

MONIA BEN JEMIA *

Liberté de religion et statut personnel

I. Une sécularisation institutionnelle inachevée – II. Les empêchements au droit de se marier et de fonder une famille liés à l'appartenance confessionnelle

Les pays arabes, à l'exception du Liban qui est un Etat multiconfessionnel, font de l'Islam la religion de l'Etat et maintiennent peu ou prou le statut personnel (individuel et familial, y compris les successions) sous l'empire de la sharia, c'est-à-dire du droit islamique. Mais le degré de normativité de la sharia est différent dans les divers ordres juridiques. Certains et c'est le cas des pays du Maghreb central, de l'Algérie et de la Tunisie, notamment, se contentent d'ériger l'Islam en religion d'Etat. En Tunisie, l'article 1^{er} de la Constitution se contente de déclarer que la Tunisie est un Etat libre et indépendant, sa religion est l'Islam, sa langue l'arabe et son régime la république. Au Maroc, les dispositions constitutionnelles semblent plus contraignantes dans la mesure où l'article 9 de la Constitution dispose : « l'Islam est la religion de l'Etat qui garantit à tous le libre exercice des cultes » et l'article 106 que l'Islam et la monarchie ne sauraient être sujet à révision constitutionnelle.

Le degré de normativité de la loi islamique est tout aussi important sinon plus dans les ordres juridiques moyen orientaux, qui font de la sharia la source principale ou une source principale du droit. C'est le cas de l'ordre juridique égyptien où, depuis la réforme constitutionnelle de 1980, la sharia est devenue la source principale de la législation. Les constitutions moyen orientales fondent aussi la famille sur la religion. C'est le cas de l'Arabie Saoudite : la charte fondamentale de l'Arabie Saoudite de 1990 fait du Coran et de la Sunna, la Constitution du pays. L'article 23 de la charte fondamentale dispose que l'Etat protège les dogmes de l'Islam et applique sa sharia. Concernant plus précisément la famille, l'article 9 de la même charte dispose que : « la famille est le noyau

* Professeur à l'Université de Tunis.

famille, l'article 9 de la même charte dispose que : «la famille est le noyau de la société saoudienne, ses membres sont éduqués sur la base du dogme islamique et ce qu'il implique comme loyauté et obéissance à Dieu, à son Prophète et aux dirigeants». Il est précisé que l'Etat doit préserver les valeurs arabes et islamiques dans la famille. Au Yémen, la famille est le fondement de la société et l'article 26 de la Constitution de 1991 considère que la famille repose sur la religion, la morale et l'amour de la patrie. On retrouve des dispositions similaires dans la Constitution du Koweït, du Bahreïn et des Emirats Arabes Unis (EAU).

Et quoique ayant ratifié la plupart des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, la plupart des pays arabes ont fait des réserves, en particulier à la CEDAW et à la convention sur les droits des enfants, selon lesquelles les dispositions conventionnelles ne doivent pas heurter les dispositions constitutionnelles relatives à la religion d'Etat.

Enfin, à l'exception notable de la Tunisie, tous les codes de statut personnel font de la sharia une source formelle secondaire à laquelle le juge doit se référer en cas de lacunes ou de silence.

En conséquence, le statut personnel, à des degrés divers, est enclos dans ces différents ordres juridiques dans le champ religieux, par la Constitution et la législation qui renvoie au droit islamique.

Le maintien du statut personnel dans la sphère religieuse conduit à deux conséquences majeures. La première est que la plupart des Etats arabes ont maintenu le communautarisme confessionnel en matière de statut personnel. C'est l'appartenance confessionnelle qui détermine la compétence des autorités, en général religieuses, et celle du droit applicable. Chaque communauté religieuse possède ses propres tribunaux et juge selon sa propre loi religieuse. Seules deux communautés non musulmanes sont autorisées, les communautés juive et chrétienne. La deuxième conséquence est le maintien de divers empêchements liés à l'appartenance confessionnelle dans l'ensemble du statut personnel, notamment en matière de mariage et de successions.

Or, ni le communautarisme confessionnel, ni les empêchements liés au culte ne sont conciliables avec la liberté de conscience, de religion ou de croyance que toutes les constitutions arabes, à l'exception de celle de l'Arabie Saoudite, garantissent. Ainsi par exemple, la constitution égyptienne consacre en ces termes la liberté de religion : «L'Etat garantit la liberté de croyance et la liberté de l'exercice du culte» (article 46 de la constitution égyptienne de 1971). La constitution tunisienne dispose que :

«La République Tunisienne garantit l'inviolabilité de la personne humaine et la liberté de conscience, et protège le libre exercice des cultes, sous réserve qu'il ne trouble pas l'ordre public» (article 5 dernier alinéa). De même en est il en Algérie dont la constitution dispose dans son article 36 que : «la liberté de conscience et la liberté d'opinion est inviolable».

