La nationalité des enfants de mère égyptienne et de père étranger. Point de vue islamique

Al-Sha'b, 6 décembre 1996

Muhammad Salīm al-'Awwā

Traducteur : Baudouin Dupret

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/ema/1534>

DOI : 10.4000/ema.1534

ISSN : 2090-7273

Éditeur

CEDEJ - Centre d'études et de documentation économiques juridiques et sociales

Édition imprimée

Date de publication : 31 décembre 1998

Pagination : 237-250

ISSN : 1110-5097

Référence électronique

Muhammad Salīm al-'Awwā, « La nationalité des enfants de mère égyptienne et de père étranger. Point de vue islamique », *Égypte/Monde arabe* [En ligne], 34 | 1998, mis en ligne le 08 juillet 2008, consulté le 07 juillet 2022. URL : <http://journals.openedition.org/ema/1534> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ema.1534>

Ce document a été généré automatiquement le 7 juillet 2022.

Tous droits réservés

La nationalité des enfants de mère égyptienne et de père étranger. Point de vue islamique

Al-Sha'b, 6 décembre 1996

Muhammad Salīm al-'Awwā

Traduction : Baudouin Dupret

Un véritable problème et une solution facile

- 1 Certaines estimations évaluent à 40 000 le nombre d'Égyptiennes ayant épousé, dans le dernier quart de siècle, des non-Égyptiens. Elles résident en permanence en Égypte avec les enfants qu'elles ont eus de ces mariages. Ces enfants ne peuvent cependant jouir des droits des Égyptiens, pas plus que l'État égyptien n'exige d'eux qu'ils remplissent leurs devoirs de citoyens à son égard, parce qu'ils ne portent pas la nationalité égyptienne. Le nombre des enfants qui souffrent de cette étrange situation se situe, d'après les estimations déjà citées, entre 120 et 150 000 jeunes gens et jeunes filles, dont la plupart sont nés en Égypte. Certains sont nés à l'étranger, mais ils ne connaissent pas d'autre patrie, parce qu'ils y sont venus tout petits avec leur mère, qui était veuve, répudiée ou suspendue (*mu'allāqa*) – le cas de la plupart d'entre elles –, ce qui signifie qu'elles n'ont pas été épousées puis répudiées, ni qu'elles ont un époux, parce que leur époux les a abandonnées et s'est enfui ou les a envoyées en visite dans leur famille avec leurs enfants puis n'a plus donné signe de vie. Certains estiment toutefois ces estimations exagérées et les chiffres véritables plus faibles.
- 2 Je ne désire pas étudier ici les critères d'octroi par les États de leur nationalité ni discuter avec ceux qui s'opposent à l'octroi de la nationalité à ces enfants et à leurs semblables pour des raisons politiques ou sécuritaires. Je veux faire ressortir et indiquer la situation prescrite par la *sharī'a* et les règles islamiques du *fiqh* sur la question du droit de la femme à transmettre sa nationalité à ses enfants, pour ainsi aider le législateur égyptien confronté à la loi de la nationalité, dont on dit qu'un projet

complet de réforme est en voie d'être présenté à l'Assemblée du Peuple ou lui est déjà soumis.

