

Vers un ordre juridique pour la Méditerranée ?
Introduction historique*
(Jacques Bouineau – professeur d'Histoire du Droit, Université de La Rochelle)

« Un faucon est monté au ciel, un autre a pris sa place ». Tel était le cri, lancé au décès de pharaon. Pharaon, de son vivant Horus (le dieu faucon), devenait Osiris après la mort. *Mutatis mutandis*, par le truchement qu'a constitué l'Ancien Testament, la formule se trouve à l'origine d'un de nos symboles de la continuité de l'Etat : « Le roi est mort, vive le roi ».

La marque de l'Antiquité sur la culture du bassin méditerranéen crée un état d'esprit particulier, celui que nous recouvrons, au sein du CEIR¹, du nom de « romanité », tout fait d'héritage et d'interférences, de repères communs et de cris de déchirures. En ouvrant ces journées, des milliers d'images et de références s'imposent pour répondre immédiatement à la question par l'affirmative : il existe bien un ordre juridique pour la Méditerranée. Mais des conflits douloureux viennent contredire cette assertion sur-le-champ. Il convient en fait de dépasser le niveau de l'émotion pour trouver, dans la culture juridique méditerranéenne, un moyen de démontrer ce sentiment de romanité.

Les exemples abondent. Il nous est bien évidemment impossible de traiter de tout. Notre choix sera limité par les thèmes qui seront évoqués dans ces journées. Mais même si l'on s'en tient à ces derniers, l'entreprise est encore immense. Il va donc falloir choisir, sans trahir, sans réduire. Ce qui sera retenu proviendra de quelques aspects du droit de la famille, parce qu'on dit souvent que si des harmonisations sont aisément envisageables entre droit du nord et droit du sud en matière contractuelle, il n'en va pas de même en matière de droit familial, dans lequel la *shari'a* est exclusive.

S'il est vrai que le droit romain constitue la matrice pour les droits du nord et du sud dans le premier cas², il est faux de prétendre que la seule source du droit familial méridional découle de la *shari'a*, même si son influence est très forte³.

En outre, la norme technique ne peut se comprendre qu'au sein d'une vision politique et juridique globale, et au demeurant, vous avez fait appel à un historien du droit public dans le cadre de cette rencontre de privatistes.

Pour un publiciste, un des legs les plus fondamentaux du droit romain réside dans le concept de *res publica*. Pour des raisons historiques - la péninsule arabique n'est pas constituée en Etat avant l'Islam et, zone périphérique de l'Empire romain, elle subit une romanisation d'autant plus superficielle que celle-ci vient heurter les intérêts des chefs locaux -, la notion ne passe pas aux cultures du sud. S'y substitue le concept d'*umma*.

Si l'on s'en tient à la lettre, les différences se creusent jusqu'à devenir divergences. Si l'on veut (et aujourd'hui il faut) faire un effort, il convient de quitter les contradictions d'apparence. Il convient de remettre en cause le handicap que constitue pour le sud l'absence de *res publica*, et la fragilité que constitue pour le nord les coups de boutoir portés contre ce même concept de *res publica*.

* Sylvie Ferré-André (dir.), *Vers la création d'un ordre juridique pour la Méditerranée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 17-25.

¹ Centre d'Etudes Internationales sur la Romanité (EA n° 4227 – Université de La Rochelle) : <http://mapage.noos.fr/assmed/ceir.html>

² V., par exemple, l'étude de Hassan Abd El-Hamid, « Politique, droit et commerce dans la civilisation musulmane », *Méditerranées* 32, 2002, p. 27-61.

³ Se reporter à l'ouvrage du Premier président de la Cour de cassation égyptienne, Abdel-Aziz Bacha Fahmy, *Brocards romains et proverbes musulmans*, Le Caire, 1950.

Pour réfléchir, nous proposons de partir de quelques exemples tirés du droit privé, qui nous permettront de situer des hommes dans une cité (I). Ensuite, nous élèverons le débat pour comprendre mieux les cadres d'ensemble, ceux qui permettent de dire que la cité est faite pour les hommes (II).

I/ Des hommes dans une cité⁴

Même si les convergences sont réelles entre les systèmes juridiques du nord et ceux du sud, on sait bien que les différences sont fortes. Jusqu'à quel point ? Pour nourrir le débat, il est peut-être enrichissant de mettre en regard dissonances (A) et assonances (B), à partir d'exemples précis, mais limités. Dans le premier cas, nous traiterons de l'adoption, du mariage dans le second.

