

LA COHABITATION DES SYSTEMES JURIDIQUES DES PAYS ARABO-MUSULMANS DANS L'AIRE MEDITERRANEENNE ET LE DEPASSEMENT DES MYTHES¹

Filali OSMAN

Professeur, Université Bourgogne-Franche-Comté– CRJFC

Chercheur associé au CDACI (Univ. De Montréal)-

et au CREDIMI (Univ. Bourgogne)-.

ANCIEN CONSEILLER DE GOUVERNEMENT

Résumé

Nous observons l'existence d'une communauté entre droit musulman et droit romain, à la suite d'autres auteurs et de codificateurs... A contre-courant de la vague 'civilisatrice' qui domine encore la géopolitique, nous relevons l'existence d'un fonds commun de civilisation méditerranéenne, justifiant l'émergence de principes généraux de droit communs aux deux rives de la méditerranée. Il est même possible de réaliser une synthèse entre le droit musulman et les travaux législatifs importants en droit civil en Europe comme par le passé. Il existe bel et bien une identité de la Méditerranée et une convergence des systèmes juridiques à l'origine d'une *lex mediterranea* perméable aux phénomènes de circulation des modèles juridiques, au cosmopolitisme, bref à la cohabitation.

1.L'histoire du droit permet d'observer que tous les espaces géographiques (Amérique du Nord, Afrique, Pays Arabes, Asie, Europe, etc.) mettent en cause des systèmes juridiques culturellement différents mais toujours en quête d'une équivalence des résultats

¹-Mes plus vifs remerciements vont à mon ami le Pr. Ali Bencheneb qui a accepté de relire ce manuscrit et de prodiguer de précieux conseils.

selon Roberto Sacco². On constate, en effet, en dehors du droit de la famille, un tronc commun des lois en présence présidant à des principes généraux communs visant aussi bien les droits processuels nationaux que les autres branches du droit (contrats, obligations, suretés, sociétés, arbitrage, médiation). Nous avons ainsi, dans une série de travaux collectifs, mis à jour l'émergence et la consolidation d'une véritable *lex mercatoria mediterranea* dans l'espace méditerranéen et ce, en dépit de quelques îlots de résistance constitués par les droits de la famille, le droit fiscal ou encore le droit social³. Sans doute la première *lex mediterranea* fut-elle une *lex maritima*.

2.Or, les droits des 9 pays arabo-musulmans membres de l'UpM⁴ où l'Islam est la religion dominante et qui sont perméables à la circulation des modèles juridiques, n'échappent pas à ce constat. En effet, l'histoire du droit témoigne de l'expansion pacifique du droit romain et de son influence dans la zone méditerranéenne, illustrant ainsi cette compénétration inter-systémique. Enfin, il est important de noter l'impact fondamental des écoles orientales, notamment de Beyrouth et de Constantinople dans le perfectionnement du droit romain. Ce droit a été redécouvert et largement incorporé dans les droits occidentaux grâce à l'action des juristes, principalement italiens, du XIIème et XIIIème siècle. Ne dit-on pas qu'Ulpian, un Syrien, était le plus grand jurisconsulte romain ?⁵.

²-R. Sacco, « Définitions savantes et droit appliqué dans les pays romanistes », *RIDC*. 1965, p. 612 ; *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, pp. 54-59.

³-*Vers Une Lex mercatoria mediterranea : harmonisation, unification, codification du droit dans l'Union pour la Méditerranée* (s. direc. Filali OSMAN), Bruxelles, Bruylant, Série droit méditerranéen, 2012, 389 p.

⁴- Ces pays sont la Mauritanie, le Maroc, l'Algérie, la Tunisie, l'Égypte, la Syrie, Le Liban, la Palestine, la Syrie et la Jordanie. La Libye et l'Iraq ont le statut d'observateur.

⁵-Encyclopédie Universalis – article : « *Ulpian, Domitius Ulpianus dit* ».

3. La naissance à Paris, le 13 juillet 2008, dans le prestigieux Grand Palais, de l'Union pour la Méditerranée –UpM-, regroupant 43 pays -dont les 27 de l'Union européenne- (désormais 28) est-elle la première pierre du futur édifice d'un droit méditerranéen uniforme ? Le rayonnement régional auquel aspire la toute jeune UpM contribuera-t-il à surmonter tous les pièges qui jalonnent la route qui mène aux rivages de l'Île d'Ithaque dans laquelle 43 Etats adopteront un droit méditerranéen uniforme ? Sans doute, une partie de la doctrine y sera-telle hostile, à l'image de M. Pierre Legrand dont on ne peut manquer de relever le terrible réquisitoire contre un code civil européen. « Ce qui est vrai, écrit-il, c'est que l'Europe n'a jamais connu un jus qui fut véritablement commune dans la mesure où le droit savant et latinisé auquel il est fait référence n'a jamais séduit la common law anglaise autrement que de manière parfaitement marginale »⁶. Un autre juriste, canadien, n'a pas hésité à qualifier l'entreprise d'uniformisation de mythe qui serait le produit d'un autre mythe : celui du droit comparé⁷.

4. Ce scepticisme se retrouve avec la même intensité dans des travaux doctrinaux du début du siècle et, notamment ceux de Karl Wieland pour qui la réalisation d'un droit mondial ne peut viser que le seul droit international privé comme par exemple les règles de conflit de lois. En revanche « remplacer les diverses législations par un code mondial serait un magnifique idéal (...)

⁶-« Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC* 1996, pp. 779-812, spéc. 806-807.

⁷-M. Boodman, «The Myth Of Harmonisation Of Laws», *Am. Jour. of Comp. Law*, Vol. 39, 1991, pp. 699-724, spéc. 724. Contra R. Sacco qui insiste tout particulièrement sur la circulation des modèles juridiques : *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *Economica*, 1991, pp. 122-126 ; add. « La circulation du modèle juridique français, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Franco-italiennes, Tome XLIV, Paris: Litec 1993; G. Ajani, « La circulation de modèles juridiques dans le droit post-socialiste », *RIDC*. 1994, pp. 1087-1105 qui observe que le nouveau code civil (1992) ainsi que le code de commerce de la République tchèque attribue une très grande importance aux modèles uniformes comme par exemple la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur le contrat de vente internationale de marchandises, *ibid.*, p. 1099.

une utopie ». Mais l'auteur reconnaît néanmoins que, de cette condamnation de l'unification du droit, il faut « excepter (...) la matière du change dépouillé très nettement de tous les facteurs de différenciation nationale »⁸.

5. Pourtant ces rêves d'unification n'ont jamais cessé et ont déjà été fait, ailleurs et jadis, pour d'autres regroupements régionaux. C'est ainsi que les pays scandinaves, ceux d'Amérique latine, et enfin ceux de l'Europe dite occidentale ont pris rapidement conscience de ce que leurs codifications, par essence politiques, constituaient un obstacle à leur unité économique et politique et ont essayé d'unifier leurs droits des affaires. L'exemple latino-américain est tout à fait topique de ce constat puisque, dès 1875, le Gouvernement péruvien convoquait un groupe de juristes afin d'adopter un code de droit privé commun à sept États.

Malheureusement les obstacles politiques à surmonter ont été tels que l'adoption de règles de conflit de lois uniformes, bien que moins ambitieuse, apparut comme une entreprise beaucoup plus réaliste que celle portant sur l'unification du droit civil et commercial de l'ensemble des sept États.

6. L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), créée par le Traité de Port Louis (Ile Maurice) du 17 octobre 1993, relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, est à l'origine d'un droit africain des affaires uniforme qui constitue un bel ouvrage législatif interétatique même si son application se heurte aux obstacles du sous-développement des pays membres.

⁸—« Sources du droit et droit mondial », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, L.G.D.J., 1938, pp. 473-474, rééd° par Librairie Duchemin, 1977. Contra E. Lambert pour qui le « scepticisme » de Wieland ne vise « pas tant les aspirations à l'uniformisation de branches ou de chapitres du droit eux-mêmes que le procédé par lequel on cherche les plus généralement à réaliser ces aspirations : la législation uniforme » : « Sources du droit ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, *op. cit.*, p. 480.

7. Si l'on excepte ces exemples, la réalisation d'un droit uniforme a historiquement été envisagée, voire rêvée, d'abord pour le droit du commerce international. On doit, en effet, à Édouard Lambert d'avoir été l'un des pionniers à faire le rêve d'un droit mondial, dans les années qui suivirent le Congrès international de droit comparé, organisé dans la capitale française à l'occasion de l'exposition universelle de 1900, par la société de législation comparée. Dès 1903, Edouard Lambert rédige un ouvrage au volume impressionnant de 927 pages intitulé « Études de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé » (Paris : V. Giard & E. Brière, 1903) qu'il présentait comme étant seulement la première partie de son introduction. Malheureusement, l'ouvrage ne connut pas de suite bien que les formes de ce jus commune, dont le champ spatial était la planète, laissait une place considérable, tant à la doctrine, qu'aux opérateurs du commerce international eux-mêmes par le biais, notamment, des usages corporatifs.

8. Depuis, les arguments souvent invoqués en faveur de l'unification des droits matériels ne manquent pas ; ils sont d'autant plus convaincants qu'ils se cristallisent autour de l'insécurité juridique suscitée par la disparité des systèmes juridiques, réelle ou supposée, disparité à laquelle la méthode conflictuelle ne permet de pallier que de manière résiduelle. L'application de tel droit national à la place d'un autre droit reste, en effet, déterminante de la solution juridique qui peut être donnée en cas de différend.

9. En outre, même unifiées, les règles de conflit de lois débouchent indéfectiblement sur l'application d'un droit national. C'est ce qui explique que l'unification ait eu très rapidement pour moteur les nécessités unificatrices du commerce international mais, en même temps ait été freiné par des obstacles politiques et culturels.

10.Le projet d'un droit méditerranéen uniforme ne risque-t-il pas de se heurter aux mêmes écueils, qu'il s'agisse de codification, d'unification ou d'harmonisation ou même de cohabitation du droit de 43 Etats dont l'unité politique reste un chemin jalonné d'embûches ?