- 3 La loi égyptienne actuelle et toutes les lois précédentes ne donnent pas aux enfants de mère égyptienne les mêmes droits qu'aux enfants de père égyptien pour ce qui est de jouir de la nationalité du pays auquel ils appartiennent. Celui qui est né d'un père égyptien devient Égyptien de par sa seule naissance, alors que celui qui est né de mère égyptienne n'acquière sa nationalité qu'à des conditions compliquées. Son octroi est soumis en fin de compte à un arrêté administratif du ministre de l'Intérieur. Cette situation traduit, parmi d'autres, l'inégalité des sexes, qui est la cause principale de l'exacerbation du problème et de la souffrance de centaines de milliers de citoyens.
- 4 Il ne fait pas de doute, selon moi, que le problème des enfants nés de mère égyptienne constituera l'une des questions que le législateur égyptien cherchera à résoudre quand il entreprendra de promulguer la nouvelle loi. Il ne fait pas non plus de doute que rechercher cette solution dans les principes de la *shari'a* islamique et qu'essayer d'y parvenir grâce aux règles du *fiqh* est une mise en application de l'article 2 de la Constitution qui dispose que la *shari'a* islamique est la source principale de la législation.
- 5 Il n'y a pas, à ma connaissance, dans les recueils d'*ijtihad* (effort d'interprétation), de solution à cette question. La religion constituait, à l'époque de l'*ijtihad*, le critère d'appartenance au groupe politique. Le lien religieux constituait, en dépit de la diversité des pays, le synonyme de ce qu'on définit aujourd'hui sous le nom de nationalité. Nos références jurisprudentielles (*fiqhiyya*) sont donc dépourvues d'un vocable sur lequel s'appuyer dans la recherche du statut de cette question. Cela ne signifie pas que la pensée islamique, plutôt que le *fiqh* islamique, ait renoncé à examiner les fondements de la *shari'a* et des règles du *fiqh* pour connaître le ou les statuts qui leur étaient compatibles ou qui en étaient déduits.
- 6 C'est cet effort intellectuel et jurisprudentiel qui permet à ce qui est, en vertu du texte constitutionnel, la source principale de la législation, de répondre aux défis qui se posent dans tous les domaines de l'existence. Mettre en œuvre la jurisprudence islamique à l'aide d'un *ijtihad* continu garantit les intérêts des gens. L'*ijtihad*, dont le statut bien connu est réglementé par la science des fondements du *fiqh*, est celui qui, quand il est pratiqué et conforme à l'entendement, rétribue doublement celui qui y est habilité, alors qu'il ne le rétribue qu'une seule fois quand il se trompe. Cet appel à mettre en œuvre l'intelligence et à s'ingénier à réfléchir n'a pas de pareil dans un autre système juridique.
- 7 J'en suis arrivé à penser, après une longue réflexion, que les textes de la *shari'a*, les règles de la jurisprudence, les dispositions de la Constitution égyptienne et les conventions relatives aux droits de l'homme conduisent à pencher pour le caractère obligatoire de l'égalité entre l'enfant né de mère égyptienne et l'enfant né de père égyptien, conférant la citoyenneté du seul fait de la naissance. J'expose dans ce qui suit l'essentiel de ce qui me conduit à cette conclusion et j'appelle les spécialistes et les intellectuels à discuter du sujet de la manière la plus profonde possible, en sorte que la nouvelle loi soit exempte des vices de la loi actuelle, pas seulement sur cette seule question, mais aussi sur tout ce qui touche à la nationalité : acquisition, perte, octroi, refus, etc.