A/ Dissonances

Repardons de définitions simples.

En droit romain, on appelle adoption le fait pour un père naturel de céder son enfant à l'adoptant⁵. Lorsqu'un *pater familias* passe sous la puissance d'un autre *pater* il s'agit d'une adrogation. La famille de l'adrogé disparaît dans celle de l'adrogeant ; c'est pourquoi le peuple est consulté.

Que lit-on en droit musulman ? « Dieu n'a pas fait à un homme deux cœurs dans son intérieur. Il n'a pas fait... de vos appelés [adoptifs] vos propres fils » (Coran⁶ XXXIII, 4⁷) ; « Appelez-les [du nom] de leurs pères. C'est plus équitable auprès de Dieu » (Coran XXXIII, 5⁸).

Dans le premier cas (en droit romain) : les hommes sont soumis à un ordre juridique, qui peut se modifier lui-même (l'adrogation anéantit le cadre juridique qu'est la famille) ; la condition en est de revenir vers la source du droit, c'est-à-dire le peuple. Tel est le fondement de la question qui est posée au peuple. Une famille agnatique peut se fondre entièrement dans une nouvelle famille agnatique.

Dans le second cas (en droit musulman) : les hommes sont soumis à un ordre divin, et la « révélation » divine s'impose à l'opinion contraire émise par les hommes. La famille agnatique ne peut dès lors pas être rompue.

La divergence est-elle rédhibitoire ? Non : la lettre diverge, mais converge l'esprit : dans les deux cas, l'adoption (ou quelque chose qui y ressemble) est pratiquée. La principale différence tient aux effets juridiques : l'enfant adopté romain a vis-à-vis du père adoptif des droits comparables à ceux des enfants naturels ; l'enfant adopté musulman ne jouit que de droits affectifs. Mais on sait que cette interdiction de liens juridiques remonte au temps du prophète, et tient à des circonstances personnelles de la vie de Mahomet : lorsqu'il veut épouser la femme de son fils adoptif Zayd, le peuple considère cela comme un inceste, et c'est alors que Mahomet « révèle » ce que Dieu lui a dit : « ... Lorsque Zayd eut achevé le besoin avec elle, nous te l'avons donnée comme épouse, afin qu'il n'y ait aucune gêne pour les

⁴ Pour les notions de base, nous renvoyons à Jeanne Ladjili-Mouchette, *Histoire juridique de la Méditerranée. Droit romain, droit musulman*, Tunis, Université de Tunis, 1990, 728 p.

⁵ Justinien interdira l'adoption plénière : l'enfant adopté conservera le nom de son père naturel.

⁶ Nous utilisons *Le Coran. Version bilingue arabe-française* par Sami Awad Aldeeb Abu-Sahlieh, Vevey, Les éditions de L'Aire, 2008, 579 p. ; la page citée en référence désormais renvoie par conséquent à la localisation dans cet ouvrage.

⁷ *Op. cit.*, p. 440.

⁸ *Op. loc. cit.*

croyants avec les épouses de leurs adoptifs, lorsque ceux-ci ont achevé le besoin avec elles. » (Coran XXXIII, 37⁹).

B/ Assonances

En droit romain, le mariage *cum manu* fait passer la femme dans la famille de son mari ; mais les juristes classiques (Paul, D, 23, 2, 2) insistent sur la nécessité du consentement : *consensus facit nuptias*.

Le divorce, en cas de mariage *cum manu*, ne peut s'ouvrir qu'au bénéfice de l'homme ; dans le mariage *sine manu*, la femme en a la faculté aussi et, dès lors, ne s'en prive pas¹⁰. Les limitations au divorce viennent de Dieu : en 438¹¹, le Code théodosien (3, 16, 1, 2) restreint la liberté en exigeant de justes motifs ; Justinien (C, 3, 16, 1, 2 ; Nov. 22, 117, 134) confirme et amplifie en énumérant des « causes légitimes » de divorce.

En droit musulman, la femme est considérée comme un bien pour son mari et son consentement n'est pas requis pour le mariage : « Les hommes s'élèvent au-dessus des femmes parce que Dieu a favorisé certains par rapport à d'autres, et aussi à cause des dépenses qu'ils font de leurs fortunes » (Coran IV, 36¹²).