11.Les savants du droit, qu'ils soient universitaires ou praticiens du droit, appartenant aux 43 Etats Parties à l'Union pour la Méditerranée, sont-ils à même de les surmonter ? La doctrine est coutumière de ce type de défi et des difficultés à affronter. En effet, à peine les États modernes eurent-ils achevé l'œuvre éminemment politique de codification de leur droit au cours du XIX^{ème} siècle, et au début du XX^{ème} siècle, qu'ils s'assignèrent pour mission de contribuer à l'harmonisation et/ou l'unification du droit en Europe et dans le monde.

12.Les échecs sont nombreux comme en témoigne le projet franco-italien de code des obligations et des contrats de 1927 dont les travaux furent entrepris officiellement au lendemain de la première guerre mondiale, en 1920, sous la direction de Ferdinand Larnaude et Vittorio Scialoja qui en avait lancé l'idée dans un article paru en 1916 dans la Nueva Antologia. Mais, ne sont-ce pas là les difficultés auxquelles la toute jeune UpM pourrait se heurter ?

13. A la différence des pays latino-américain, sous influence du seul système romano-germanique, l'UpM englobe trois systèmes juridiques que sont le droit musulman, le droit romano-germanique et la common law. L'entreprise de cohabitation des systèmes juridiques est indubitablement plus ardue. Quelle place et quelle cohabitation sont de l'ordre du concevable avec le droit musulman ?

14.Il convient, au préalable, de s'accorder sur la définition de la notion de "système juridique". Celle-ci se distingue de la notion

“d’ordre juridique” en ce que l’objet couvert diffère⁹. En effet, le système dépasse l’ordre, qui n’en est, finalement, qu’une composante¹⁰. L’ordre juridique se définit comme l’ensemble des normes juridiques, des acteurs veillant à l’application de ces normes et au respect des institutions dont elles émanent¹¹. Pour le juriste italien Santi Romano dans son œuvre magistrale, ‘L’ordre juridique¹², l’ordre juridique est une institution. Or, « l’institution est tout être ou corps social »¹³ et il y a « autant d’ordres juridiques que d’institutions »¹⁴. Il apparaît que « Ordre juridique et institution sont considérés par Santi Romano comme synonymes et qu’organisation, structure, unité du groupe social représentent les mots clés pour définir l’institution »¹⁵.

15. Les ordres juridiques peuvent être de nature étatique ou non. Il existe, par exemple, des ordres juridiques religieux, voire économiques comme celui de la Lex Mercatoria. Citons, à cet égard, les ordres ecclésiastiques produisant une norme religieuse tirée d’un texte religieux et appliqué par son clergé.

16. De manière différente, le système juridique transcende les ordres en les réunissant au sein d’un complexe juridique plus vaste permettant leur coexistence simultanée. C’est pourquoi il

⁹-CATALANO Pierangelo « Identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques », *Revue ASPECTS*, n°1-2008, pp. 27-41.

¹⁰ -*Ibid.* p. 30.

¹¹-Voir en sens Guy Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », les Cahiers de droit, vol. 29, n°1, 1988, p.91-120.

¹²-Santi Romano, *L’ordre juridique.*, Paris, Dalloz, 1975, pp. 77-159, spéc. 79-82 ; Ost (François) et Van de Michel Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit.*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires St Louis, 1987, pp. 244-245 ; Rigaux (François), *Introduction à la science du droit.*, Bruxelles, Editions Vie Ouvrière, 1974, p. 364. ; Le droit au singulier et au pluriel., *Rev. int. étud. jur.* 1982, n° 9, p. 51 ; M.F RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l’exercice de la fonction constituante.*, Bruxelles, Maisons F. Larcier S.A Editeurs, 1985, p. 270 (335 p.).

¹³-*Ibid.*, p. 25.

¹⁴-*Ibid.*, p. 77.

¹⁵-Paolo Alvazzi del Frate, « L’institutionnalisme juridique dans la doctrine italienne du XXe siècle : Considérations sur l’institutionnalisme de Santi Romano, *Revue d’histoire des facultés de droit*, 2012, N°32, p.389-396, spéc.p393.

convient de prendre appui sur la typologie mise en évidence par René David, qui conduit à tenir compte des systèmes de droit romano-germanique, de droit de Common Law et de droit musulman¹⁶.

17. Afin de mieux comprendre cette classification, il faut s'intéresser à la spécificité culturelle du système juridique musulman, à savoir le droit généré par l'avènement de l'Islam. Le système juridique musulman, contrairement aux autres systèmes juridiques de l'UpM, prend ses sources dans la religion. En effet, ce droit a pour principales sources le Coran c'est à dire la parole de Dieu et la Sunna c'est à dire les dires et pratiques du Prophète¹⁷. Le fait que le système juridique prend sa source directement dans la religion va avoir plusieurs conséquences. La première est que le droit va se construire autour de la religion.

18. Selon certains auteurs, l'assise religieuse du droit musulman constituerait un obstacle majeur à la cohabitation. Or, l'observation du droit positif, et notamment du droit des 43 Etats de l'UpM, met indubitablement en exergue la nécessaire coexistence de considérations morales et juridiques dans la formulation et l'interprétation de la règle de droit. Le « véritable positivisme ne consiste pas dans le fétichisme de la loi, mais au contraire dans la destruction de la croyance à la toute puissance et bonté de la loi », écrivait Ripert¹⁸. Or, poursuit ce dernier, « il reste que la loi est la force et contre cette force peuvent seules lutter d'autres forces. Il faut alors faire appel à la morale pour suppléer le droit ou, le combattre au besoin (...). La notion de morale rôde autour

¹⁶-René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz, 2002, 11e édition, page 16.

¹⁷-V. en ce sens : H. Bleuchot, « Les fondements du droit musulman », *Droit musulman : Tome 1 : Histoire. Tome 2 : Fondements, culte, droit public et mixte*, Aix en Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p.437-475, 2015, spéc.p.449.

¹⁸-Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949, n° 208, pp. 409-410., n° 20, pp. 409-410.

de la demeure du droit (...). Si on veut que le droit reste imprégné d'idéal, il faut entretenir une communion à des idées morales que nous jugeons supérieures à toutes autres, soit par une croyance invincible, soit par une constatation scientifique du progrès qu'elles ont apporté dans la société des hommes »¹⁹.

19. Une autre difficulté réside dans le fait que le système juridique musulman ne connaît pas de frontière, puisque se basant sur la religion, il implique aussi qu'il s'adresse à tous les croyants²⁰. Par conséquent, on se trouve en présence d'un système juridique qui intervient non seulement dans les pays arabes mais qui a vocation à s'appliquer dans tous autres pays.

Selon Hervé Bleuchot, il faut étudier le droit musulman dans un ensemble vaste politique, contemporain, historique et social²¹. On peut donc relever que certes cette spécificité culturelle est très marquée mais les occidentaux, actuellement, font cohabiter leur système juridique avec le système juridique musulman. Ainsi, on voit bien qu'en dépit de cette spécificité, il est possible de faire cohabiter les systèmes juridiques au sein de l'UpM.

20. Enfin, dernière difficulté, le droit musulman est casuistique. Il donne des solutions à des problèmes concrets. Ainsi on n'a pas, sauf rare exception, de théorie générale en droit musulman. La règle de droit doit descendre des textes pour donner une solution à un cas d'espèce²².

¹⁹-*Ibid.*

²⁰-V. en ce sens : le petit juriste, « Droit comparé : vers une nouvelle classification des systèmes juridiques. » spéc., p.21.

²¹-V. en ce sens : H. Bleuchot, « L'étude du droit musulman : jalons pour une convergence (entre l'islamologie juridique et l'anthropologie juridique) », spéc.p203.

²²-V. en ce sens : H.A Dabbagh « Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des Etats arabes du Moyen Orient » spéc.p.390-391, H.A Dabbagh « « La réception du modèle juridique français par le code civil irakien » spéc.p273 et H. Bleuchot, « Les fondements du droit musulman. » spéc., p42.

21.Ce sont toutes ces conséquences qui rendent le droit musulman si spécifique. Nous avons donc une culture en relation étroite avec la religion et donc avec le droit. En cela le système juridique musulman présente une singularité forte par rapport aux deux autres systèmes en vigueur dans l'UpM. Il ne suffit pas d'affirmer que la diversité est une richesse et que, selon Pierangelo Catalano, les différences doivent être renforcées pour aboutir à une fin universelle supérieure²³. Encore faut-il montrer en quoi elles ne s'opposent pas à une cohabitation au sein de l'UpM.

22.Or, l'UpM est basée sur un système de coopération interétatique complétée par la mise en place d'accords bilatéraux entre l'Union Européenne et chacun des Etats de la rive Sud de la Méditerranée. Cette Union est à la fois en continuité et en rupture avec le processus de Barcelone initié le 28 novembre 1995. Ce sont de tels accords qui constituent la base juridique de la cohabitation, du moins dans le domaine du droit des affaires, entendu lato sensu et, incluant donc le droit des contrats, principal instrument de ce commerce.

23.Il s'agit là d'une forme de cohabitation, produite par l'utilisation de règles identiques dans plusieurs conventions internationales en vigueur dans l'espace méditerranéen. En effet, les sept accords d'association en vigueur, sur les huit conclus entre l'Union européenne et l'Égypte, Israël, la Jordanie, le Liban, le Maroc, la Tunisie et l'Algérie paraissent contribuer à cette cohabitation en même temps qu'ils constituent une base légale d'une *lex mediterranea*.

24.Les obligations contractées en vertu de ces accords d'association, impliquent un travail de rapprochement des législations afin de lever tous les obstacles à la libéralisation des échanges. Or, partager un objectif de libéralisation des échanges commande

²³-V. en ce sens : P. Catalano, « Identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques » spéc.p.37.

une cohabitation des droits. Il existe donc bel et bien une faisabilité juridique qui peut inspirer les actions normatives du législateur méditerranéen.

