Homme qui illustre une conception laïque de la tradition judéo-chrétienne ne peut être appliqué par les musulmans et ne correspond nullement au système de valeurs reconnues par la République islamique d'Iran ; cette dernière ne peut hésiter à en violer les dispositions, puisqu'il lui faut choisir entre violer la loi divine du pays ou les conventions laïques."<sup>26</sup>

La civilisation islamique aujourd'hui, comme pour se distinguer de la civilisation occidentale, marquée par le laïcisme, le culte du sujet individuel, de l'originalité et des comportements hors normes, mais également pour des considérations tenant à la fois au développement économique et sociale, à l'esprit civique majoritaire, aux conceptions métaphysiques dominantes, n'est pas prête à admettre la philosophie des droits de l'Homme dans toutes ses dimensions. Pour rester dans les limites de cet article, retenons un seul exemple, celui qui est relatif à la liberté de conscience et de religion.

La civilisation islamique, et depuis toujours, n'a aucun mal à admettre la liberté des autres religions. En revanche, elle peine à admettre la liberté de conscience à l'intérieur même de l'islam. En effet, la règle admise par le système juridique ancien est la condamnation de l'apostasie, par la peine de mort, admise aussi bien pour l'apostasie individuelle que pour l'apostasie collective. Pourtant, cette règle n'a jamais été prévue par le Coran. Elle a été rattachée à une parole de moyenne autorité du Prophète d'après laquelle : "Celui qui change de religion, tuez le". La peine de mort pour apostasie est reconnue par un certain nombre d'Etats musulmans et a donné lieu à des affaires retentissantes sur le plan international, comme l'affaire Mohamed Mahmoud Taha exécuté au Soudan pour un ouvrage jugé attentatoire aux dogmes musulmans, Salman Rushdie, condamné pour un roman blasphématoire, ou Nasr Hamed Abou Zeïd, pourchassé par les tribunaux égyptiens pour une thèse scientifique critique sur la structure du texte coranique.

Les Déclarations de droits de l'homme produites par l'Organisation de la conférence islamique en 1979, 1981 et 1990, ou par le Conseil islamique d'Europe en 1980 et 1981 sont marquées par un attachement certain à l'interprétation traditionnelle<sup>27</sup>. C'est ainsi que la première déclaration de l'organisation de la conférence islamique en 1979 dispose en son article 29, après avoir reconnu la liberté de pensée : "toutefois le musulman a l'obligation personnelle de demeurer fidèle à l'islam dès lors qu'il y a adhéré en toute liberté." Quant à l'article 10 de la troisième déclaration de l'organisation de la conférence islamique de 1990, il prévoit que : "l'islam est la religion naturelle de

---

<sup>26</sup> Cité par Ali Mezghani, *Lieux et non-lieu de l'identité*, sud-édition, Tunis, 1998.

<sup>27</sup> Textes de ces déclarations dans Sami Abu Sahlieh, *Les musulmans face aux droits de l'homme*, Bochum, 1994, p. 461 et ss.

l'homme. Il n'est pas permis de soumettre ce dernier à une quelconque forme de pression ou de profiter de sa pauvreté ou de son ignorance pour le convertir à une autre religion ou à l'athéisme." Dans le meilleur des cas, ces déclarations restent ambiguës et aucune d'entre elles ne reconnaît la liberté de changer de religion.

## -B-

Les droits de la femme font partie de ces autres points d'accrocs entre la civilisation islamique et le droit internationale.

On peut dire que le droit de la famille exprime les valeurs, l'esprit civique, les mentalités collectives, les habitudes intellectuelles propres à une aire donnée de civilisation. Notre conception de l'autorité et du degré d'autonomie du sujet s'élabore au niveau de l'éducation de base. La famille patriarcale ne donnera pas les mêmes conceptions que la famille parentale. Les valeurs acquises au sein de la famille impliquent les couches profondes d'une civilisation, sa morale et ses mœurs, sa perception de la nature et des traits fondamentaux du système juridique. Comme l'écrit Jean Déprez : "C'est... un fait reconnu que le statut personnel est intimement lié au mœurs, aux mentalités, à la culture et à la civilisation de chaque peuple ou nation, voire de communauté plus vaste... Il plonge ses racines dans les profondeurs de l'âme populaire..."<sup>28</sup>

Par nécessité, le droit international privé reflète aussi bien la collaboration, les échanges, la coordination entre les civilisations, que leurs antagonismes et leurs conflits.