Or, dans tous les Etats Arabes, la liberté de changer de religion n'est pas accordée, l'apostasie qui est le fait pour un musulman de changer de religion, est un empêchement à l'exercice du droit à se marier, à fonder une famille ou à hériter. En revanche, les non musulmans, juifs ou chrétiens, sont autorisés sinon encouragés à embrasser l'islam. La liberté de croire ou de ne pas croire n'est pas non plus reconnue, les adeptes de religions non reconnues comme les bahais n'ont aucune existence juridique et ne peuvent par conséquent, exercer le droit de se marier et de fonder une famille. Enfin, le privilège du musulman s'applique dans la plupart des pays arabes et signifie que dans un conflit entre musulman et non musulman, c'est les tribunaux musulmans et la loi musulmane qui s'applique. L'inégalité entre les différentes confessions se double d'un privilège de masculinité. Patriarcale, la famille musulmane repose sur le privilège de masculinité, c'est le père qui donne sa confession aux enfants.

Cependant, on voit ça et là des évolutions sensibles dans le sens d'une meilleure garantie de la liberté de conscience ou de religion, en matière de statut personnel, dans tous les ordres juridiques et plus particulièrement en Tunisie qui figure sur ce plan, au titre d'exception notable.

Cette évolution se fait partout, du moins dans les Etats où l'islam est la religion de l'Etat, par la voie de l'ijtihad qui signifie une nouvelle lecture de la sharia entendue stricto sensu comme étant la loi divine et comprenant le Coran et la Sunnah. Sous l'impulsion des modernistes ou réformistes musulmans, tels Mohamed Charfi, Abdelmajid Charfi, Yadh ben Achour et bien d'autres, hommes et femmes, c'est le verset coranique «pas de contrainte en religion», qui est avancé pour garantir la liberté de conscience, dans son acception universelle.

Cette garantie ne peut se faire sans une sécularisation totale des institutions et des autorités qui interviennent en matière de statut personnel. La sécularisation institutionnelle, entamée dans la plupart des pays arabes (I) n'est cependant pas achevée et les divers systèmes juridiques maintiennent des empêchements à l'exercice du droit de se marier et de fonder une famille basés sur l'appartenance religieuse (II)

I. *Une sécularisation institutionnelle inachevée*

L'encadrement communautaire du statut personnel sur la base de l'appartenance confessionnelle est encore en vigueur dans la plupart des pays arabes. Ce système est étroitement lié au système de dhimma mis en vigueur dans tous les pays arabes depuis environ le VII^{ème} siècle jusqu'au début vingtième.

En échange du paiement d'un impôt de capitation (jizya), les gens du livre (chrétiens et juifs) obtenaient la protection de l'Etat et le maintien de leurs organisations confessionnelles compétentes pour régler et connaître du contentieux du statut personnel. Il sera mis fin progressivement au système de dhimma à partir de la fin du 19^{ème} siècle, début vingtième. Le principe de non discrimination religieuse a été inscrit dans les premières constitutions des pays arabes. En atteste la constitution tunisienne de 1861, première constitution du monde arabe et dont l'article 86 disposait que : «tous les sujets du royaume tunisien, à quelque confession qu'ils appartiennent, ont droit à une sécurité complète quant à leur personne, leurs biens et leur honneur...» alors que l'article 88 leur garantissait l'égalité devant la loi en ces termes : «Tous les sujets du royaume, à quelque religion qu'ils appartiennent sont égaux devant la loi, dont les dispositions sont applicables à tous indistinctement, sans égard ni à leur rang ni à leur position».

En atteste aussi la première constitution de l'Egypte indépendante (1923) et dont l'article 3 disposait que : «tous les égyptiens sont égaux devant la loi, ils jouissent également des droits civils et politiques et sont également soumis aux charges et devoirs publics, sans aucune distinction de race, de langue ou de religion».

I.1. L'unification du statut personnel que porte en germe la disparition du statut de dhimmi ne se fera pourtant que plus tard, vers le milieu du vingtième siècle et elle sera exceptionnelle, la plupart des Etats maintiendront le pluralisme confessionnel. Le premier pays à avoir unifié est l'Egypte. En 1955, les tribunaux religieux sont supprimés et leur compétence dévolue aux tribunaux civils. Mais l'unification législative, pourtant inscrite à l'ordre du jour, ne s'est toujours pas faite. Les tribunaux séculiers égyptiens appliquent aux musulmans les textes de lois votées par le parlement ou décrets lois, textes émanant de l'État égyptien. Les non musulmans sont quant à eux soumis à leurs propres lois adoptées par les conseils de leurs communautés. L'article 3 de la loi n° 1/2000 qui a modifié l'article 6 alinéa 2 de la loi n° 462/1955 dispose à cet égard :

«quant aux litiges de statut personnel des égyptiens non musulmans, unis en communautés et en confession et qui ont des juridictions communautaires organisées au moment de la promulgation de cette loi, les sentences seront prononcées selon leur propre législation, en conformité cependant avec l'ordre public». Quoique n'émanant pas de l'Etat égyptien, les lois des communautés coptes sont contrôlées par la Haute Cour Constitutionnelle (HCC). Saisie de la conformité à la constitution de la loi du statut personnel de la communauté copte orthodoxe de 1938, élaborée par le haut conseil communautaire des coptes orthodoxes, la HCC l'a considérée comme étant un texte administratif réglementaire. Elle a pour cela utilisé deux arguments, l'un tiré de l'article 6 de la loi de 1955, l'autre de la nature du texte copte lui-même. Conformément au premier de ces textes, la Cour a considéré que le législateur, en autorisant les tribunaux à appliquer les lois des communautés non musulmanes, leur aurait opéré une délégation de compétence. Cette délégation de compétence autorise le contrôle de constitutionnalité. Il s'agira alors d'un contrôle de constitutionnalité d'un règlement autorisé par l'article 175 de la constitution, le texte copte comprenant des dispositions générales et impersonnelles, il peut dès lors être assimilé à un règlement¹.