25. Aucun domaine n'est épargné, pourvu qu'il ait des incidences sur le commerce méditerranéen ; la méditerranisation des économies requiert la méditerranisation du droit. En effet, les disparités juridiques seraient vécues comme autant d'obstacles techniques non tarifaires à la libre circulation des marchandises et des services, etc.

26. Il n'est donc pas surprenant que les tentatives d'unification s'étendent à la zone méditerranéenne, vers des pays de la rive sud de la Méditerranée et concernent aussi bien des systèmes juridiques relevant de la common law que ceux relevant de la tradition romano-germanique ou islamique.

Dans ce schéma, l'accord d'association contraint l'Etat associé à adapter sa législation afin d'entrer en conformité avec l'objectif fixé par l'accord d'association, à savoir l'instauration d'une zone de libre-échange.

27. Finalement, on peut dire que les accords d'association contribuent à une cohabitation puisqu'ils œuvrent pour le rapprochement des législations.

A titre d'exemple, on peut citer l'article 52 des accords euro-tunisien et euro-marocain, l'article 41 de l'accord conclu entre l'Union Européenne et l'Autorité Palestinienne ou l'article 56 de l'accord euro-algérien qui stipule que « La coopération aura pour objectif le rapprochement de la législation de l'Algérie à la législation de la Communauté dans les domaines couverts par le présent accord »²⁴.

²⁴-F. Osman « Une lex mediterranea des investissements ? Faisabilité et pertinence », spéc.p.346 paragraphe 28 et V. l'accord euro-algérien signé le 22 avril 2002 et en vigueur depuis le 1er septembre 2005.

28. Au-delà de ce constat, observation doit être faite que la cohabitation est fondée sur un héritage historique commun (Première partie1) mais dont la réalisation implique le respect de la diversité juridique (partie2).

Première partie :Une cohabitation fondée sur un héritage historique commun

29. La « cohabitation » se définit comme « la coexistence, ou l'existence simultanée, au sein d'un même espace »²⁵. Par conséquent, la « cohabitation juridique » se définit comme l'existence simultanée de plusieurs systèmes juridiques au sein d'un même espace géographique, en l'espèce l'espace intercontinental constitué autour du Bassin Méditerranéen. Appelle-t-elle la convergence qui, rappelons-le, est définie comme la recherche d'un point médian entre les différentes législations et non pas la consécration de la suprématie d'un système sur un autre ?

L'UpM est une Union de plusieurs pays ayant des systèmes juridiques différents. Ces différents systèmes juridiques originaux qui interagissent, au sein d'un espace géographique, doivent nécessairement cohabiter. La cohabitation n'est pas plus que le fait de vivre avec un autre groupe présent dans le même espace géographique, sans remettre en cause le système existant. Cette approche prend tout son sens lorsque l'on envisage la cohabitation des systèmes juridiques dans l'UpM. Les systèmes juridiques, aussi différents soient-ils dans cet espace géographique qu'est la Méditerranée, doivent vivre ensemble sans pour autant perdre leur spécificité. Autrement dit, la cohabitation, tout en entraînant une harmonisation, implique-t-elle nécessairement une uniformisation des systèmes juridiques. La cohabitation fait alors appel à deux notions opposées : la convergence et la

²⁵-Dictionnaire le Larousse, définition de cohabitation : « <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/cohabitation/17010> »

divergence, étant entendu que « la convergence s'entend de l'action de tendre vers un but commun »²⁶ alors que la divergence s'entend d'une opposition, d'une différence ou d'un désaccord entre les opinions, les intérêts des personnes, des groupes²⁷.

30. Les accords, qui œuvrent pour un objectif louable, prônent, cependant, un rapprochement en direction du modèle juridique des 28 Etats de l'Union européenne, composé lui-même de deux systèmes juridiques que sont la common law et le droit romano-germanique. Ce qui fait défaut est donc le rapprochement avec le 3^{ème} système juridique qu'est le droit musulman, à supposer même que le pluriel 'droits musulmans' ne soit pas plus idoine. En outre, ce rapprochement est de type européocentriste et peut encourir les griefs inhérents au mouvement qu'il imprime, unilatéral et centrifuge, dans lequel l'Union européenne est le centre de cette intégration juridique.

31. Qu'exige-t-on de l'UpM ? Une uniformisation absolue, l'uniformisation juridique étant entendue comme « la modification de la législation de deux ou plusieurs pays tendant à instaurer dans une matière juridique donnée une réglementation identique »²⁸ de tous les systèmes ? Une coexistence c'est-à-dire « un système international consistant dans une tolérance réciproque entre Etats à systèmes économiques et politiques opposés, qui renoncent à imposer l'un des systèmes par la force pour recourir à des formes pacifiques de compétition »²⁹, harmonisée et sectorielle ?

32. N'existe-t-elle pas d'ores et déjà ? Le Professeur Catalano soutient, en effet, « l'existence d'une identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques », y compris entre droit musulman et droit romain³⁰, rappelant que « le système juridique romaniste, que certains qualifient (sans raisons historiques)

²⁶-Dictionnaire Le Petit Robert, V. convergence ; Guy Canivet, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français. » *RIDC*. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003. p. 7-22, spéc.p1.

²⁷-Dictionnaire Larousse, V. divergence.

d'occidental, a pris sa forme en Orient grâce aux écoles de Beyrouth et de Constantinople (...) »³¹.

33.D'autres juristes ont pu déceler l'existence d'une communauté entre droit musulman et droit romain, parmi lesquels David Santillana, juriste arabisant, rapporteur du code tunisien des contrats et des obligations du 15 décembre 1906 - COC-³². Cette première codification moderne est marquée de l'empreinte de son rédacteur Santillana³³ et participe de la synthèse et de la cohabitation entre droit musulman et droit romain, si l'on fait abstraction du Medjellé, première « codification » officielle dans l'histoire de l'Islam faite des principes tirés de la charia, suivant le rite Hanafite, mais dont une partie de la doctrine soutient qu'il s'inspira très largement du digeste³⁴.

²⁸-Gérard Cornu, Association Henri Capitant, « *Vocabulaire Juridique* », Paris, PUF, 2011, V° « *uniformisation* »

²⁹-Lexique des termes juridiques, Edition Dalloz 2015-2016, article « *coexistence pacifique* ».

³⁰-Pierangelo Catalano, « Identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques », *Revue Aspects*, 2008, pp. 27-41.

³¹- *Ibid.*, p.40.

³²-La rédaction de ce code, dont la technique s'est très largement inspirée de celles adoptées pour les codes français et allemand, a conduit à sa mise en vigueur à partir de 1906. Nul doute, qu'en Tunisie, la personnalité marquante de David Santillana (1855-1931), juif « portugais » de la province ottomane de Tunis, naturalisé italien, a sans doute permis cette nouvelle rencontre entre le droit romain et le droit musulman. En effet lorsqu'en 1896 le Bey de Tunis Ali III entreprend la codification du droit civil en Tunisie il fit appel à David Santillana auquel il confia la charge de diriger la commission devant élaborer un code des obligations et des contrats – COC- pour l'État beylical.

³³-Sur l'œuvre de Santillana voir le très bel article de Florence Renucci, « David Santillana, acteur et penseur des droits musulman et européen », *monde(s)*, no 7, mai 2015, pp. 23-44.

³⁴-Jahel Selim, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine ». *RIDC*. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003. pp. 105-122, Ahmet Cemil Yildirim, International, « Ottoman Mecelle as a Secular Uniform Law Instrument », *Journal of Turcologia*, pp. 27-45. Cet auteur relève que le Medjellé à sécularisé le droit des contrats: « Mecelle's overall content is probably the most significant evidence to prove that Mecelle was indeed a uniform law text of secular nature, and that it was aiming at unifying the laws of Muslim and non-Muslim subjects : Mecelle covered only the matters on which secular legal rules could be drafted, and excluded those matters the law relating to which could not be unified at all », *ibid.*, p. 40.

34. Le Medjellé est composé de seize livres publiés de 1870 à 1877 sous l'appellation de « Medjellé al-Ahquam el Adlié » et est appliqué à l'ensemble de l'empire ottoman, excepté l'Égypte. Or, il est considéré comme le premier « code » original d'un Etat musulman de forme moderne mais de contenu exclusivement religieux (35). Même si le Medjellé est souvent analysé comme un simple recueil de solutions particulières, s'opposant aux codifications modernes³⁶, réalisées dans le sillage du code civil français de 1804, du Code civil italien de 1865) et du Code civil portugais de 1867. Or, il contient nombre de principes généraux du droit dont l'universalité, dans le domaine du droit des contrats du moins, a permis sa circulation dans l'empire ottoman³⁷.

35. Le succès du Medjellé dans l'empire ottoman, réside dans le fait que le codificateur ottoman a puisé dans les travaux d'Ibn Noujaim, jurisconsulte hanafite du XVe siècle. Ce dernier avait, en effet, recensé dix-sept principes attribués « à un disciple d'Abou-Hanifa ayant vécu entre le X^e et le XI^e siècle », et proposé, à son tour « vingt-cinq qu'on retrouve presque en

³⁵ H. V. Velidedeoglu, « Rapport général sur le mouvement de codification dans les pays musulmans, ses rapports avec les systèmes juridiques occidentaux », in *Rapports généraux au V^e congrès international de droit comparé*, Bruxelles 1960 t. I p. 164 note 10.

³⁶ Il s'agit d'un mot d'origine arabe : majalla qui signifie littéralement revue, recension et la traduction de « medjellé al ahkam i adlié » : ' revue des jugements des juges'. S. Onar indique justement que le titre même de ce document « Medjellé al-ahquam i Adlié » ne signifie point droit, code ni loi : « Ce mot veut dire livre de dimensions restreintes dans lequel sont recueillis certains sujets, certaines questions et certaines idées. Autrement dit, le *Medjellé* n'est qu'une compilation. Son appellation signifie : livre contenant les règles relatives à la justice » : « Le passage des anciennes sources aux nouvelles sources en droit privé turc », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris 1934, t. I, note 89 p. 92.