Sous ce jour, le système des conflits de lois est un système de régulation et de communication entre les civilisations. Cette communication se réalise également par les traités et conventions conclus entre les Etats pour résoudre des difficultés qui peuvent surgir dans les relations entre les membres de leurs communautés respectives. Cependant, par un autre côté, le droit international privé est le révélateur des affrontements et discordes entre les civilisations. Jean Déprez note encore à propos du rapport entre l'islam et l'Europe: "... la relation de droit international privé met ici en présence deux civilisations pour le moins antinomiques sinon antagonistes et qu'entre deux mondes aussi dissemblables, la coordination des systèmes juridiques...se révèle particulièrement difficile, spécialement en matière de statut personnel, domaine par excellence où s'affirme la spécificité de chaque peuple ou de toute autre communauté plus vaste telle que l'islam."<sup>29</sup>

Les antagonismes entre les civilisations à propos des droits familiaux et de la femme découlent en vérité des conceptions métaphysiques et philosophiques bien plus larges qui concernent l'ontologie de l'homme et

---

<sup>28</sup> J. Déprez, *Droit international privé et conflits de civilisations, Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, RCADI, 1988, tome IV, p 35.

<sup>29</sup> J. Déprez, *op cit*, p 19.

l'ontologie du droit. De ces ontologies résulte une certaine conception de l'Etat, c'est-à-dire en fait du rapport entre l'individu, la société et leur ciment politique unificateur, de même qu'une certaine conception des droits privés.

Dans la première partie, nous avons évoqué la société ecclésiale. Cette société partage une conception commune de l'amour et de l'autorité. L'exercice de l'autorité, que ce soit dans le cercle familial, dans celui de la société civile, dans celui du savoir et de la science, dans la sphère du culte, ou celle des combattants pour la foi, appartient à l'ordre viril. L'autorité est affaire masculine. S'agissant de l'amour, il s'inscrit dans la conception que nous avons déjà évoquée de l'ordre naturel. Ce dernier, par la volonté de Dieu souverain, tend à la conservation de toutes les espèces. Cette conservation est garantie par un acte naturel de procréation encouragé par l'extrême bonheur de la jouissance sexuelle. L'accouplement, par conséquent, s'inscrit dans le cycle biologique de la conservation des espèces. Il est entouré, en ce qui concerne la société humaine, d'un ensemble de rites et de procédures destinés à le sanctifier aussi bien aux yeux de la société, qu'au regard du divin. Il n'en conserve pas moins son caractère essentiellement biologique et naturaliste. Cette nature révélant une certaine hiérarchie entre le masculin et le féminin va naturellement déboucher sur un certain nombre de privilèges à caractère social et juridique au profit de l'homme. Cette nature révélant par ailleurs une certaine disposition de l'homme à plus de disponibilité sexuelle, le système des lois tolérera la multiplicité des liens conjugaux simultanés au profit de l'homme. Cette nature enfin, par les effets de sa force exubérante et explosive, constituant une perpétuelle source de dangers pour l'ordre social et de perte morale pour les individus, sera jugulée au niveau du droit par un ensemble de règles destinées à consacrer la séparation des sexes, hormis les liens institutionnalisés de la famille et du mariage.<sup>30</sup> La philosophie du droit familial en islam est la suivante : suivre la nature, autant que faire se peut, dans les limites du repos de l'ordre social et de la moralité individuelle; juguler la nature, lorsque celle-ci devient une menace pour l'ordre et la moralité.

Mais le véritable problème concerne le statut de la loi religieuse, la shari'a, en particulier dans le domaine du droit de la famille. Pour les musulmans non laïcs, c'est-à-dire l'immense majorité des musulmans, la shari'a n'a pas le statut de droit, mais de dogme. Le musulman majoritaire pense que l'homme dans la vie terrestre, étant fragile, indéterminé, ambitieux et cupide, ayant besoin de guidance, le droit sera donc fondé sur le principe de raison insuffisante. Quelle que soit sa fuite étonnante en dehors de son Texte, ce droit ne sera cependant pas détachable de ses sources religieuses. Les dispositions de la shari'a sont « péremptoires », pour reprendre l'expression de la réserve libyenne à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979.

---

<sup>30</sup> A. Bouhdiba, *La sexualité en Islam*, PUF, 1975. G.H Bousquet, *L'éthique sexuelle de l'Islam*, Maisonneuve et Larose, 1966.

C'est ainsi que le croyant majoritaire pense et vit sa loi. Pour ce croyant, la désobéissance à la loi constitue une désobéissance à Dieu. C'est là que nous atteignons le degré le plus intense de conflit entre les civilisations et leurs expressions juridiques : droit sécularisé face au droit ayant le statut de révélation.