La Tunisie a ensuite suivi l'Egypte dans l'unification, mais elle a été plus loin. A l'indépendance, en 1956, la Tunisie unifie la loi applicable au statut personnel et supprime les tribunaux religieux dont la compétence est dévolue aux tribunaux séculiers. La sécularisation des institutions compétentes en matière de statut personnel s'étendra aux autres pays du Maghreb, le Maroc et l'Algérie, mais le Maroc maintiendra le pluralisme légal. L'article 2 du nouveau code de la famille modifié en 2004 dispose en effet que "les Marocains de confession juive sont soumis aux règles du statut hébraïque marocain". Quant aux musulmans, ils sont soumis au code de la famille.

Ailleurs et quoique les tribunaux religieux ont été maintenus, ceux-ci sont placés sous le contrôle de l'Etat. C'est le cas de la Jordanie. La constitution du royaume hachémite de Jordanie (1957) maintient le pluralisme confessionnel et divise les tribunaux en juridictions de droit commun, juridictions d'exception et juridictions religieuses (article 99). Les tribunaux religieux comprennent les tribunaux islamiques et les

¹ HCC, 1/3/1997, n° 74/17, Rec. Vol. 8, p. 437 et s., cité par N. BERNARD-MAUGIRON, *La politique à l'épreuve du judiciaire : la justice constitutionnelle en Egypte, op.cit.*, p. 98.

conseils des autres communautés religieuses (article 104). Les tribunaux islamiques sont seuls compétents pour statuer dans les matières de statut personnel concernant les musulmans (article 105) et statuent conformément à la charia (article 106). Comme les juges des tribunaux de droit commun, les juges des tribunaux islamiques sont nommés et révoqués par décret royal (article 98) ; ils doivent appliquer la charia. Ils sont donc un émanation de l'Etat de par leur mode de nomination, mais aussi ils appliquent la loi de l'ordre juridique dont ils émanent, la "charia" visée dans le texte constitutionnel renvoie non pas précisément au Coran et à la Sunnah, mais au code de statut personnel jordanien de 1951. Il n'y a donc pas de réelle autonomie des autorités religieuses musulmanes en matière de statut personnel en raison de l'intégration dans l'appareil d'État des tribunaux musulmans comme de la codification de la charia. Il en est de même du statut personnel des non musulmans qui relève de la compétence des conseils des communautés non musulmanes institués par l'article 108 de la constitution jordanienne. Celles-ci sont formées conformément aux lois spéciales promulguées à leur sujet qui déterminent leur compétence et les procédures applicables (article 109).

Ainsi, si le pluralisme confessionnel, judiciaire et/ou légal, est maintenu, il relève néanmoins du pouvoir étatique qui l'institue et le contrôle.

Certes, l'évolution n'est pas linéaire, elle n'est pas semblable dans tous les pays. Au Liban, c'est à un renforcement du communautarisme et de l'autorité des ordres confessionnels que l'on assiste depuis les accords de Taef de 1990. L'article 9 de la constitution libanaise de 1929 dispose que : «la liberté de conscience est absolue. En rendant hommage au très haut, l'État respecte toutes les confessions et en garantit et protège le libre exercice à condition qu'il ne soit pas porté atteinte à l'ordre public. Il garantit également aux populations, à quelque rite qu'elles appartiennent, le respect de leur statut personnel et de leurs intérêts religieux». Contrairement au système juridique jordanien, les différents ordres confessionnels bénéficient d'une autonomie par rapport à l'État, renforcée en 1990 par la possibilité qui leur est donnée de saisir le conseil constitutionnel des lois relatives au statut personnel. De même, seul le statut personnel des musulmans sunnites est codifié (loi du 16 janvier 1962) alors que les autres communautés musulmanes (chiites), druzes et non musulmanes (chrétiennes et juives) relèvent, au Liban, de textes non codifiés établis par leurs ordres communautaires.

I.2. Mais au Liban, comme en Egypte, on assiste à un important mouvement d'unification du droit. En Egypte, le mouvement entamé par

le législateur qui a limité le domaine du pluralisme confessionnel au droit de la famille entendu stricto sensu, c'est-à-dire à l'exclusion des successions, notamment, a été développé par la HCC d'Égypte. A plusieurs reprises, à la demande de coptes eux-mêmes et la plupart du temps après avoir pris l'avis du pape Chénouda, la HCC a étendu les règles applicables aux musulmans à ceux-ci (coptes)

Généralement, les recours faits par les coptes devant la HCC sont basés sur la non-conformité de ces textes au principe d'égalité garanti par la constitution égyptienne. Plus précisément, c'est l'inégalité entre le statut des musulmans codifié et les statuts des non musulmans qui est invoquée à la base des recours.