Les textes de la *shari'a*

- 8 Le Saint Coran traite les hommes et les femmes sur un pied d'égalité manifeste, sauf sur différentes questions qui ne sont pas en relation avec notre recherche présente. Le Dieu Glorifié et Très-Haut dit des femmes : « Quant à elles, elles bénéficient d'[un droit, *haqq*] équivalent à celui qui leur incombe, en fonction du convenable » (*La Vache*, II, 228). Ce texte est un fondement dans l'établissement de l'égalité des droits et devoirs, de sorte qu'aucune législation promulguée ne peut l'enfreindre, après que l'article 2 de la Constitution a été amendé, sous peine d'être inconstitutionnel (arrêts de la Haute Cour constitutionnelle, affaires n° 20, 1ère année judiciaire, séance du 4 mai 1985, n° 2, 2e année judiciaire, séance du 16 novembre 1985, et n° 2, 14e année judiciaire, séance du 3 avril 1993).
- 9 Le Saint Coran dit : « aux hommes, une part de ce qu'ils ont acquis et, aux femmes, une part de ce qu'elles ont acquis » (*Les Femmes*, III, 32). La progéniture d'un être humain relève de cet acquis. S'il revient au père de transmettre, par le lien du sang, sa nationalité à son enfant, il appartient à la mère de transmettre, par le même lien, sa nationalité à celui qu'elle a mis au monde, de manière parfaitement identique.
- 10 Le Saint Coran confirme le propos : « La mère ne souffrira pas du fait de son enfant, ni le père du fait de son enfant » (*La Vache*, II, 233). Ce texte fait du lien entre les deux parents et leur enfant un lien unique. Il en résulte que la loi fondée sur ce lien traite également l'homme et la femme, à moins de contrevenir au texte coranique qui les traite sur un pied d'égalité.
- 11 Le Saint Coran donne à la mère et au père des droits identiques sur les enfants. Le Saint Coran stipule, sur la question du sevrage du nourrisson, que cela est autorisé avec l'accord de ses deux parents, après qu'ils se sont consultés : « Et si tous deux veulent de commun accord le sevrer, il n'y pas de grief à leur faire » (*La Vache*, II, 233). L'accord qui est exigé après consultation signifie clairement l'égalité des deux partenaires égaux dans le droit de leur enfant et dans leur droit à décider de ses affaires. Sur quoi donc se fonde la discrimination qui est faite entre eux dans le droit à transmettre la nationalité qu'ils portent tous deux – ou que porte l'un d'eux – à l'enfant ?
- 12 Il y a dans la Sunna prophétique de nombreuses applications de ces règles coraniques. Qu'il suffise de citer la parole de l'Envoyé – que Dieu le bénisse et lui donne la paix : « Les femmes sont les sœurs (*shaqâ'iq*) des hommes » (rapporté par Abu Dâwud et Tirmidhî). Les sœurs sont les moitiés équivalentes et égales, sans préférence pour l'une ou pour l'autre (des moitiés).
- 13 Cette tradition, dont l'objet est celui des versets que j'ai mentionnés, fonde rétablissement du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes que la législation égyptienne ne peut enfreindre, à moins d'être entachée d'inconstitutionnalité comme expliqué précédemment.

Les règles de la jurisprudence islamique

- 14 Les règles de la jurisprudence islamique (*fiqh*) sont la synthèse de ce que les jurisconsultes ont établi par voie de déduction à l'époque de L'*ijtihâd*. Cela fut compilé par la suite sous la forme de règles générales (*qawâ'id*) regroupant d'innombrables règles secondaires (*furû*). Ce sont, dans les différentes écoles, comme les équivalents de

textes juridiques auxquels se réfèrent le jurisconsulte, le mufti et le juge, qui interprètent en s'appuyant sur leurs exigences.

- 15 Je me suis penché, quand j'ai entrepris mes recherches sur le sujet, sur les règles jurisprudentielles codifiées dans le *Recueil des règles de justice* (*Majallat al-ahkâm al-'adliyya*). Il s'agit de ce Code civil complet, inspiré de l'école hanafite, appliqué jusqu'à récemment dans nombre de pays arabes ; les codifications jordanienne, koweïtienne, émiratie, de même que le projet de Code civil arabe unifié, en ont emprunté l'essentiel des règles. Celles-ci sont au nombre de 99. J'ai examiné ces règles et j'ai trouvé plus de quinze dispositions impliquant l'obligation de considérer l'enfant d'une mère égyptienne comme Égyptien, quelle que soit la nationalité de son père. Dans la mesure où ces règles expriment les principes de la *shari'a* islamique qui est constitutionnellement obligatoire pour le législateur, je me permets d'indiquer toutes celles qui abordent le droit de l'enfant d'une mère égyptienne à avoir sa nationalité.