Quant au divorce¹³, la sourate LXV¹⁴ lui est entièrement consacrée ; la femme n'y peut prendre l'initiative. Néanmoins, les *hadîth* autorisent la femme à demander le divorce judiciaire ; certes la femme y apparaît comme l'objet du problème à résoudre, mais le résultat est là : aujourd'hui, en Egypte du moins, le divorce est très fréquemment demandé par les femmes.

On constate donc une double convergence :

D'une part, les règles évoluent dans le temps : les femmes n'ont, au départ, aucun droit ; elles en acquièrent progressivement. Hormis en Egypte ancienne, où la femme jouissait de droits, y celui d'exercer une profession publique, dans la quasi totalité des autres civilisations, la femme est considérée comme inférieure à l'homme. Aujourd'hui, en Méditerranée, l'égalité entre les sexes est encore à l'état de projet.

D'autre part, la règle religieuse restrictive peut être contredite par les hommes, qu'ils parlent ou non au nom de Dieu, dès lors que des intérêts de gouvernants ne sont plus directement impliqués, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire du mariage de Mahomet avec la femme de son fils adoptif.

Nous proposons donc quatre conclusions à l'issue de ces remarques touchant à l'adoption et au mariage.

Tout d'abord, les contraintes naissent davantage de la qualité des protagonistes que d'une norme universelle applicable à tous, quels qu'ils soient.

Ensuite, aucune norme, fût-elle d'origine divine, n'est infrangible.

D'où il ressort que l'être humain s'autonomise progressivement au sein d'un ensemble plus vaste.

Enfin, le cadre de vie originel de ces communautés d'hommes¹⁵ est constitué par la Méditerranée.

⁹ *Op. cit.*, p. 444.

¹⁰ On connaît la notation de Sénèque (*De benef.* III, 16, 2) d'après laquelle les femmes romaines du I^{er} siècle ne nomment plus les années d'après le nom des consuls, mais d'après celui de leurs maris...

¹¹ Le christianisme est devenu religion d'Etat en 391, sous le règne de Théodose I^{er} ; le Code théodosien a été promulgué sous celui de Théodose II.

¹² *Le Coran, op. cit.*, p. 455.

¹³ *Al-thalâq* signifie aussi bien « divorce » que « répudiation ».

¹⁴ *Op. cit.*, p. 488-489.

¹⁵ Entendu évidemment ici au sens d' « êtres humains ».

II/ Une cité pour des hommes

Quittons l'observation des règles qui régissent les rapports des hommes entre eux et hissons-nous sur la scène où l'homme vit en groupe. Autrement dit, considérons à présent les rapports de droit public. Tout comme précédemment, seuls quelques exemples seront sélectionnés. Dans un premier temps, nous verrons comment le cadre de l'espace public est pensé du droit romain au droit musulman (A), ensuite nous observerons de plus près ceux qui peuplent cet espace, et principalement ceux qui ne sont pas autochtones : les étrangers (B).

A/ Cadre

« Les rapports du juridique et du religieux dans la pensée juridique musulmane sont des rapports extrêmement complexes. Pour comprendre cela, il suffit de penser au rapport profond qui existait en Europe entre religion, politique et droit pendant l'Antiquité et le Moyen Age. La pensée juridique musulmane ne se sépare pas de la pensée religieuse, c'est-à-dire que les concepts juridiques sont des concepts juridico-religieux »¹⁶. Toutefois, malgré cette réelle ressemblance, l'apport du droit n'est pas le même entre civilisation chrétienne et civilisation musulmane : dans le premier cas on a affaire à une véritable « science », autonome, qui donne naissance à des règles qui permettent de fonder l'Etat, alors que tel n'est pas le cas dans la deuxième sphère culturelle.

Le droit romain, singulièrement grâce à la redécouverte des compilations de Justinien, offre les linéaments de la *res publica* en jetant les bases de la puissance d'Etat, non pas personnelle, mais institutionnelle, à travers les deux formules si souvent reprises par les publicistes : *Quod principi placuit legis habet vigorem*¹⁷ et *Princeps legibus solutus est*¹⁸. Cette référence au droit romain, alliée à la réflexion de Marsile de Padoue sur la spécificité de l'Etat, aboutit naturellement, à l'époque moderne, aux grandes théories fondatrices de l'Etat. En France du moins. Mais la France est un pays particulier. Ses légistes ont, depuis le XIV^e siècle, jeté les linéaments de l'indépendance royale et de l'autonomie de l'Etat en s'appuyant sur les enseignements tirés de Justinien. A l'inverse, la doctrine de droit public allemand, au XVI^e siècle, attribuera les prérogatives régaliennes trouvées chez Ulpian, non pas à l'empereur, mais aux princes des *Länder*. C'est dire que la même source alliée à la même religion ne produit pas les mêmes effets sur la rive nord de la Méditerranée.