Ainsi par exemple, une femme copte orthodoxe, sans nouvelles de son mari depuis plus de 4 ans, demanda à la justice de déclarer l'absence de son mari afin de pouvoir en hériter. Pour se faire, elle s'est prévaluée de la loi de 1929 du statut personnel des musulmans tel qu'amendé en 1985 qui fixe le délai de l'absence à 4 ans. Les juges ordinaires lui ayant refusé le bénéfice de l'application de cette loi, elle intenta un recours pour inconstitutionnalité de l'article 177 de la collection des coptes orthodoxes qui prévoit un délai plus long (entre 30 et 90 ans). La HCC déclare alors son inconstitutionnalité² sur la base de l'article 9 de la constitution égyptienne qui protège la famille³, l'article 40 qui garantit l'égalité des citoyens devant la loi sans distinction de religion ou de conviction notamment, et l'article 46 qui protège la liberté de croyance. Elle a ensuite considéré que la question de l'absence et de la disparition des égyptiens est une question qui concerne leur vie sociale et non religieuse⁴.

Cette décision, fondée sur la nécessité d'unifier le statut personnel des égyptiens, a été confirmée à plusieurs reprises. La HCC a ainsi considéré qu'était inconstitutionnel, l'article 139 de la collection des coptes orthodoxes qui fixe la limite de la garde des enfants par la mère à l'âge de 7 ans pour les garçons et 9 ans pour les filles. Se basant sur le mémoire remis par le pape Chénouda III, chef de l'église copte orthodoxe, seules les règles relatives à la monogamie et celles interdisant le divorce sauf pour adultère ont été

² HCC, 9 déc. 2001, n. 107/21, J.O., n. 51 (bis), 25 déc. 2001, p. 19 et s., cité par N. BERNARD-MAUGIRON, *op. cit.*, p. 381 et Elahwany, «L'Égypte : pluralisme religieux et droit...», précité.

³ Article 9 de la constitution égyptienne : «la famille est à la base de la société. Elle est fondée sur la religion, la morale et le patriotisme. L'Etat veille à la sauvegarde du caractère authentique de la famille égyptienne, des valeurs et des traditions qu'elle représente, à l'affirmation et au développement de ce caractère dans les relations au sein de la société égyptienne».

⁴ N. BERNARD-MAUGIRON, *op. cit.*, p. 381.

considérées comme des règles absolues à l'exclusion des règles régissant la garde. La HCC en conclue que ces dernières intéressent l'ordre social et non religieux. En conséquence, les règles prévues par le législateur qui fixent la fin de la garde attribuée à la mère à l'âge de 10 ans pour les garçons et 12 ans pour la fille (cet âge prévu par la loi de 1985 a été récemment modifié par la loi n° 4 de 2005. Il est devenu le même pour les filles et les garçons, soit 15 ans) doivent s'appliquer à tous les égyptiens en application du principe constitutionnel d'égalité. L'application de l'article 139 du règlement des coptes orthodoxes s'opposerait en effet à l'égalité entre l'enfant chrétien et l'enfant musulman dont la durée de la garde maternelle serait plus longue pour ce dernier. Elle s'opposerait aussi à l'égalité entre les mères chrétiennes et musulmanes dont la durée de la garde ne serait pas identique⁵.

Des solutions identiques ont été également posées en matière de tutelle, dans un arrêt rendu par la haute cour constitutionnelle égyptienne en date du 6 décembre 1997⁶. L'article 169 du règlement de statut personnel des coptes orthodoxes a été déclaré inconstitutionnel en ce qu'il fixe la fin de la tutelle sur la personne et les biens du mineur à l'âge de 21 ans, alors que la règle pour les musulmans est que la tutelle prend fin à l'âge de 15 ans et que, à partir de cette date, l'enfant peut choisir entre ses deux parents. Le principe de l'égalité entre les citoyens a ici aussi été mis à contribution pour déclarer l'article inconstitutionnel et ce, après la consultation du pape Chenouda III qui a remis un mémoire favorable à une telle interprétation).

Contrairement au statut personnel des musulmans, le statut personnel des non musulmans, hors de compétence du pouvoir législatif, n'évolue pas. En légiférant, l'Etat réforme le statut personnel et, ce sont ces réformes dont veulent bénéficier aussi les non musulmans et que la HCC leur étend. Dans pratiquement toutes les décisions rapportées, les solutions de la HCC ont été prises après consultation du chef des communautés non musulmanes intéressées (en particulier le pape chenouda III) et sur recours de mères chrétiennes.

De même, un mouvement de "laïcisation progressive"⁷ du système juridique libanais est en cours. Comme en Egypte, le domaine du pluralisme juridique est réduit aux questions relatives au droit de la famille, à l'exclusion des matières à la lisière de celui-ci et du droit des biens. Les successions sont ainsi unifiées et relèvent de la même loi. Mais

⁵ HCC, 1/3/1997, n. 74/17^{ème}, Rec., vol. 8, p. 437 et s., cité par N. BERNARD-MAUGIRON, *op. cit.*, p. 376, voir aussi S. Alahwany, précité.

⁶ HCC, 6/12/1997, n. 79/18^{ème}, Rec., vol. 8, p. 1022 et s., cité par N. BERNARD-MAUGIRON, *op. cit.*, p. 378.