Première règle : à principe caduc, on cherche un substitut

- 16 C'est la règle n° 52 du *Recueil des règles de justice*. Elle signifie que pour toute affaire, il existe une règle Légale fondamentale qui procède directement des textes de la Loi ou de l'interprétation jurisprudentielle (*al-ijtihâd al-fiqhî*) ; s'il est impossible, pour quelque raison que ce soit, de mettre en œuvre cette règle fondamentale, il appartient au jurisconsulte de chercher une règle de substitution et d'en promouvoir l'application dans le cas où la mise en œuvre de la règle fondamentale est impossible.
- 17 En matière de nationalité, la règle fondamentale est qu'elle soit transmise du père à ses enfants. S'il est impossible de donner aux enfants la nationalité du père – soit qu'il soit inconnu, soit qu'il n'ait pas de nationalité, soit que sa nationalité soit inconnue –, nous nous transposons au substitut qui est d'octroyer aux enfants la nationalité de la mère pour qu'ils puissent bénéficier de la personnalité juridique (qui résulte et procède de la nationalité) sans laquelle l'être humain ne peut vivre.
- 18 Les textes de droit qui interdisent au fils d'une Égyptienne d'avoir sa nationalité quand on ne peut lui octroyer celle du père, sauf à la condition d'en faire la demande, de déclarer son intention de résider perpétuellement en Égypte, l'accord étant finalement dépendant de la décision de l'État représenté par le ministre de l'Intérieur, etc., ces textes sont donc la négation de la règle jurisprudentielle mentionnée qui oblige, dans cette situation, à octroyer, sans entrave ni condition, la nationalité égyptienne.

Deuxième règle : la nécessité rend licite l'interdit

- 19 C'est la règle n° 20 du *Recueil des règles de justice*. Son sens est clair. Elle signifie en résumé, pour l'objet qui nous concerne, que, si nous estimons que la nécessité dans laquelle se trouve l'enfant d'un père inconnu ou d'un père de nationalité inconnue ou apatride impose de lui octroyer la nationalité de la mère, le résultat normal serait de lever tous les empêchements à l'octroi de cette nationalité qui existent aujourd'hui, à moins de ne pas en appliquer la règle en toute connaissance de cause. C'est parce que l'application de la règle de la nécessité, qui rend licite ce qui ne l'est pas à l'origine, est une constante de la jurisprudence islamique, que les jurisconsultes lui ont accolé un ensemble de règles, parmi lesquelles on retrouve : « le préjudice est effaçable » (*al-dararyazâl*) – c'est-à-dire qu'il faut l'effacer – et « le préjudice est payé dans la mesure

du possible » (*al-darar yudfa'bi-qadr al-imbân*). Ces deux règles notifient l'obligation pour le groupe et pour chacun de ses membres de payer et d'effacer le préjudice subi par d'autres. Il ne fait pas de doute que le préjudice subi par les enfants d'une Égyptienne qui ne jouissent pas de la nationalité de leur mère, qu'ils résident en Égypte ou à l'étranger, et qui ne disposent pas d'une nationalité héritée de leur père est un préjudice majeur qui signifie leur exclusion de multiples droits humains, dont les plus importants sont le droit de se déplacer, le droit à l'enseignement, le droit de propriété et le droit de travailler, sans compter tous les droits politiques. C'est pour cela que ces règles exigent que l'octroi de la nationalité aux enfants de mère égyptienne soit un fait automatique, comme il l'est pour les enfants de père égyptien. Il n'y a pas lieu de s'opposer à cela au prétexte que cela signifierait dans certains cas la double nationalité, chose qui ne serait, elle, pas justifiée. Cette opposition est écartée pour plusieurs raisons. La première, c'est que la loi égyptienne autorise la double nationalité ; ces situations seront donc réglées dans le cadre du régime juridique de la nationalité en Égypte. La seconde raison, c'est que le texte permet à l'enfant de mère égyptienne, sur une période déterminée après l'accession à la majorité, de choisir la nationalité de cette dernière ou de son père, ou toute autre nationalité à laquelle il pourrait accéder pour n'importe quelle raison. La troisième raison, c'est que la règle jurisprudentielle qui établit le mode de traitement des différents abus est : « confronté à deux maux, choisis celui qui occasionne le moindre préjudice » (règle n° 27 du *Recueil*). Face à la multiplicité du préjudice, la règle est : « commets celui des préjudices qui est le moindre » ou « choisis, des deux maux, le plus bénin » (règle n° 28 du *Recueil*). L'argument est que la double nationalité est un mal. On y répond que cet abus, le préjudice qu'il occasionne ou le mal qui en résulte n'est pas comparable au préjudice ou au mal qui résulte du déni de nationalité et des conséquences négatives dans la vie d'un être humain qui en découlent. Il est donc bon, en vertu de ces règles, d'octroyer la nationalité sans considérer l'éventualité de la double nationalité ou d'apporter les solutions possibles à la double nationalité de la manière actuellement en vigueur dans le droit égyptien ou de quelque autre manière qui permette d'écarter le risque d'exposer les enfants de mère égyptienne au déni de nationalité.