En droit musulman, les choses sont encore différentes : le concept de droit public n'existe pas. « La transportation (*Intikâl*) du pouvoir n'est pas organisée juridiquement. Ce silence, dans des circonstances différentes, donne à la société musulmane une grande capacité de s'adapter aux circonstances changeant à chaque époque »¹⁹. Ce qui revient à dire que la succession au pouvoir relève du fait personnel plus que du concept juridique.

Ainsi, d'apparence : premièrement, la *res publica* exprime une norme juridique, tandis que *dâr al-islam* est un concept religieux. Mais dans les deux cas, l'origine du pouvoir est le peuple de Dieu (saint Paul²⁰, *umma*), incarné par l'empereur à Rome, par le calife en islam ; l'empereur est acclamé sur le pavois, le calife délégué par l'*umma*. Le peuple musulman ne meurt jamais, tandis que c'est l'Etat qui survit aux crises politiques, à Rome d'abord, en

¹⁶ Hassan Abd El-Hamid, « *Umma, khilâfa*, citoyen : réflexions sur quelques conceptions fondamentales du droit public musulman », *Méditerranées* 9, 1996, p. 26.

¹⁷ Ce qui plaît au prince a force de loi.

¹⁸ Le prince est au-dessus des lois.

¹⁹ Hassan Abd El-Hamid, *op. cit.*, p. 29.

²⁰ *Non est potestas nisi a Deo* : il n'y a pas de pouvoir, si ce n'est celui qui vient de Dieu.

France ensuite : « Le roi est mort, vive le roi. » La permanence ne serait donc pas de même nature du sud au nord de la Méditerranée ?

Observons d'une autre manière. A Rome, la *res publica* se fissure largement face à l'impérialisme des hommes²¹. De plus, certains gouvernements, pour être de culture romaine et soumis à des règles, ne constituent pas pour autant une *res publica*²². Le concept de *res publica*, à notre sens²³, résulte de la rencontre d'un héritage culturel romain et d'une volonté d'être ensemble au sein d'une structure commune où sont privilégiées les valeurs communes au détriment de l'affirmation des communautarismes.

De son côté, *dâr al-islam* est en vérité fragmentée en Etats où les contraintes et les pesanteurs ne sont pas les mêmes, mais où se perd souvent de vue la notion d'intérêt collectif.

La solution pour les deux semble donc passer par la réaffirmation d'une norme simple, acceptable par tous, dans laquelle une grande différence est faite entre le domaine public (lieu de toutes les ressemblances) et le domaine privé (siège de toutes les spécificités).

B/ Acteurs

Si l'on considère à présent non plus le cadre, mais les principes juridiques qui se meuvent au sein de la *res publica*, on se trouve en présence de *personae*²⁴. Ne pouvant pas traiter de la problématique dans son ensemble, nous évoquerons simplement la question de soi et de l'autre, c'est-à-dire le regard porté sur les étrangers.

En droit romain, il convient de distinguer avant et après Caracalla. Avant 212, règne la multiplicité de statuts ; la *constitutio antoniniana* vient offrir une norme (presque) commune²⁵. Cette disposition se trouve confirmée par la constitution de Justinien de 531, qui supprime le dualisme en matière de propriété. Dès lors, l'uniformisation est visible dans le vocabulaire : avec Justinien le *jus quiritium* devient le *jus romanum*, synonyme du droit commun aux hommes. Ne demeurent donc étrangers que ceux qui – hormis les *deditices* – ne sont pas issus de la *res publica*.

La situation est plus complexe en droit musulman. Ici, l'autre c'est évidemment l'étranger, celui qui se trouve hors de *dâr al-islam*, mais c'est aussi l'étranger en terre d'islam - que l'on retrouve dans une dimension comparable en droit romain - et c'est enfin le musulman d'opinion minoritaire. La différence tient avant tout à la religion. Pour avoir une citoyenneté complète, il faut être musulman et résider en terre d'islam. L'étranger non musulman en terre d'islam est un *dhimmî*.