Cette opposition fondamentale entre les systèmes, à propos de la nature et de la place de l'Etat et du droit, va se révéler au niveau de toutes les sous-catégories du droit privé, en particulier celui de la famille. À ce niveau, nous retrouvons la grande querelle autour de l'égalité, comme au niveau des droits de l'homme, nous nous sommes trouvés face au grand problème de la liberté.

La relation de couple, dans la civilisation islamique, relève d'une conception biologiste et naturaliste de la relation sexuelle, destinée essentiellement à reproduire et conserver l'espèce, pour la gloire de Dieu et pour servir son nom, sans véritablement s'élever à ce degré de personnalité morale, dans lequel on pourrait reconnaître un début de laïcité, parfaitement décrite par Hegel dans les paragraphes 161 à 169 des *Principes de la philosophie du droit*<sup>31</sup> et qui, par ailleurs, se trouve à la base du « mariage au sens chrétien du terme »<sup>32</sup>. Cette conception naturaliste va déboucher sur l'inégalité entre l'homme et la femme. Cette inégalité se concrétise, par des règles relatives à la polygamie,<sup>33</sup> à la répudiation,<sup>34</sup> à l'héritage<sup>35</sup>, au témoignage<sup>36</sup>, à la tutelle<sup>37</sup>. Ces règles ne sont pas toutes directement tirées des textes sacrés, mais des interprétations postérieures.

C'est donc au nom de cette conception de la famille, de l'autorité, et de la sexualité, que les Etats musulmans ont émis des réserves à la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard

---

<sup>31</sup> Hegel distingue la « vie naturelle » et « la conscience de soi, l'unité des sexes... qui se transforme en une unité spirituelle ( 161). Il évoque « le consentement libre ...à constituer une personne » ( 162), « l'élément moral objectif du mariage », « ...le principe substantiel...qui s'élève au dessus du hasard , des passions et des goûts particuliers passagers... » ( 163), « ...l'union morale ... (qui) ne peut être accomplie que dans l'amour et l'assistance réciproque... » (164) et qui est indissoluble..

<sup>32</sup> Comme l'a affirmé le Tribunal dans l'affaire Maher c/ Maher ( 1951-P. 342). Dans l'affaire Hyde c/ Hyde et Woodmansee (1866. L-R. 51P.et D.130), à propos du mariage polygamique mormon,<sup>32</sup> Lord Penzance définissait le mariage « au sens chrétien », comme étant "l'union volontaire pour la vie d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toutes les autres."

Cette jurisprudence, justifiant à l'époque l'incompétence des tribunaux britanniques, est, bien évidemment, totalement dépassée, depuis le revirement de 1939, mais elle reste extrêmement significative pour notre sujet, parce qu'elle met en relief deux conceptions radicalement opposées du mariage : une conception naturaliste, qu'on pourrait qualifier de judéo-islamique, prenant sa source aussi bien dans l'Ancien Testament que dans le Coran, et une conception chrétienne plus abstraite et idéaliste, tirée des Evangiles et du droit canonique.

<sup>33</sup> Conformément au versets 3 de la Sourate des Femmes "Si vous craignez, épousant des orphelines, de manquer d'équité à leur égard, il vous est permis d'épouser telles femmes, qui vous conviendront, au nombre de deux, trois, ou quatre épouses. Si vous craignez encore d'être injustes, n'en épousez qu'une seule ou bien une esclave en votre possession : vous n'en serez que plus proches de l'équité" Ce verset est cependant contrebalancé par le verset 129 de la même Sourate : "Vous ne pourrez jamais traité équitablement toutes vos épouses, fussiez-vous en avoir le plus vif désir. Ne vous laissez point cependant entraîner par votre partialité, au point de délaisser complètement l'une d'entre elles, la laissant comme en suspens. "

<sup>34</sup> Nombreuses allusions dans le Coran qui la définissent comme un attribut unilatéral de la puissance masculine.

<sup>35</sup> La part de l'homme étant le double de celle de la femme.

<sup>36</sup> Même règle que pour l'héritage..

<sup>37</sup> Attribut paternel.

des femmes du 18 décembre 1979. Ces réserves visent à écarter les dispositions égalitaristes de la convention, dans la mesure où elles heurtent les principes et les règles du droit à caractère religieux.<sup>38</sup> Le libellé de ces réserves est significatif.