³⁷ Le Medjellé fut abrogé en 1926 par la Turquie, et remplacé par le code civil et des obligations de 1926, inspiré du code civil suisse. Mais le Medjellé survécut à la disparition de l'empire ottoman puisqu'il demeura en vigueur en Albanie et Bosnie Herzégovine jusqu'en 1928, au Liban jusqu'en 1932, en Syrie jusqu'en 1949, en Iraq jusqu'en 1953, à Chypre jusqu'en 1960, en Palestine, Israël et Koweït jusqu'en 1984.

totalité dans le Medjellé ». Ces principes généraux, désignés par les expressions génériques «'kawaed kuliyyat, littéralement normes globales », ou 'usul', ' racines, origines ', ont trouvé place dans le titre préliminaire composé de quatre-vingt-dix-neuf articles³⁸ du Medjellé. Or, c'est ce titre préliminaire qui présenterait une grande proximité avec le Digeste.

36. Il est donc erroné et infirmé par les travaux les plus éminents, de soutenir que l'absence de codification – au sens occidental du terme - de la Charia, est liée à l'imperceptibilité de celle-ci. Il est encore moins exact d'affirmer que les juristes musulmans ne savent pas à quoi ce procédé légistique correspondrait vraiment de sorte qu'une évolution du Medjellé était inconcevable en raison même de son appartenance au droit musulman³⁹. De telles affirmations relèvent de l'obstacle épistémologique⁴⁰ si ce n'est du présupposé idéologique ? Rien ne permet de soutenir, en effet, que si le Medjellé n'avait pas été abrogé, il n'aurait pas pu faire l'objet d'amendements pour tenir compte de l'évolution sociétale parce ce que « le fait de reposer sur des principes religieux immuables et l'obligation dans laquelle on s'est trouvé, lors de son élaboration, d'asseoir ses règles plutôt sur des fondements rigides et des traditions orales que sur les bases variables de la société ont eu pour effet de placer le Medjellé, dès sa naissance, en certains points, en dehors des exigences d'une société vivante »⁴¹.

37. Cette vision statique des phénomènes juridiques est infirmée par le grand comparatiste et codificateur que fut El Sanhoury

³⁸-Jahel Selim, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine ». *op. cit.*, p. 109.

³⁹-S. Onar, « La codification d'une partie du droit musulman dans l'Empire ottoman », *Annales de la Faculté de droit d'Istanbul*, 1955, IV, p. 127.

⁴⁰-Un tel obstacle peut être défini comme «une catégorie qui, placée au fondement d'une théorie, tente de la garantir contre les remises en question et interrogations dont elle pourrait faire l'objet». : Français Ost et Michel Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit.*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires St Louis, 1987,, pp. 121-122.

⁴¹-S. Onar, « La codification d'une partie du droit musulman dans l'Empire ottoman », *op.cit.*, p. 127.

qui met, tout au contraire, l'accent sur le caractère savant du droit musulman et la fonction créatrice de son interprétation, en dépit de l'arrêt officiel de l'ijtihâd à la fin du IV^e siècle de l'Hégire⁴². Selon Zarka, l'interprétation a ainsi ouvert des perspectives liées à la découverte des principes généraux du droit musulman que sont les «*kawaed kuliyyat* ». Ces normes globales ou principes reflètent de «*manière admirable les règles courantes, en en éclairent lumineusement le sens et ouvrent de larges perspectives à leur développement* ». Sans les *kawaed kuliyyat* le droit musulman se présenterait comme un ensemble de «*solutions éparses et parcellaires, faute de critères pour les amarrer aux idées auxquelles elles se rattachent et permettre par-là même de dégager pour chaque groupe de règles les fondements et les finalités qui les unissent* »⁴³.

38. En effet, selon M. Sufi Abu Taleb, «*L'arrêt de l'ijtihâd à la fin du IV^e siècle de l'Hégire n'a pas empêché l'interprétation de se poursuivre à l'intérieur de chaque école et les gouvernants ont continué d'exercer leur droit de suivre les avis de certains interprètes et de les rendre obligatoires, ainsi que de produire de nouvelles normes pour faire face à l'évolution sociale et économique. Le caractère divin de la shari'a ne change rien au problème puisqu'elle se borne dans la plupart des cas à poser les principes généraux, laissant aux hommes le soin de les appliquer* »⁴⁴. Bref, les principes généraux du droit musulman '*kawaed kuliyyat*' ont été et demeurent un vecteur pour une adaptation continue et, ainsi que le relève un auteur, «*vont*

⁴²-in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert t. III, 1938*, p. 621 et s.

⁴³-Mustapha AL-ZARKA, *Al-Fiqh Al-Islami fi thawbihi Al-Jadid*, T éd., Beyrouth, n° 560 et s., p. 635 et s, cité par Jahel Selim, «*Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine* », *RIDC*. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003. pp. 105-122.

⁴⁴-Sufi Abu Taleb, «*La shari'a islamique et le droit positif dans les pays arabes : histoire et prospective* », in *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc (collectif)*, Le Caire, Cedej, 1994, pp. -149, spéc.145.

servir à l'élaboration de solutions nouvelles et assurer (...) l'évolution du droit musulman, censé pourtant s'être arrêté depuis la fermeture de la porte de l'ijtihad »⁴⁵.

39. En réalité, afin de faire face aux impératifs plus modernes des sociétés musulmanes, ce droit a puisé dans ses propres fondements pour s'adapter. Plutôt que de rester figé dans une hiérarchie juridique qui semble ne pas laisser de place à une quelconque évolution, le droit musulman a développé des moyens, un droit savant par l'interprétation des textes : l'ijtihad sert à désigner l'effort des juristes musulmans pour interpréter les textes fondateurs de l'Islam. Ainsi, cette interprétation permettrait la réalisation des objectifs de l'Islam y compris sa pérennité et par conséquent et surtout l'actualisation des règles juridiques⁴⁶. L'ijtihad est donc considéré comme une des sources complémentaires du droit musulman, « fondées sur la raison humaine »⁴⁷. C'est pour répondre à de tels besoins que l'Académie islamique du fiqh a ainsi été créée lors de la troisième conférence du sommet musulman (28 juin 1981). Elle est constituée de spécialistes du monde musulman représentant 57 États (Afghanistan, Arabie Saoudite, Turquie et Tunisie notamment) et a pour objectif « d'étudier les problèmes de la vie contemporaine et faire des recherches – Ijtihad – afin d'apporter des solutions issues de l'héritage musulman et adaptées à l'évolution de la pensée islamique »⁴⁸. L'interprétation, et par là-même l'adaptation, du droit musulman paraît donc être une question d'actualité.

40. Les principaux obstacles résident plutôt dans la volonté tenue des acteurs de cette interprétation dont l'inertie peut être

⁴⁵-Jahel Selim, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine ». *op. cit.*, p. 110.

⁴⁶ -Dr Muhammad Tahir-ul-Qadri, *Ijtihad (Meanings, Application & Scope)*, Minhaj-ul-Quran Publications, 2007, p. 21-23.

⁴⁷-F. Nammour, « Charia Islamiya et arbitrage », in L. Chedly et F. Osman (dir.), *L'arbitrage dans les pays de l'Union pour la Méditerranée*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 421-442, spéc. 422-424.

⁴⁸- www.fiqhacademy.org.sa

dictée par des facteurs externes, plus politiques que véritablement spirituels. Lorsque l'intelligence se met au service de l'interprétation, le droit musulman devient fécond. C'est ainsi que le projet de code civil égyptien de 1949 rappelle qu'il « a introduit un changement important concernant la shari'a islamique ; il en a fait l'une des sources officielles du droit égyptien dont le juge doit tenir compte lorsqu'il ne trouve pas le droit applicable. Les cas où le juge ne trouve pas de texte sont fréquents et il est alors amené à s'inspirer de la shari'a, surtout lorsqu'on constate que l'on peut trouver peu ou prou l'équivalent des textes du projet dans les normes du droit islamique (...) »⁴⁹.

41. L'on sait que le rédacteur de ce code, le grand El Sanhoury avait ainsi soutenu que « le droit musulman n'est pas moins, dans le développement et la noblesse de la logique juridique, que n'importe quel système juridique, il serait donc inconcevable de l'écarter en faveur d'un droit étranger tant qu'on peut atteindre le même résultat en préservant notre tradition juridique »⁵⁰.

42. Ainsi que le relève la célèbre sentence arbitrale Aramco, rendue le 23 août 1958 dans le différend entre le Gouvernement de l'Arabie Saoudite et l'Arabian American Oil Company (51) « la plupart des codes modernes contiennent des règles très succinctes sur l'interprétation des contrats ». Dès lors « les

⁴⁹-Cité par Sufi Abu Taleb, « La shari'a islamique et le droit positif ans les pays arabes : histoire et prospective », in *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc (collectif)*, op.cit., p.145.

⁵⁰-Ces propos ont été tenus lors de la 1^{ère} session de rédaction du code civil égyptien et repris par H.A Dabbagh, « La réception du modèle juridique français par le code civil irakien », *RIDC*, Volume 57, N° 2, 263-290, 2005, p. 270 ; note 24.

⁵¹-*Rev. crit. dr. int. pr.* 1963, pp. 272-363 (d'où seront puisés les extraits cités supra) ; commentaire Henri Batiffol, « La sentence ARAMCO et le droit international privé », *Rev. crit. dr. int. pr.* 1963, pp. 647-662 ; S. Bastid, *A.F.D.I.* 1961, pp. 3 00-311 ; *I.L.R.* 1963, Vol. 27, pp. 117-233, 473-474, 609-610 (extraits) ; *Riv. dir. int.* 1963, Vol. 46, pp. 230-249 ; J.G. Wetter, *The International Arbitral Process Public and Private.*, New-York, Oceana Publication, 1979, Vol. 1, pp. 411-431.

problèmes de l'interprétation sont principalement résolus selon des méthodes dégagées par la doctrine et qui sont les mêmes dans tous les systèmes juridiques du monde (...). Les avis des deux parties concordent à ce sujet (...). Le Gouvernement admet (...) que les principes de l'interprétation du droit islamique sont les mêmes que ceux reconnus dans d'autres droits et le droit international...Tout au plus le Mémoire du Gouvernement (...) relève-t-il que, selon le rite hanbalite du droit musulman, les méthodes d'interprétation sont plus simples »⁵².