Mais la religion permet aussi de *religere*, en ce sens qu'elle permet de transcender les différences juridiques. Il reste simplement à savoir de quelle manière elle sera vécue : philosophie œcuménique ou dogme sectaire. Car c'est bel et bien à une philosophie que les religions de Méditerranée – du moins le christianisme et l'islam – doivent bien de leurs repères : le stoïcisme. Celui-là même qui a aboli la distinction entre Hellènes et Barbares. Grâce à lui est apparue une *cosmopolis* en face de la *polis*, et comme « l'homme, qui est une manifestation de l'Etre, a en lui-même l'éclair divin, un *logos* individuel qui participe au *logos* universel. Il en résulte que l'homme devient l'annonciateur de l'Etre d'une part, et que

²¹ Paul Veyne, « Qu'était-ce qu'un empereur romain ? », in : *L'Empire gréco-romain*, Paris, Seuil, 2005, p. 15-78.

²² Ainsi le Saint Empire Romain Germanique, à propos duquel on connaît la formule de Pufendorf : « corps quelconque irrégulier et semblable à un monstre » (*irregulare aliquod corpus et monstro simile*).

²³ *Traité d'histoire européenne des institutions, XVI^e-XX^e siècle*, Paris, Litec, 2009, p. 522-523.

²⁴ Sur cette notion, v. nos travaux, et singulièrement : *1789-1799 : Les Toga du Pouvoir ou la Révolution de Droit Antique*, Toulouse, Association des Publications de l'Université de Toulouse-le-Mirail et éditions Eché, 1986, p. 233-302, et notre article : « Personne et *res publica* en Europe dans les monarchies absolues », Paris, L'Harmattan « Méditerranées », vol. *Personne et res publica*, 2008, p. 9-51.

²⁵ Caracalla, en effet, « donne à tous les pérégrins qui sont sur terre le droit de la cité romaine, tout en conservant le droit des cités, à l'exception des *deditices* ».

vivre selon la nature signifie vivre selon la volonté divine de l'autre »²⁶. Or si l'enseignement de la religion se limite aux fondamentaux, qui se retrouvent dans la plupart des discours religieux, et qui sont en tout cas le socle de christianisme et de l'islam (amour du prochain, paix, assistance etc.), celle-ci ne devient plus ferment de division. Elle permet même d'unir Droits de l'Homme, christianisme et islam, qui considèrent tous que les hommes sont ontologiquement égaux. La liberté, en revanche, continuant à poser certains problèmes d'interprétations divergentes.

Pour obvier aux disparités, sources d'antagonismes, un effort d'intelligence est requis. Il pourrait résider dans la transformation de *dâr el-harb* (le monde de la guerre qui refuse l'islam) en *dâr el-nâs* (le monde des hommes) ; dès lors l'humanisme pourrait être recevable, sans se plier aux cadres des Droits de l'Homme. L'affirmation de l'égalité des hommes pourrait être le ciment de l'union de la Méditerranée, si l'on voulait bien revenir aux principes, au lieu de constater des différences nées d'une sorte de nominalisme behaviouriste. Un rapprochement de l'*ihlas*²⁷ des soufistes avec l'Homme des humanistes pourrait grandement faciliter la démarche.

Conclusion :

L'identité méditerranéenne de demain réside peut-être dans un concept rénové du trésor romain, seul capable de constituer une alternative à la globalisation, et seul susceptible en tout cas de nous permettre à tous, au lieu de nous regarder les uns les autres avec des degrés de défiance qui peuvent parfois faire douter de l'intelligence humaine, de nous permettre de regarder ensemble dans la même direction. Alors, l'analyse de Tabarî prendra un relief nouveau : « Les hommes ne formaient qu'une seule communauté, puis ils se sont opposés les uns aux autres. »

²⁶ Hassan Abd El-Hamid, « L'homme cosmopolite dans la pensée du soufisme musulman », *Méditerranées* 25, 2000, p. 92-93.

²⁷ « Recherche de l'authenticité la plus totale, non seulement avec Dieu, mais aussi et d'abord avec soi-même et les autres. », Hassan Abd El-Hamid, « L'homme cosmopolite... », *op. cit.*, p. 95.