⁷ M.C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, 2005, p. 238.

restent souvent hors du domaine de l'unification des questions familiales relatives au statut personnel des musulmans, la communauté musulmane étant plus rétive que les autres à la laïcisation du droit. Certains auteurs se sont dès lors demandés si l'évolution ne risque pas d'aboutir à un statut laïc réservé aux communautés non musulmanes et un statut religieux réservé aux communautés musulmanes⁸.

La question est rendue plus compliquée depuis les accords de Taëf qui ont abouti à la réforme constitutionnelle introduite en 1990 qui a notamment institué un organe de contrôle de constitutionnalité des lois. L'article 19 de la Constitution autorise en effet «les chefs des communautés reconnues légalement de saisir le conseil pour le contrôle de la constitutionnalité des lois qui concernent le statut personnel, la liberté de conscience, l'exercice des cultes religieux et la liberté de l'enseignement religieux»⁹.

L'unification ne risque-t-elle dès lors pas d'être freinée par la possibilité donnée aux chefs des communautés religieuses de saisir le conseil constitutionnel des lois promulguées en vue d'unifier le statut personnel des libanais?

Certes, mais la doctrine libanaise considère alors que l'Etat pourrait à tout le moins instituer un statut laïc facultatif. L'article 9 rattachant le pluralisme des statuts à la liberté de conscience, P. Gannagé écrit : «cette disposition, rattache en effet l'obligation de l'Etat d'assurer le respect des statuts personnels des diverses communautés, à la nécessité de préserver l'exercice de la liberté de conscience. Or cet exercice serait certainement mieux garanti si l'application de ces statuts devenait facultative, autrement dit si une option était accordée aux époux, leur permettant de choisir entre les lois religieuses et la loi civile. La juridiction constitutionnelle serait ainsi à notre sens fondée à rejeter tout recours des communautés visant à faire annuler des lois civiles facultatives introduites dans les matières du statut personnel»¹⁰.

La constitution libanaise autoriserait donc l'établissement d'un statut personnel laïc, facultatif dont il est d'ailleurs fait mention dans les dispositions de l'arrêté 60 L./R. du 13 mars 1936, relatif au statut des communautés religieuses qui évoquent la «communauté de droit commun» c'est-à-dire la communauté de ceux qui n'appartiennent à aucune communauté religieuse¹¹.

⁸ *Ibid.*

⁹ «Les communautés historiques reconnues» sont déterminées dans les arrêtés des 13 mars 1936 et la loi du 2 avril 1951, les communautés chrétiennes (au nombre de 12), les communautés musulmanes, la communauté druze et la communauté israéliite.

¹⁰ P. GANNAGÉ, «Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires», *Mélanges Terré*, p. 439.

¹¹ F. HAGE-CHAHINE, «Constitution et droit privé», in *les constitutions des pays arabes*, colloque de Beyrouth, 1998, p. 175.

Cette communauté de droit commun n'a cependant pas encore vu le jour. Le libanais est par conséquent obligé de faire partie d'une communauté déterminée. Il peut en revanche changer de communauté après acceptation de la communauté d'accueil (article 11 de l'arrêté 60 L./R)¹². Ainsi que l'écrit M.-CL. Najm, «La liberté de conscience proclamée n'est donc pas tant organisée au bénéfice des individus qu'à celui des communautés, et ce n'est qu'indirectement, à travers la reconnaissance accordée à sa communauté d'appartenance que l'individu peut exercer sa liberté de conscience»¹³.

L'instauration d'un statut personnel laïc facultatif permettrait non seulement de combler le vide législatif du statut de la communauté de droit commun, mais aussi d'unifier le statut personnel des libanais qui souhaitent se soustraire au statut religieux. Pour l'instant, le libanais qui souhaite échapper au statut religieux, peut uniquement le faire, s'il se marie à l'étranger. Il est en effet permis aux libanais se mariant à l'étranger de se soustraire au statut religieux et de soumettre le mariage ainsi que ses effets à la loi étrangère de son choix (article 25 de l'arrêté n° 60/1936 modifié par l'arrêté n° 146/1938¹⁴). Cette réglementation qui vise seulement le mariage des non musulmans a cependant été étendue par la jurisprudence aux mariages mixtes conclus entre musulmans et non musulmans, «ce qui a permis de sauver des unions souvent interdites par les droits religieux»¹⁵. P. Gannagé en conclue que «L'Etat en ouvrant dans le domaine du mariage cette fenêtre extérieure aux droits étrangers a pu dans une certaine mesure harmoniser les exigences contradictoires des dispositions de la Constitution».

Cette fenêtre ouverte est considérée par d'autres auteurs libanais comme étant insuffisante. Ceux-ci préconisent l'instauration d'un statut personnel laïc obligatoire par référence au même article 9 de la constitution.

Marie-Claude Najm estime que deux considérations fondamentales militent dans le sens d'un statut personnel laïc obligatoire : «la première est fondée sur la nécessité de l'unification du droit, au delà de sa laïcisation. La proposition de statut civil facultatif maintient, en effet, l'inégalité devant la loi et le cloisonnement communautaire à l'intérieur de la nation»¹⁶. Le principe d'égalité devant la loi garanti par la constitution devrait donc imposer l'unification du statut personnel de tous les libanais. La deuxième considération est fondée sur l'idée que la famille «n'est pas une affaire purement privée mais une "affaire de

¹² *Ibid*, voir aussi M.-C. NAJM, *op. cit.*, p. 597.