43. Aussi, en droit du commerce international comme d'ailleurs en droit interne, la convergence des méthodes d'interprétation ne fait pas obstacle à ce que les règles interprétatives et les solutions retenues par les arbitres ou les juges soient préalablement dépouillées des particularités dont les a revêtues tel ou tel système juridique, et ce, afin de répondre aux besoins du système juridique dans lesquelles elles doivent être appliquées. Il existe un passage obligé par une sorte d'acclimatation pour prévenir tout rejet d'une greffe juridique trop artificielle.

44. C'est sans nul doute la méthode qui présida à la rédaction du code tunisien des obligations et des contrats qui s'inspira également du Medjellé et d'autres sources du droit musulman et fut une source immédiate d'inspiration pour les codificateurs marocains en 1913, puis mauritanien en 1980⁵³.

⁵²-Sentence précitée, pp. 318-319.

⁵³-Notons que la Mauritanie avait, en effet, décidé, dans la décennie 1980 d'abroger son Code civil dont la paternité française remontait à la période coloniale où le code civil français était été exporté dans l'ensemble des pays de l'Afrique occidentale française, sans prise en compte des tropismes locaux, parmi lesquels le désir des Mauritaniens de renouer avec les principes de la Charia islamique. Voir M.M. Mohamed Salah, Quelques aspects de la réception du droit français en Mauritanie, *Revue Mauritanienne de droit et d'économie*, 1989, p. 3 et s. Add. J. Moneger, « Biographie du Code des obligations et des Contrats, de la réception à l'assimilation d'un Code étranger dans l'ordre juridique marocain », *Revue Marocaine de droit et d'économie du développement*, 1984, n°7, n°19 et la bibliographie rapportée.

45. A contre-courant de la vague 'civilisatrice' qui dominait la géopolitique d'alors, Santillana, considéré comme celui qui « écrivit le meilleur traité de droit malékite »⁵⁴ n'a pas hésité à relever l'existence d'un fonds commun de civilisation, justifiant l'émergence de principes généraux de droit, communs aux deux rives de la méditerranée. Aussi, la Commission de codification du code des obligations et des contrats a réalisé une synthèse entre le droit musulman et les travaux législatifs importants en droit civil en Europe du début du 19^{ème} siècle jusqu'au début du 20^{ème} siècle : le code civil français de 1804, le Code civil et commercial allemand, les différentes lois anglaises, etc.

46. Ainsi Santillana rappelle, dans son rapport introductif, que la Commission qu'il dirigea avait adopté la comparaison comme clef de voûte de sa légistique, suivant « en général les doctrines de l'école malékite, qui est celle de la majorité des tunisiens, mais elle n'a pas hésité à se faire hanéfite partout où les règles de cette école convenaient mieux au système général du code, et aux principes du droit européen... »

47. Prouvant la sincérité et l'authenticité de sa démarche, Santillana cite de manière très exhaustive l'ensemble des sources dans lesquelles il a puisé. Aussi, n'est-il pas surprenant que le principe *pacta sunt servanda*, codifié dans l'article 242 du COC, trouve racines tout à la fois dans le Digeste (L17, 75), l'article 1134 du Code civil français de 1804, et dans le Coran (XXIII, 8 ; XXVI, 183 ; LXX, 32). S'agissant du droit musulman, Santillana n'écarte aucun courant, aucune école ou doctrine musulmane, incluant rite malékite (Khallil, Taoudi, Tasouli, Tohfat Ibn Acem) et hanéfite (la Medjella, Morched –el-hairan, Radd, el –

⁵⁴-Cl. Bontems « Le Droit musulman algérien à l'époque coloniale, une hypothèse », in , *La rencontre des droits en Méditerranée. L'acculturation en question* (s. direc. X. Perrot, J. Pericard), Limoges, PULIM, 2014, pp. 21-49, spéc. 47.

Mehtar, Fetaoua Hendia, Ibn Noujaim, Hamaoui)⁵⁵. Ce faisant, selon Santillana, le pragmatisme commandait de rechercher les solutions les plus appropriées et, en cela, le texte qu'il a mis au point préfigure les codifications modernes, usant du syncrétisme pour des solutions adaptées à l'évolution des pratiques et des mœurs, quelle que soit la religion et/ou la culture.

48. Un demi-siècle plus tard, en pleine période de décolonisation, en 1954, Vesey-Fitzgerald S.G, spécialiste anglais du droit musulman, ancien professeur de législations orientales à l'Université de Londres et Chargé des cours de droits musulman et hindou aux Inns of Court, Londres, a forgé le concept de droit anglo-musulman pour souligner ce phénomène de perméabilité⁵⁶.

49. L'auteur justifiait cette association pour désigner le droit musulman, tel qu'appliqué par des tribunaux de l'empire britannique dans les colonies et qui, « quoique bien connu, n'a jamais été accepté officiellement. Les textes législatifs se sont, pour la plupart, bornés à constater quelles parties du droit musulman seront appliquées et à quelles personnes ». Certes observe-t-il, « Les juges, aussi, ont jamais tenté, sciemment, de mélanger le droit musulman avec le droit anglais ou même de modifier les points particuliers de la Shari'a », le but poursuivi étant « de trouver et d'appliquer les dispositions de la charia telles qu'elles furent élaborées par les grands juristes musulmans »⁵⁷.

50. Mais, en cherchant appliquer ce droit musulman, « on ne pouvait éviter d'y apporter parfois de grandes modifications ». Et l'auteur, s'adressant aux juristes français, conclut : « Je pense

⁵⁵-Lotfi Chedly, « Le code des obligations et des contrats tunisien, précurseur d'une lex mediterranea ? », in *Vers Une Lex mercatoria mediterranea : harmonisation, unification, codification du droit dans l'Union pour la Méditerranée* (s. direc. Filali OSMAN), Bruxelles, Bruylant, Seue droit méditerranéen, 2012, pp. 225-247.

⁵⁶-Vesey-Fitzgerald S.G., « Le droit anglo-musulman ». *RIDC*. Vol. 6 N°2, Avril-juin 1954, pp. 250-263.

⁵⁷-*Ibid.*, p. 250.

que vous avez, vous-même, observé un phénomène semblable dans l'application du droit musulman par les tribunaux d'Algérie »⁵⁸. Nous abordons là le risque de cohabitation subie, sacrifiant la culture et donc sa faisabilité dans le respect de la culture.

Deuxième partie : Une cohabitation fondée sur le respect de la diversité des droits

51. L'écueil que doit éviter l'UpM, est celui de considérer qu'il existe un modèle européenne transposable à l'ensemble de la Méditerranée. Cette option colonisatrice des rapports d'influence des systèmes juridiques provoquerait des allergies et de rejets de greffes artificielles. Ainsi, Vesey-Fitzgerald S.G avait eu raison de prendre pour exemple l'Algérie coloniale comme exemple possible de transformation et dénaturation du droit 'indigènes'. Il se trouve, en effet, que le professeur Bontems a mis en évidence les différentes mutations subies par le droit algérien au cours des derniers siècles, plus précisément depuis la colonisation de l'Algérie par la France jusqu' à la promulgation laborieuse du code de la famille en 1984 (amendé en 2005).

52. Cet auteur nous explique que plutôt que d'essayer de comprendre le droit en vigueur, le colonisateur, en quête d'une codification du droit musulman, a exhumé un traité juridique datant du XIVe siècle, le mukhtasar de Sidi Khalil. L'ouvrage a été traduit au début de l'ère coloniale aboutissant à une « invention du droit musulman » au surplus imposé aux acteurs judiciaires lesquels vont alors qualifier ce droit « d'immuable et arriéré », de système juridique ancien dénaturé.

53. Cet exemple est d'autant plus intéressant que le droit musulman en vigueur en Algérie est de façon dominante celui du rite malikite alors que Sidi Khalil est un juriste Egyptien de

⁵⁸-*Ibid.*

rite hanafite⁵⁹. Ce fut-là la source de deux erreurs. D'une part, le fait qu'il y ait un *cadi malékite* à Alger ne signifiait, ni que « ce *cadi* soit versé dans le rite malékite, ni qu'il l'applique ». D'autre part, penser « possible accéder en une seule opération à la connaissance complète du droit musulman » accréditait la thèse erronée que le « droit musulman ne pouvait être qu'immuable »⁶⁰. Les juristes coloniaux, se sont donc comportés comme de « fervents Portalis se livrant au polissage de chacun des articles du code civil. Nous assistons là à l'une des plus grands opérations d'acculturation auxquelles la colonisation ait donné lieu »⁶¹.

54. Plus précisément, et c'est sans doute l'écueil que doit éviter l'UpM, le codificateur colonial a étudié un système juridique étranger au sien avec une vision exclusivement française et avec le présupposé que le système idéal était celui issu de la codification napoléonienne... Car en projetant sa vision et ses méthodes sur un droit, en l'occurrence le droit musulman supposé être applicable en Algérie, il a occulté tout l'aspect culturel, social, historique de ce droit. Inconsciemment ou sciemment, le colonisateur a fait en sorte, sans succès, que le système juridique algérien ressemble au français. Et pour cela, toute l'Enterprise coloniale a œuvré à gommer les différences prenant la voie d'une acculturation par déculturation. Ceci a échoué et a produit un résultat non attendu qui est celui de la naissance d'un droit hybride.

55. C'est dans ce contexte que l'enseignement du droit musulman dispensé à l'École de droit Alger a contribué, par la suite, à faire prospérer un droit hybride constitué de vestiges du passé sans remises en cause de la part de la jurisprudence contemporaine mais aussi des universitaires. Les tentatives de codification

⁵⁹-Cl. Bontems *Le Droit musulman algérien à l'époque coloniale, De l'invention à la codification*, Slatkine, 2014.