L'Algérie, ayant adopté en 1984 un Code de la famille directement inspiré de la shari'a, signe la convention et les droits garantis par l'article 2 "... à condition qu'ils n'aillent pas à l'encontre des dispositions du Code algérien de la famille »<sup>39</sup>. L'Arabie Saoudite fait la déclaration suivante : 1) « En cas de divergence entre les termes de la convention et les normes de la loi musulmane, le royaume n'est pas tenu de respecter les termes de la convention qui sont divergents » 2) « Le royaume ne se considère pas lié par le paragraphe 2 de l'article 9, ni par le paragraphe I de l'article 29 de la convention. ». La Déclaration du Bangladesh est également significative : "Le gouvernement de la République populaire du Bangladesh ne se considère pas lié par les dispositions de l'article 2, et de l'alinéa c du paragraphe 1 de l'article 16 qui sont contraires à la shari'a fondée sur le saint Coran et la sunna". La réserve de l'Égypte à l'article 9 et à l'article 16 relatif à l'égalité de l'homme et de la femme est ainsi rédigée : "...pour toutes les questions découlant du mariage, au cours du mariage et lors de sa dissolution, qui ne doivent pas aller à l'encontre des dispositions de la shari'a garantissant à l'épouse des droits équivalents à ceux de son conjoint, afin d'assurer une juste équité entre eux, compte tenu de la valeur sacrée des liens du mariage et des relations familiales en Égypte, qui trouve sa source dans de profondes convictions religieuses, qu'on ne saurait transgresser, et du fait que ces liens sont essentiellement fondés sur l'égalité des droits et devoirs... Les dispositions de la shari'a font notamment obligation à l'époux de fournir à son épouse une dot appropriée, de subvenir totalement à ses besoins et de lui verser une allocation en cas de divorce, tandis qu'elle conserve la totalité de ses droits sur ses biens, sans avoir à les utiliser pour subvenir à ses besoins. C'est pour cette raison que la shari'a n'accorde le divorce à la femme que sur décision du tribunal, tandis qu'elle n'impose pas cette condition à son époux." Nous voyons qu'il y a dans cette réserve une tendance paradoxale à considérer à la fois la shari'a comme un droit égalitariste et à rejeter les dispositions égalitaristes de la Convention. La Libye quant à elle émet des réserves à l'article 2 en ces termes "il y a lieu de tenir compte des normes péremptoires édictées par la shari'a islamique en ce qui concerne la détermination de la part revenant à chaque héritier » et à l'article 16 dont les dispositions "... seront appliquées sans préjudice des droits garantis aux femmes par la shari'a islamique..." . Le Maroc

---

<sup>38</sup> Sur cette question voir, *La non-discrimination à l'égard des femmes entre la Convention de Copenhague et le discours identitaire*, Colloque des 13-16 janvier 1988, UNESCO-CERP, préf M. Arkoun, Imprimerie officielle de la République tunisienne 1989,

La Turquie a émis des réserves à l'article 15, paragraphe 2 et 4, à l'article 16 paragraphe 1, c, d, f, et g, ainsi qu'à l'article 29 paragraphes 1. Ces réserves ont été retirées le 20 septembre 1999

<sup>39</sup> Réserve de même nature à l'égard de l'article 9, paragraphe 2, de l'article 15, paragraphe 4, et de l'article 16.



émet une réserve à l'égard des dispositions de l'article 2 applicables "...à condition qu'elle n'aillent pas à l'encontre des dispositions de la shari'a islamique, et étant donné que certaines dispositions contenues dans le code de marocain de statut personnel qui donne à la femme des droits qui diffèrent de ceux octroyés à l'époux, ne pourraient être transgressées ou abrogées, du fait qu'elles sont fondamentalement issues de la shari'a islamique qui vise, entre autres, à réaliser l'égalité entre les conjoints, afin de préserver la consolidation des liens familiaux" . D'autres réserves sont présentées à l'égard de l'article 15 paragraphe 4, de l'article 9 paragraphe 2, et de l'article 16, au motif qu' "... une égalité de ce genre est contraire à la shari'a..." .Une motivation sur le modèle de la réserve égyptienne est avancée. Même la Tunisie, pourtant connue par le modernisme audacieux de son Code de statut personnel de 1956, présente une réserve se référant à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1959 d'après lequel « la Tunisie est un Etat libre indépendant et souverain, sa religion est l'islam.... ». La déclaration tunisienne est rédigée en ces termes : "Le gouvernement tunisien déclare qu'il n'adoptera en vertu de la Convention, aucune décision administrative ou législative qui serait susceptible d'aller à l'encontre des dispositions du chapitre premier de la Constitution tunisienne."<sup>40</sup> .