¹³ *Ibid*.

¹⁴ M.-Cl. NAJM, *op. cit.*, p. 596

¹⁵ P. GANNAGÉ, «Le droit libanais face à la diversité des communautés et des cultures», Colloque Franqui, Bruxelles, septembre 2006, ss presse.

¹⁶ M.-Cl. NAJM, *op. cit.*, p. 602

société”, une affaire d’Etat» alors que «l’établissement d’un statut civil facultatif correspond à une conception contractuelle et individualiste, somme toute, du droit de la famille»¹⁷.

Si M.Cl. Najm envisage la possibilité d’établir un statut personnel unifié par sa laïcisation, elle reconnaît cependant qu’en l’état actuel, la tâche est particulièrement difficile. Elle écrit à ce propos : «Il faut en effet savoir qu’au Liban le droit communautaire n’est pas seulement perçu comme un droit religieux; ses implications politiques, sociologiques et psychologiques, expliquent pour une bonne part les réticences des autorités musulmanes à abandonner seules leurs prérogatives alors que l’Etat libanais fonde encore sa structure et ses institutions (charges politiques, fonction publique, etc.) sur une stricte répartition communautaire»¹⁸.

La dernière mesure prise par voie de circulaire par le ministre de l’intérieur du Liban et permettant aux libanais qui le souhaitent de ne pas voir inscrire leur religion sur leur état civil est elle l’amorce de l’instauration d’un statut laïc facultatif au Liban? Il est trop tôt pour se prononcer tant la légalité de la circulaire est discutée.

I.3. Enfin, contrairement au Liban où le pluralisme est strictement égalitaire, ailleurs, du fait de l’institution d’une religion dominante, il est inégalitaire. Le privilège de la religion musulmane, conduisant à la compétence des tribunaux musulmans et à l’application de la loi musulmane, chaque fois que le conflit existe entre deux personnes de religion différente (musulmans et non musulmans ou non musulmans de rites ou de religion différente) a été maintenu dans tous les pays arabes, à l’exclusion de la Tunisie. C’est le cas en Egypte mais aussi au Maroc où le code de la famille maintient la règle selon laquelle celui-ci s’applique à «toute relation entre deux personnes dont l’une d’elles est musulmane». Cependant, en Egypte, des décisions relativement récentes ont réduit le champ d’application de la loi musulmane. L’application de la loi islamique ne pourra porter atteinte aux principes fondamentaux des autres lois religieuses. Ni le divorce, ni la polygamie ne pourront être appliqués aux coptes. Cette solution a été entérinée par le législateur égyptien dans la loi n° 1/2000, pour ce qui est du divorce.

Enfin, tout de changement de confession en cours de procès en faveur de l’islam rend applicable le droit islamique ou les lois et codes spécifiques aux musulmans. La règle maintenue dans certains pays a cependant disparu dans l’ordre juridique égyptien avec la loi n° 1/2000.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 238.

Il y a donc bien une évolution qui s'opère vers la sécularisation des institutions du statut personnel, plus respectueuse de la liberté de conscience. Cependant cette sécularisation encore inachevée ne pourra réellement s'ancrer qu'avec la disparition des empêchements liés à l'appartenance religieuse qui renforce d'une part le cloisonnement entre les diverses communautés et empêchent un véritable exercice de la liberté de croire ou de ne pas croire ou celle de changer de religion.

II. *Les empêchements au droit de se marier et de fonder une femme liés à l'appartenance confessionnelle*

Certaines personnes, en raison de leur appartenance religieuse sont exclues du droit d'exercer leur droit fondamental à se marier et à fonder une famille.

II.1. Il s'agit d'abord des adeptes de religions non reconnues, telle que la religion bahaï. Dans une décision rendue en 1958 par un tribunal égyptien, les juges ont ainsi considéré que : « la religion bahaïe n'est pas une religion reconnue. Partant le mariage des bahaïs est nul selon la loi musulmane, parce que la conclusion du mariage exige que les deux conjoints appartiennent à des religions reconnues...Les bahaïs en Egypte n'ont pas d'entité légale. L'Etat ne reconnaît pas leur mariage et le considère comme nul étant contraire à l'ordre public, les rapports conjugaux des bahaïs sont des rapports illégaux »

La justice administrative, dans une décision rendue en 2005, n'a pas manqué de le réaffirmer, les bahaïs n'ont pas d'existence juridique en Egypte. Pour se faire, les juges ont considéré que la liberté de conscience garantie par la Constitution égyptienne et par le Pacte de 1966, ratifié par l'Egypte, n'est pas absolue et qu'elle est limitée par le nécessaire respect de l'ordre public. Celui-ci, interprété par référence à la charia empêche de reconnaître d'autres religions que les religions chrétienne et juive. Les bahaïs sont d'autant plus exclus de cette reconnaissance que la religion bahaïe est qualifiée par les juges d'apostasie.