⁶⁰-Cl. Bontems « Le Droit musulman algérien à l'époque coloniale, une hypothèse », *op.cit.*, p. 32.

⁶¹-*Ibid*, p. 46.

avortées ont donné naissance au Code Morand⁶² et à quelques grands principes dans les codes modernes algériens. Dès la fin du XIXe siècle, l'objectif d'«assimilation», entendu comme l'adoption des institutions juridiques françaises par les indigènes – idéal posé au moment de la Révolution et qui restera dominant jusqu'à la fin du XIXe siècle dans une doctrine coloniale majoritairement libérale – est définitivement abandonné dans la réalité des pratiques de l'administration coloniale⁶³. Ce n'est assurément pas la cohabitation qu'il faut envisager pour l'UpM, laquelle ne peut résulter que « de l'empathie c'est-à-dire faire vivre l'autre en soi »⁶⁴.

56. Ainsi, Harith Al Dabbagh, a fait grief au codificateur turc d'avoir également contribué à ce phénomène d'« acculturation par Trans cultureuration », c'est-à-dire par une substitution totale, à l'opposé des réformes et codifications entreprises dans les pays arabes. Alors que ces derniers se sont efforcés « d'allier la fidélité à la tradition et aspiration à la modernité », les codifications turques, réalisées entre 1926 et 1929, constituent une rupture totale et brutale avec le passé « par l'importation pure, simple et « en bloc » des codes occidentaux. De 1926 à 1929, la Turquie a promulgué huit grands codes modernes calqués sur les codes occidentaux », mal perçus par la population. La mutation entreprise par les codes arabes « ne veut pas dire rupture ! L'objectif poursuivi par la technique législative est en effet

⁶²-Marcel Morand, le directeur de l'Ecole de Droit d'Alger, s'imposa comme le maître d'œuvre de l'avant-projet de codification éponyme.

⁶³-E. Saada, « Les usagers du droit en situation coloniale », *Génèses*, 2003/4 N°53 p.14. Les premières tentatives concernent l'Indochine où une codification existait déjà avec le Code Gia Long promulgué par l'Empereur en 1812, à la fois code civil, code pénal et traité de droit administratif. Toutefois, ces textes ne furent jamais considérés comme ayant de valeur officielle et ne pouvaient être consultés par les administrateurs en charge de la justice indigène qu'«à titre de renseignement».

⁶⁴-V. en ce sens : H. Bleuchot, « L'étude du droit musulman : jalons pour une convergence (entre l'islamologie juridique et l'anthropologie juridique) », *Droit et Société 15-1990*, pages 193-205, spéc.p198.

double : d'une part, celui d'implanter, dans les meilleures conditions possibles, les institutions importées et, d'autre part, celui de garantir au droit une certaine identité nationale : allier fidélité à la tradition et aspiration à la modernité »⁶⁵. Ces expériences complètement opposées montrent sans aucun doute qu'il y a des greffes inopportunes, pouvant produire des réactions d'allergies, de rejet, conduisant à des pratiques parallèles, un droit officieux, jouissant d'une plus grande effectivité.

57. On sait, grâce aux historiens du droit, que le droit romain aurait été altéré en Orient et en Occident. D'une part, en Occident, l'influence du christianisme et les invasions barbares auraient produit un droit romain vulgaire. D'autre part, l'Orient aurait subi l'influence de l'islam, ce qui aurait engendré une législation musulmane qui serait du droit romain altéré⁶⁶.

58. On a donc au sein de l'UpM des systèmes juridiques, qui sont certes différents, mais qui ont été construits sur un socle commun. Il faut alors se demander si ce tronc romain commun permet aujourd'hui une cohabitation des différents systèmes juridiques de l'UpM ou si les altérations subies, en Orient et en Occident, ne permettent plus aujourd'hui cette cohabitation, celle-ci étant de façade et réalisée sur l'autel d'une Transculturation intégrale c'est-à-dire d'une « modification des modèles culturels de base de deux ou plusieurs groupes d'individus résultant du contact direct et continu de leurs cultures différentes. »⁶⁷.

⁶⁵-AL DABBAGH Harith, « Le droit comparé comme instrument de modernisation : L'exemple des codifications civiles des Etats arabes du Moyen-Orient », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 2013, Volume 43, N°1-2, 387-441, spéc.437-438.

⁶⁶-V. en ce sens : S. Salaville « Bulletin de droit : Droit oriental, droit romain, droit byzantin. », spéc.p203.

⁶⁷-Cette définition résulte d'un dictionnaire de la langue française en raison de l'absence d'entrée pour ce terme dans un vocabulaire juridique : Dictionnaire Larousse, V. acculturation.

On en déduit que le terme acculturation n'est utilisé que par les sociologues. On peut aussi définir l'acculturation comme étant « l'ensemble des phénomènes qui résultent d'un contact continu et direct entre des groupes d'individus de cultures différentes et qui entraînent des changements dans les modèles cultures initiaux de l'un ou des deux groupes »⁶⁸.

59. Il n'est pas aisé de s'inspirer d'un modèle législatif et de l'importer dans son propre pays, de le faire évoluer avec son propre passé, ses propres coutumes encrées depuis des siècles. Comment y parvenir ? Certaines civilisations ont réussi le pari de l'importation juridique qui n'a pu être réalisée que par l'abandon d'une petite part de leur identité.

60. Vesey-Fitzgerald S.G a osé parler de droit anglo-musulman et cette acculturation caractérisait également « les pays musulmans complètement autonomes, tels que l'Egypte et l'Iran ». Pour ces derniers, et nous adhérons totalement à ce constat, l'osmose est d'origine doctrinale, dès lors que « Parmi les jurisconsultes actuels, plusieurs ont étudié à Paris et quelques-uns l'ont étudié à Londres ou en Amérique »⁶⁹. Or, ces jurisconsultes « ne sauraient pas, et pour la plupart, ne veulent pas éviter l'application des idées qu'ils ont reçues dans leur discipline occidentale à l'interprétation de leur propre système législatif »⁷⁰.

61. C'est précisément, ce qui s'est produit en Egypte où la codification du droit des obligations a été dominée par la personnalité d'El Sanhoury. Ce dernier avait soutenu son doctorat en droit à l'Université de Lyon en 1925 sous la direction du grand comparatiste Edouard Lambert sur « Les restrictions

⁶⁸-Redfield, Linton, R. et Herskovits, M.J. (1936). p. 149 (traduction de l'anglais). « Memorandum pour l'étude de l'acculturation », *American Anthropologist*, vol.38, pp.149-152.

⁶⁹-Vesey-Fitzgerald S.G., « Le droit anglo-musulman ». *op.cit.*, p.251.

⁷⁰-*Ibid.*

contractuelles à la liberté individuelle du travail et la jurisprudence anglaise ». Il l'a rédigée presque en même temps que celle de Ishizaki, disciple japonais d'Edouard Lambert et pionnier de la doctrine de la Lex Mercatoria⁷¹.

62.Edouard Lambert a été étroitement associé par son disciple à l'abrogation du code civil égyptien de 1883 et à l'adoption d'un nouveau code promulgué, en langue arabe et en langue française, le 16 juillet 1948 et entré en vigueur le 15 octobre 1949. Comment nier l'influence des débats doctrinaux de l'époque sur El Sanhuri qui, pour être musulman, n'en était pas moins comparatiste et l'un des plus grands juristes de son époque, acteur des grands débats doctrinaux opposant les tenants du nouveau Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), le Code civil allemand et ceux du Code civil français de 1804 ? Promulgué en 1896 et entré en vigueur en 1900, le BGB allemand est le premier code moderne à concurrencer la suprématie séculaire du Code civil français, notamment au Japon où il s'imposa grâce à l'influence qu'avait pu exercer le juriste Allemand Karl Friedrich Hermann Roesler, conseiller juridique auprès du Japon, l'un des rédacteurs du code de commerce japonais.

63.Ce premier échec de l'influence du code civil français au Japon, après que le projet de Gustave Boissonnade avait été

⁷¹-C'est en 1927 que Masaichiro Ishizaki, soutient sa thèse de doctorat à Lyon, sous la direction d'Edouard LAMBERT, sur le thème « Le droit corporatif international de la vente des soies, avec pour sous-titre Les contrats-types américains et la codification lyonnaise dans leurs rapports avec les usages des autres places ». Constituée de 3 volumes des tomes 18, 19 et 20 de la collection Études et Documents de la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé cette somme scientifique va préfigurer la doctrine de la Lex Mercatoria dite moderne ou New Law Merchant. La thèse de Masaichiro Ishizaki a mis en lumière, pour la première fois, l'existence d'un droit corporatif qui, formé d'un ensemble d'usages issus directement de l'activité normative de la pratique, auraient vocation à gouverner les ventes internationales de soie. Elle a, sans nul doute, constitué une clef de voûte dans la construction du futur édifice doctrinal de la Lex Mercatoria moderne. Sur son œuvre V. F. Osman, « La contribution de Masaichiro ISHIZAKI à la doctrine de la Lex Mercatoria », in *Droit japonais, droit français : quel dialogue ?*, Colloque des 10 et 11 mai 2012, Lyon, Zürich, Schulthess Verlag, 2014, pp.79-94.

rejeté après dix ans de labeur, a ouvert une ère nouvelle pour le droit comparé.

64. Ainsi que le rappelle Yasuo OKUBO, le rejet du projet Boissonnade était fondé sur des raisons culturelles alors même qu'« un double objectif était assigné à Boissonnade, celui « d'établir une codification du droit suivant les principes occidentaux, tout en conservant les valeurs traditionnelles de la société nipponne »⁷². Or, il était reproché au premier projet de code civil du Japon, d'inspiration française, d'avoir nié la culture japonaise parce que porteur d'une Trans culture, intégrant « beaucoup trop des législations étrangères et méconnaissait ainsi les anciennes coutumes nationales »⁷³.