### -C-

Cet attachement à l'identité civilisationnelle déterminée par la religion peut avoir des conséquences en droit international privé de la famille. Nous considérerons un seul cas, celui de l'ordre public, intervenant soit pour écarter le jeu normal des règles de conflit de lois, soit pour refuser *l'exequatur* à un jugement étranger. Dans les systèmes confessionnels, l'ordre public va intervenir pour écarter la loi étrangère qui méconnaît les règles impératives de nature religieuse. Dans un certain nombre d'Etats musulmans dans lesquels l'ordre public étatique se confond, en matière de droit de la famille, avec la shari'a, les conceptions fondamentales de cette dernière vont intervenir pour évincer la loi étrangère qui autoriserait, par exemple, la musulmane à épouser un non musulman, ou qui prohiberait la polygamie ou la répudiation.<sup>41</sup>

S'agissant de *l'exequatur*, et pour donner un simple exemple qui fera apparaître les aspects civilisationnels de l'ordre public, nous pouvons citer les trois arrêts par lesquels la Cour de cassation tunisienne a refusé l'exequatur à des jugements étrangers ayant accordé la garde d'enfants nés de pères tunisiens et domiciliés en Tunisie à leurs mères européennes, de nationalité étrangère, domiciliées à l'étranger. Dans le premier arrêt du 15 mai 1979, la Cour affirme : "...la condition de conformité du jugement étranger, dont l'exequatur est

---

<sup>40</sup> Chapitre I ( article I : « La Tunisie est un Etat indépendant et souverain ; **sa religion est l'islam**, sa langue l'arabe et son régime la République ».

<sup>41</sup> Pierre Ganagé, « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », Recueil des cours de l'Académie de droit international », 1979, p. 343 et ss.

demandé, aux règles d'ordre public du pays, s'apprécie sous l'angle de ce qu'implique sa Constitution comme attributs essentiels auxquels adhèrent la famille et la société et à la formation desquels participent les orientations éducatives, religieuses et linguistiques, et qui assurent en particulier l'amour de la patrie qui est dans l'islam un des piliers essentiels de la foi"<sup>42</sup>. Les considérants du deuxième arrêt, celui du 3 juin 1982, sont encore plus significatifs. La Cour y affirme que *l'exequatur* doit être appréciée "... sur la base de sa non opposition aux attributs essentiels du pays dont les plus importants pour la Tunisie sont l'islam et l'authenticité arabe. Le déracinement d'un enfant du milieu dans lequel il a grandi et dont il parle et écrit la langue et qui s'est imprégné de ses habitudes de ses traditions, de même que son détachement du milieu social arabe et musulman, sont de nature à faire de lui un exilé permanent, coupé à la fois de sa religion et donc apostat, ainsi que de sa patrie. Un tel jugement viole absolument l'ordre public du pays et s'oppose aux prescriptions de sa constitution".<sup>43</sup> Le troisième arrêt, celui du 15 octobre 1985, évoque quant à lui "... les valeurs spirituelles, culturelles et patriotiques ..." <sup>44</sup> Le défaut de communauté juridique, dans toutes ces hypothèses, provient en réalité d'un défaut de communauté civilisationnelle, sur la base essentielle du lien religieux, culturel et linguistique<sup>45</sup>.

## Conclusions

-Nous voyons clairement d'après ce qui précède que la civilisation islamique a des positions contradictoires à l'égard du droit international.

-Les acteurs principaux, c'est-à-dire les Etats et les organisations internationales islamiques, qui sont directement parties prenantes au mouvement et à la vie des relations internationales, doivent se fondre dans le modèle élaboré au cours des siècles. Leur résistance se révèle sur quelques questions de fond, relatives à certaines libertés fondamentales, comme la liberté de conscience, et le statut des femmes qu'ils soupçonnent parfois d'être tributaires de certaines valeurs chrétiennes de civilisation.

-En revanche, une partie de l'opinion, celle qui reste attachée aux normes anciennes, se pose comme radicalement hostile à un droit international, reflet d'un ordre politique inégalitaire.

-Il ne faut pas oublier de signaler qu'une autre frange de l'opinion, dans le monde musulman, adhère sans aucune réserve aux normes et valeurs de la

---

<sup>42</sup> Monia Ben jemia, « Ordre public, constitution et exequatur », Mélanges Habib Ayadi, C.P.U., Tunis, p 272.

<sup>43</sup> M. Ben Jemia, loc cit, p 272 et 273.

<sup>44</sup> M. Ben Jemia, loc cit, p 273.

<sup>45</sup> Il faut signaler que cette jurisprudence a évolué.

modernité juridique. Elle est constituée par un certain nombre d'Etats, comme la Turquie, d'intellectuels, de mouvements de femmes et de partis laïques.

Dans son positionnement par rapport au reste du monde et à son droit, une civilisation n'est pas forcément homogène. Tel est le cas de la civilisation islamique.