En Tunisie, des juges ont récemment considéré que la conversion du mari musulman à la religion bahaï autorise sa femme à demander et à obtenir le divorce pour faute.

II.2. Ensuite, certains systèmes juridiques excluent expressément les apostats de l'exercice de certains droits familiaux. Ainsi, le code de la

famille algérien exclue expressément l'apostat du droit d'hériter. Le code jordanien de la famille fait de l'apostasie une cause de dissolution du mariage, de même en est il au Koweït. Mais seule l'apostasie de l'homme annule le mariage selon l'article 145 du code de la famille Koweïtien qui dispose que «Si la mari apostasie, le mariage est dissous. Mais s'il apostasie après la consommation du mariage et qu'il revient à l'islam pendant la retraite de la femme, la dissolution est annulée et la vie conjugale est rétablie. Si c'est la femme qui apostasie, le mariage n'est pas dissous». Si l'apostasie de la femme n'est pas prise en considération, c'est parce que la religion de la femme n'est pas prise en considération du fait du privilège de masculinité. C'est dans ce sens que l'on peut comprendre le commentaire annexé au dit code et selon lequel : «Le diable embellit à la femme musulmane la voie de l'apostasie afin de rompre un lien conjugal qui ne lui plait pas. De ce fait il fut décidé que l'apostasie ne conduit pas à la dissolution du mariage afin de fermer cette porte dangereuse, que la femme ait apostasié par ruse ou non».

II.3. Enfin, tous les systèmes juridiques arabes ont maintenu des empêchements à mariage et à succession en raison de la disparité de culte.

Selon le fiqh (droit islamique), l'homme peut épouser une monothéiste, une juive ou une chrétienne, mais la musulmane ne peut épouser un non musulman, même s'il est monothéiste. L'article 30 du code algérien de la famille maintient l'interdiction expresse du mariage d'une musulmane avec un non musulman. De même en est il de l'article 46 du code du statut personnel mauritanien qui dispose que : «le mariage d'une musulmane avec un non musulman est prohibé» et de l'article 47 qui prévoit qu'«est également prohibé le mariage d'un musulman avec une non musulmane n'appartenant pas aux gens du livre». L'article 39 du code marocain de la famille réitère l'interdiction et précise que le musulman ne peut épouser une femme qui n'est pas d'une religion du livre.

La disparité de culte est un empêchement provisoire dans la mesure où ce mariage peut être conclu si l'époux non musulman se convertit à l'Islam ou si l'épouse non musulmane se convertit à l'une des religions du livre.

La Tunisie est le seul pays arabe à n'avoir pas posé expressément cette interdiction dans son code du statut personnel. Cependant, une circulaire de 1973 est venue interdire le mariage de la musulmane avec un non musulman. Adressée aux magistrats et aux officiers de l'état civil, elle interdit la célébration en Tunisie du mariage d'une tunisienne musulmane avec un non musulman et demande aux magistrats d'annuler de tels mariages. La circulaire crée un empêchement qui n'est pas prévu par la loi. Ces empêchements sont

limitativement prévus par l'article 14 du Code du Statut Personnel qui dispose : "les empêchements à mariage sont de deux sortes : permanents et provisoires ; les empêchements permanents résultent de la parenté, de l'alliance de l'allaitement ou du triple divorce" et "les empêchements provisoires résultent de l'existence d'un mariage non dissout ou de la non expiration du délai de viduité". Quant à l'article 5, il dispose que "les deux futurs époux ne doivent pas se trouver dans l'un des cas d'empêchements prévus par la loi". La circulaire du 5 novembre 1973 en créant un empêchement à mariage non prévu par la loi, est illégale car elle heurte la liberté de conscience garantie dans l'article 5 de la constitution. Elle est aussi contraire au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la constitution puisqu' aucun interdit religieux ne pèse sur le mariage des hommes. Elle est cependant toujours appliquée par les officiers d'état civil et les notaires qui refusent de célébrer de tels mariages, tant que l'époux ne s'est pas converti à l'islam. Les tunisiennes qui veulent épouser un non musulman et exercer leur liberté de choisir leur conjoint sont obligées de se rendre à l'étranger, en Europe ou dans un autre pays qui valide les mariages interreligieux, pour célébrer leur mariage. Cependant, une évolution notable se fait auprès de la justice. Les juges, depuis quelques années, valident ces mariages, soit sur la base de la Convention de New-york de 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages¹⁹, soit de la CEDAW et des articles 5 et 6 de la constitution²⁰. Si l'on peut se féliciter de cette évolution, on ne peut que regretter des interprétations divergentes de la loi, obligeant les tunisiennes à se déplacer à l'étranger pour y célébrer leur mariage et, afin qu'il soit transcrit sur les registres d'état civil, d'avoir à en passer par la justice. Les mariages célébrés à l'étranger doivent, en effet, être automatiquement inscrits sur les registres d'état civil (article 37 de la loi de 1957 relative à l'état civil) après que les intéressés en aient informé les consulats tunisiens du lieu de célébration. Mais la plupart des consulats refusent de transcrire les mariages de tunisiennes musulmanes avec des non musulmans. Les tunisiennes n'ont alors qu'une seule solution, demander à la justice d'ordonner la transcription. Et elles obtiennent de plus en plus gain de cause auprès de la justice²¹. Mais encore faut il ce détour par la justice après que la tunisienne ait été obligée de se rendre à l'étranger pour y célébrer son mariage.