65. En se référant tacitement à Savigny, chef de file de l'école historique allemande », le groupe d'opposants au premier projet « mettait en parallèle le langage et le droit, insistait sur l'idée que chaque pays a sa langue comme son propre droit, l'un et l'autre issus d'un développement spontané et historique spécifique à préserver.

66. Or, d'après ces juristes, l'on aurait négligé cette vérité fondamentale et l'on aurait voulu faire un code fondé sur des principes juridiques occidentaux, étrangers, pour la plupart, au Japon ancien et moderne. Ce projet risquait ainsi de détruire de fond en comble la société japonaise traditionnelle »⁷⁴.

67. Ce sont précisément, des critiques de même nature qui ont été adressées au code civil turc ou libanais, le premier étant quasiment une duplique du code civil suisse et le second celui du code civil français.

⁷²-V. Y. OKUBO, « La querelle sur le premier Code civil japonais et l'ajournement de sa mise en vigueur : refus du législateur étranger ? », *RIDC* 1991, p. 389-405.spéc. 390.

⁷³-*Ibid.*, p. 397.

⁷⁴-*Ibid.*, p. 397.

68. En revanche, le succès du code civil égyptien tient sans doute, comme celui du COC tunisien, à une réception respectueuse de la culture hôte. Cela explique pourquoi il fut intégralement repris par le code civil de Libye de 1953, après avoir inspiré les codes civils syrien en 1949 et iraquien en 1951, dont le rédacteur était également El Sanhoury. Ainsi, El Sanhoury avait été doyen de la faculté de droit de Bagdad (1935-1937). L'influence du code civil égyptien demeure intacte au point qu'il a inspiré de manière forte son homologue algérien en 1975 puis a été sollicité dans d'autres États, le Koweït en 1980, Bahreïn en 2001, le Yémen en 2002, le Qatar en 2004.

69. Ce succès tient de la même manière dans l'affirmation que le droit musulman est un élément de refonte du code civil égyptien. Il traduit une perméabilité des systèmes juridiques grâce à un processus d'acclimations maîtrisé par chaque ordre juridique récepteur. El Sanhoury observait, à juste titre, qu'il « n'est pas vrai qu'un droit occidental étranger puisse être arraché de son milieu et donné à un pays qui ne s'est pas accommodé ni familiarisé à son application, car le droit est avant tout le fruit de son milieu et l'enfant d'une longue tradition »⁷⁵. Peut-être est-ce la raison pour laquelle la doctrine n'hésite pas à considérer le droit égyptien comme source « d'une véritable famille de droit égyptien, à l'intérieur de la famille romano-germanique »⁷⁶.

70. Plus intéressant, El Sanhoury met l'accent sur le rôle créateur de l'Idjtihad⁷⁷. Celui-ci est une composante du fiqh lui-même

⁷⁵-« Le droit musulman comme élément de refonte du code civil égyptien », in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard LAMBERT*, t. III, 1938, p. 621.

⁷⁶-AL DABBAGH Harith, « Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste », communication au XXXIII^{ème} Congrès de l'IDEF le face-à-face droit civil/common law en droit des affaires, Montréal, 16-17 mai 2013, pp. 1-22, spéc. 8, note de bas de page n°29, citant Hilmar KRÜGER, « Überblick über das Privatrecht der Staaten des Ägyptischen Rechtskreises » (1987) *Recht van de Islam* 5.

⁷⁷-*Ibid.*

droit savant, d'essence doctrinal, produit par les professeurs et les juges et même les administrateurs, ces deux dernières catégories tirant leur pouvoir, non pas de leur fonction, mais, au même titre que les professeurs, de leur aptitude à l'Idjtihad.

71.Or, l'Idjtihad se définit comme « l'effort intellectuel créateur du droit » et « correspondrait à l'élaboration jurisprudentielle et doctrinale du droit »⁷⁸. Force est de constater que cette activité prétorienne est le monopole de certains fouquaha, c'est-à-dire « des savants légistes, auxquels la communauté a reconnu cette aptitude à raison de leur science, de leur vertu et du fait, surtout, qu'ils ont vécu aux deuxième et troisième siècles de l'Hégire, âge d'or du droit musulman qui vit fleurir les écoles juridiques au sein desquelles des « disciples immédiats donnent à l'œuvre des quatre grands fondateurs sa structure définitive »⁷⁹.

72.Toutefois, même si l'affirmation des sources originelles est unanime, les interprétations et applications peuvent diverger, sciemment ou non, précisément en raison du rôle prétorien, créateur, joué par l'interprète. Certains auteurs, rappellent ainsi que si « aujourd'hui, la source d'inspiration est fondamentalement la même, les Codes tunisien, algérien et égyptien de la famille sont loin de se ressembler »⁸⁰. Ces divergences sont fondées aussi bien sur « des facteurs politiques » que juridiques car

⁷⁸-Y. Linant de Bellefonds « Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte », *RIDC*. Vol. 7 N°1, Janvier-mars 1955. pp. 5-34, spéc. 6. Sans doute cette période est l'équivalent d'une Ecole de l'Exégèse que la France connut grâce à Charles Demolombe (1804-1887). Dans son traité, il qualifie le Code Napoléon de « constitution civile des français », il conçoit son rôle comme limité à celui « d'interpréter, d'expliquer le Code napoléon lui-même considéré comme loi applicable et obligatoire ».

⁷⁹-*Ibid*. Sans doute cette période est l'équivalent d'une Ecole de l'Exégèse que la France connut grâce à Charles Demolombe (1804-1887). Dans son traité, il qualifie le Code Napoléon de « constitution civile des français », il conçoit son rôle comme limité à celui « d'interpréter, d'expliquer le Code napoléon lui-même considéré comme loi applicable et obligatoire ».

⁸⁰-Babadj Ramdane, Mahieddin Nahas M. « Le Fiqh islamique, source non exclusive du droit de la famille en Algérie », *RIDC*. Vol. 39 N°1, Janvier-mars 1987. pp. 163-173.

« l'Ijtihad » du législateur est encore timide comparé à celui des juristes musulmans des époques précédentes. Il se limite, pour l'instant, à diversifier les sources du droit positif dans le cadre d'un processus d'islamisation qui a d'ailleurs fait la force du fiqh dans la période classique »⁸¹. Nul doute que cette observation ne vaut pas pour la Tunisie et ne peut veuler viser que les codes de la famille, ce dernier n'étant pas régi par le seul code de la famille mais aussi soumis à d'autres codes comme le code de la santé, de la sécurité sociale, codes fiscaux etc...

73. Ceci n'a rien d'original car l'interprète n'est jamais neutre, tout comme les méthodes. Ainsi, dans les années 1950, les tentatives faites en Egypte, en Syrie et ailleurs de « de réformer la Sharî'a du dedans » ont pris appui sur l'interprétation, en choisissant parmi les ouvrages classiques sur les sources, les Ecoles, les doctrines les plus propres aux besoins d'aujourd'hui et, selon l'expression même des réformateurs, on devait « rouvrir le Bâb al ijtihâd » (littéralement ouvrir les portes de l'Ijtihad) en promouvant la fonction créatrice du droit⁸².

74. Dans cette quête de réformisme, il est arrivé que le codificateur ne se contente pas d'user des ressources qu'offre l'Ijtihad et se soit situé au-delà, comme cela a pu être relevé pour le code civil mauritanien dont les travaux préparatoires, bien que se référant au fiqh islamique et l'association des « fuqhahas », « a surtout permis de reprendre la quasi-totalité des règles du droit français sans encourir le reproche de non-conformité au droit musulman qui était fait au Code civil d'origine française »⁸³. Il est donc

⁸¹-*Ibid.*

⁸²-Vesey-Fitzgerald S.G., « Le droit anglo-musulman ». *RIDC*. Vol. 6 N°2, Avril-juin 1954. P.261.

⁸³-Mohamed Salah, « Les sources matérielles d'un droit économique unifié dans l'espace euro-méditerranéen », in *Vers Une Lex mercatoria mediterranea : harmonisation, unification, codification du droit dans l'Union pour la Méditerranée* (s. direc. Filali OSMAN), *op. cit.*, pp. 73-101, spéc.83.

curieux que la doctrine la plus autorisée conclut à « une acclimatation réussie »⁸⁴.

75. Les mouvements de codification dans les pays arabes, à la suite de leur indépendance, montrent que l'accueil du code civil français n'a pas été passif et s'est accompagné d'un enrichissement. On pourrait même dire que les codes arabes proche-orientaux vont plus loin dans la voie de l'abstraction et de la définition que le Code civil français de 1804. Ainsi les cent dix-huit premiers articles du Code libanais, le Livre I du Code égyptien, largement repris en Syrie, Irak, Lybie et au Koweït sont particulièrement révélateurs de cette préoccupation », avait relevé Mousseron⁸⁵.

Conclusion :

76. Les principales familles juridiques de l'UpM que sont le droit romano-germanique, le droit musulman -Chari'a Islamiya- ou la Common Law sont perméables. Ils ne sont pas réfractaires aux phénomènes de circulation, pénétration et aux influences mutuelles. Ce n'est donc pas à ce niveau qu'il faudra rechercher les obstacles à la cohabitation des droits.

77. Si presque un quart des Pays de l'UpM sont des ordres juridiques dans lesquels la prégnance de l'Islam est forte, cela n'implique pas qu'il y ait une approche distincte dans la délimitation de notions fondamentales du droit des contrats et des obligations, et plus généralement du droit de l'économie.

78. En outre, l'ouverture est inhérente à tout système juridique. Cela a déjà été souligné pour « La circulation des modèles juridiques dans la région euro-méditerranéenne et le droit uniforme du commerce international »⁸⁶. Ceci vaut mise en

⁸⁴-*Ibid.*, p. 83-84.

⁸⁵-V. en ce sens : J.M Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *RIDC*, Vol. 20 N°1, Janvier-mars 1968, p.37-78, spéc.41.

garde pour le législateur méditerranéen sur les dangers d'une croyance erronée dans l'existence de « barrières insurmontables entre les droits des différents pays », fussent-ils musulmans⁸⁷.

79. Nous pensons que l'existence de ce fonds juridique romain commun permet à l'heure actuelle de faire ressortir des principes généraux du droit qui seraient communs tant aux pays de l'Orient qu'aux pays d'Occident, à l'image de ce qu'avait mis en lumière Santillana, sans nul doute, un génie de la rencontre heureuse entre le droit romain et le droit musulman. Comme le relève Florence Renucci « Le travail de Santillana est le résultat de sa formation intellectuelle, de sa culture et du contexte dans lequel il évolue. Les codifications égyptienne ou ottomane ainsi que le Code foncier tunisien de 1885 avaient déjà opéré un rapprochement des droits du point de vue méthodologique »⁸⁸.

80. Ceci s'expliquerait par la nature même du droit romain et musulman car selon Sévérien Salaville le droit romain est une œuvre créatrice à partir de laquelle le droit musulman, œuvre imitatrice, s'est inspiré afin d'en dégager sa propre essence. Ce constat, rejoint la pensée de Hugues cité par Salaville qui affirmait que « la législation musulmane au fond, c'est du droit romain à peine altéré »⁸⁹. Même si de tels propos méritent d'être nuancés car le droit musulman, à l'image de la philosophie arabe qui a redécouvert la philosophie grecque et l'a enrichie, n'est pas qu'une œuvre d'imitation. Le mimétisme a été mutuel et l'enrichissement également.

⁸⁶-V. Donini « La circulation des modèles juridiques dans la région euro-méditerranéenne et le droit uniforme du commerce international », *RDU*, 2009, pp. 97-117, not. p. 106.

⁸⁷-R. Sacco, « Définitions savantes et droit appliqué dans les pays romanistes », *RIDC*. 1965, p. 612 ; *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, pp. 54-59.

⁸⁸-Florence Renucci, « David Santillana, acteur et penseur des droits musulman et européen », *op.cit.*, p. 38.

⁸⁹-S. Salaville, « Bulletin de droit : Droit oriental, droit romain, droit byzantin », *Echos d'Orient*, tome 18, n° 112-113, 1916. pp. 202-209.

81. En définitive, nous pouvons affirmer que le droit musulman et romain, même s'ils divergent de par leurs sources ou leurs fonds, ont, dans le domaine du droit des contrats et des obligations, des racines communes qui permettent de les rapprocher et de parler sérieusement d'une convergence de ces droits permettant l'émergence d'une cohabitation juridique au sein de la communauté méditerranéenne. En effet, à terme, la communauté méditerranéenne est vouée à recueillir en son sein plusieurs « groupes » sans qu'aucun d'eux ne remettent en causes leurs différents systèmes juridiques.

82.L'émergence d'une communauté méditerranéenne est une réalité possible car la création juridique nous dévoile un phénomène de circulation des droits. Cela est significatif d'une volonté qui se veut ouverte à la culture « étrangère » et qui permet de donner aux différentes familles juridiques qui composent l'espace méditerranéen leur caractère perméable, c'est à dire des familles ouvertes à leurs influences mutuelles. Une volonté est donc nécessaire à la réalisation de l'objectif visée par l'UpM car elle permet à ces différentes familles de s'accepter mais surtout de se rapprocher.

83.D'un côté, l'essor commercial dans les pays arabes a pu influencer le droit commercial occidental. En effet, selon C. Chéhata, « L'histoire en témoigne, les rapports commerciaux ont pris leur plein essor dans les pays arabes. Il semble même que les usages commerciaux qui régnaient dans ces pays aient pu influencer le droit commercial de l'Europe qui s'était constitué au moment où les pays du bassin méditerranéen étaient en rapport étroit avec l'Orient arabe. »⁹⁰. D'un autre côté, les Ottomans ont prévu une codification pour faciliter les relations

⁹⁰-C. Chéhata, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *RIDC*, Volume 17 N°4, 839-853, octobre-décembre 1965, spéc.p841.

commerciales avec l'Occident et pour cela ils ont adapté leur système juridique en réformant ses institutions⁹¹. On s'aperçoit que le droit commercial au sein des différents systèmes juridiques de l'UpM s'est basé sur un tronc commun, les bribes du droit marchand du *ius gentium*, puisqu'il a pénétré les systèmes juridiques.

84. Cette histoire du droit commercial montre à quel point les systèmes juridiques du bassin méditerranéen ont su, tout au long de l'histoire, cohabiter et même s'harmoniser afin de permettre les relations commerciales. Cela laisse supposer qu'à l'heure actuelle on pourrait, grâce aux principes historiques communs du droit commercial comme civil, envisager une coopération des systèmes juridiques de l'UpM.

85. En effet, l'histoire a démontré que cela est déjà arrivé et, comme le soutient Pierangelo Catalano, la rencontre entre ces différents systèmes juridiques renouvellent « des relations plus anciennes qui vont des apports donnés par le droit romain de l'Empire romain d'Orient au droit musulman naissant jusqu'à l'influence du droit musulman sur certaines institutions de l'Europe médiévale »⁹².

86. Par conséquent « La confrontation entre les juristes des systèmes romanistes et musulmans doit entraîner la reconstruction d'une identité juridique méditerranéenne universaliste [...] avec une finalité certaine : la convergence des systèmes, pour la défense de la vie et de la paix, des personnes et des peuples », conclut Catalano⁹³.

⁹¹-V. en ce sens : H.A Dabbagh, « La réception du modèle juridique français par le code civil irakien », *RIDC*, Volume 57, N° 2, 263-290, 2005, spéc.p266-267.

⁹²-P. Catalano, « Identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques », *Revue ASPECTS*, n° 1 - 2008, p. 2-41, spéc.p34.

⁹³-*Ibid.* .p 40.

87. Pour conclure, les différentes sphères de résistance ne sont pas des obstacles insurmontables à l'harmonisation au sein de l'UpM. Ce sont plutôt des éléments à garder en mémoire pour ne pas commettre d'erreurs grossières. L'harmonisation doit être réalisée en respectant les particularités de chacun. « Les différences doivent être renforcées pour aboutir à une fin universelle supérieure »⁹⁴ car les compromis ne se font jamais au prix de renonciation à la spécificité structurelle des systèmes ni à leurs idéologies de base. En effet, la « fin universelle supérieure », évoquée par Catalano signifie qu'il ne faut pas simplement compiler les systèmes mais plutôt créer un nouveau système encore plus performant qui sera la synthèse de toutes les « bonnes solutions ».

88. La cohabitation des droits implique des rapports d'interaction, ainsi que le relevait Jean Carbonnier à propos de la réception du droit français au Japon. Refusant la dimension à sens unique donnée à ce phénomène, Jean Carbonnier, écrivait alors « Mais je me demande surtout si l'avenir s'arrêtera à cette notion unilatérale, quasi coloniale, de réception. L'échange serait plus équitable, et pour faire un échange, il suffit de deux réceptions qui s'entrecroisent. Il n'est pas téméraire d'imaginer une époque où les dons de Boissonnade au Japon seront rééquilibrés par des emprunts que la France fera au droit japonais »⁹⁵.

89. Tous ces débats et notre propos aussi mettent en lumière le rôle créateur de la doctrine, véritable clef de voûte de la jurisprudence, à l'origine sans doute d'une nouvelle réception du droit musulman par les 10 pays arabes de l'UpM. Et comme le relève Chehata Chafi, c'est la voie suivie en vue « d'édifier un droit puisant ses racines profondes dans l'ambiance sociale où il aura à être appliqué. Le droit musulman sera redevenu le droit

⁹⁴-P. Catalano, *op.cit.*, p 37.

⁹⁵-J. Carbonnier, « Conclusion ». In: *RIDC*. Vol. 43 N°2, Avril-juin 1991. pp. 423-424.

vivant des pays qui l'ont vu naître et grandir »⁹⁶. C'est sans doute là que réside le secret et la force de la cohabitation des droits des 9 pays arabo-musulmans de l'UpM.

90.Finalement, quels que soient les instruments utilisés pour assurer la cohabitation des droits nationaux⁹⁷, la cohabitation n'est pas une entreprise facile. René David, qui a voué toute sa vie au droit comparé s'était souvent vu faire le reproche d'être idéaliste. Mais, loin de s'en défendre, et pour expliquer les raisons de sa croyance inébranlable en l'unification des droits, il observait que « Le grand problème qui s'est posé de tout temps à l'homme est celui de savoir pourquoi le monde existe et quel est le sens de notre vie. Entre les deux conceptions du monde qui s'opposent, idéalisme et matérialisme, j'ai délibérément opté pour l'idéalisme, concluait René David »⁹⁸.

91.J'avoue ne pas savoir si l'unification du droit en Europe ou dans l'UpM est un bien ou un mal en soi, mais je suis intimement persuadé que la cohabitation des droits est bel et bien le miroir d'un vouloir vivre-ensemble, celui qui redonne au droit sa fonction originelle de pacification des relations humaines, que ce soit dans un clan ou dans cette si belle aire géographique qu'est la mare nostrum. Le fondement culturel serait celui d'une identité méditerranéenne celle d'Ulysse dont l'Odyssée et la fin heureuse dans les bras de Pénélope sont pleines de promesses et dont les descendants que nous sommes sont les heureux légataires.

⁹⁶-C. Chehata, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *RIDC*, Volume 17 N°4, 839-853, octobre-décembre 1965, pp. 839-853, spéc.p853.

⁹⁷- traités, - directives européennes,- traités portant loi-uniforme, -codifications professionnelles comme les incoterms ou les règles et usances uniformes de la chambre de commerce internationale,- restatements de type américain, c'est-à-dire de documents rédigés par la doctrine, à l'initiative de l'American Law Institute, ayant pour objet de redéfinir, -to restate-, l'état du droit en vigueur dans un domaine donné. Formellement ils sont illustrés par des précédents judiciaires énoncés sous forme de règles générales, et toujours complétés par des commentaires, d'où leur apparence formelle de code civil. Ils sont donc destinés à faciliter l'accès au juriste à un domaine juridique donné.

⁹⁸-*Les avatars d'un comparatistes*, Paris, Economica, 1982, p. 292.