Il y a ici une dualité des normes applicables au sein d'un même pays : des officiers d'état civil qui refusent de célébrer un tel mariage et une justice qui valide et ordonne la transcription. Mais, si l'on compare la

¹⁹ TPI Tunis, 29/6/1999, *RTD* 2000, note S. Ben Achour

²⁰ C.A. Tunis, 6 janvier 2004, C. Cassation 20 décembre 2004, note S. BEN ACHOUR, *clunet* 2005-4, p. 1193, Civ. n. du 5 février 2009, inédit.

²¹ TPI Tunis, 6 mai 2006 (n. 59121, inédit).

situation tunisienne à celle des autres pays arabes, il y a une évolution notable vers l'abrogation des discriminations d'ordre religieux.

Quant à l'empêchement lié à la disparité de culte, en matière de successions, il est aussi expressément prévu dans tous les systèmes juridiques des Pays Arabes à l'exception de la Tunisie. L'article 332 du code marocain de la famille dispose que le musulman et le non musulman n'héritent pas l'un de l'autre. L'empêchement est également prévu en droit algérien et en droit égyptien. De même que sont exclus de l'héritage les apostats. Le législateur tunisien n'a pas posé expressément l'interdiction de succéder pour disparité de culte, mais la jurisprudence tunisienne a posé la règle à partir de l'interprétation de l'article 88 du Code du Statut Personnel Tunisien qui dispose que : «l'homicide volontaire constitue un empêchement à la successibilité. Est exclu de succéder le coupable, qu'il soit auteur principal, complice ou faux témoin, dont le témoignage a entraîné la condamnation à mort de l'auteur, suivi d'exécution». Se basant sur le texte arabe (qui seul fait foi) qui débute par "min" (parmi), la jurisprudence a considéré qu'il y avait plusieurs causes d'indignité successorale, que le législateur n'en avait cité qu'un et qu'il fallait donc recourir au droit islamique pour compléter le reste. Elle a par conséquent considéré que la disparité de culte, comme l'apostasie, sont des causes d'indignité successorale. L'argumentation, comme en matière de mariage, ne tient pas debout. L'article 88 et en effet un texte qui édicte une exception au droit de succéder, il doit donc être interprété restrictivement. L'empêchement lié à la disparité de culte est par conséquent un empêchement illégal et c'est ce que plusieurs décisions tunisiennes récentes reconnaissent.

Dans un premier jugement rendu le 18 mai 2000²², les juges de fonds ont refusé de faire de la disparité de culte, un empêchement à succéder. Le Tribunal fait dans cette affaire de l'interdiction de la discrimination religieuse un principe fondamental, fondateur de l'ordre juridique tunisien, en application de l'article 5 de la Constitution tunisienne qui garantit la liberté de conscience. Le tribunal se réfère également à la déclaration universelle des droits de l'homme et aux conventions internationales régulièrement ratifiées par la Tunisie. Le tribunal ajoute que l'interprétation de l'article 88 du Code du Statut Personnel tunisien comme édictant un empêchement lié à la disparité de culte est également contraire à l'article 6 de la Constitution qui garantit l'égalité entre citoyens.

Plusieurs autres décisions des juges du fond ont confirmé l'évolution qui vient de recevoir l'aval de la Cour de cassation tunisienne. En l'espèce, le

²² Tribunal de 1^{ère} Instance de Tunis 18 mai 2000, RTD 2000, note A. MEZGHANI.

recours avait pour objet de priver deux filles de l'héritage de leur père parce que l'une vivait avec un non musulman et l'autre était mariée à un non musulman. Par leur mariage ou leur cohabitation avec des non musulmans, elles seraient, selon le pourvoi, devenues apostates et, partant elles n'héritent pas de leur père. Dans son arrêt rendu le 5 février 2009, la Cour de cassation tunisienne invalide les discriminations d'ordre religieux en matière de mariage et de successions par référence aux articles 5 et 6 de la constitution et à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ou CEDAW. Elle met aussi l'accent sur le caractère patriarcal de l'interdiction faite aux musulmanes d'épouser un non musulman, l'interdiction ayant été posée par le fiqh parce que la femme est placée sous la tutelle de son mari, musulmane, elle ne peut être placée sous l'autorité d'un époux non musulman. Or, la femme n'est plus en droit tunisien, placée sous l'autorité de son mari.

Cette dernière décision a été rendue par une chambre de la Cour de cassation formée en majorité par des femmes. La féminisation de la justice, rendue possible par la sécularisation de la justice, est un facteur important dans l'évolution du statut personnel des pays arabes, l'universalisation des droits et libertés fondamentaux et plus particulièrement de la liberté de conscience.

Cette sécularisation, comme nous l'avons vu n'est certes pas totale, elle est difficile, elle est lente, mais elle n'est pas impossible. La Tunisie semble être dans la bonne voie, il n'est pas exclu que les autres pays arabes la suivent dont certains viennent de réformer leurs codes de la famille dans un sens plus égalitaire et de lever les réserves faites à la CEDAW ou à la convention sur les droits de l'enfant.