Troisième règle : le besoin accède au rang de la nécessité, qu'il soit général ou particulier

- 20 C'est la règle n° 31 du *Recueil*. Elle signifie que nous ne dérogeons pas au fondement Légalement établi, en n'importe quelle matière, au seul motif que serait survenue une situation, de nécessité, mais que la dérogation, qui contrevient à la règle fondamentale, est également admise en situation de besoin. L'effet du besoin sur la vie de l'être humain est inférieure à celui de la nécessité : celui qui est sur le point de mourir de faim est dans la nécessité, alors que celui qui est tenaillé par la faim est dans le besoin. La jurisprudence islamique, par le biais de cette règle qui fait accéder le besoin au rang de la nécessité, met les deux sur un pied d'égalité.
- 21 Il n'y a pas de distinction, en matière de besoin, selon que ce dernier est général – il exerce un impact évident sur toute la communauté ou sur une fraction importante de celle-ci – ou qu'il est particulier à un individu ou à un nombre limité d'individus. Si l'enfant de mère égyptienne « a besoin » de la nationalité de celle-ci pour mener sa vie, en Égypte ou ailleurs, et que ce besoin n'est satisfait que par l'octroi de cette

nationalité, alors la loi qui interdit cela contrevient à cette règle jurisprudentielle. Elle contrevient même à la règle : « la souffrance appelle le remède », dont la contrepartie est la règle n° 18 du *Recueil* : « si les voies sont étroites, élargis-les ». Les enfants d'une Égyptienne qui ne jouissent pas de sa nationalité et qui sont privés pour n'importe quelle raison de la nationalité de leur père subissent d'innombrables souffrances dans leur vie personnelle et sociale du fait qu'ils sont privés de bien des droits dans leur patrie. Cela fait que les voies de leur vie sont étroites et cela impose de mettre en oeuvre ces deux règles.

- 22 Il ne fait pas de doute que la situation que vivent les enfants d'Égyptiennes et de pères non égyptiens confirme l'existence d'un « besoin général » qui accède au rang d'une nécessité, d'une souffrance qui appelle au remède et d'une exiguité qui impose d'élargir la voie. Tout ceci requiert l'établissement de l'égalité entre l'homme et la femme égyptiens pour la transmission de la nationalité, du simple fait de la naissance.

Quatrième règle : le statut dérivé est établi à défaut du statut originel et il dispose d'un droit supérieur à ce dernier

- 23 C'est la règle n° 80 du *Recueil*. Le *Recueil* se limite à la première partie de la règle, alors que la seconde partie est établie dans les livres regroupant les règles jurisprudentielles de l'école hanafite, qui est le fondement du *Recueil* lui-même.
- 24 Cette règle signifie qu'il n'est pas nécessaire que les statuts dérivés fermement établis correspondent parfaitement ou perpétuellement, de manière permanente et directe, aux statuts originels fermement établis. Pour le sujet qui nous concerne, l'application de la règle apparaît clairement, dès que nous saisissons que l'époux non égyptien n'acquiert pas la nationalité du simple fait de son mariage avec une femme égyptienne. Ceux qui s'opposent à l'octroi de la nationalité aux enfants d'un tel mariage fondent leur opinion sur le fait qu'il n'est pas possible de transmettre la nationalité de la mère à l'enfant, qui ne serait pas né sans l'intervention du père, alors que l'intervenant, qui est à l'origine même de la naissance, ne porte pas la nationalité égyptienne. Comment se pourrait-il alors qu'elle se transmette de la mère à l'enfant ?
- 25 La réponse qu'oppose cette règle du *fiqh* à cette objection, c'est qu'il n'est pas nécessaire, pour transmettre la nationalité au fils, qu'elle soit établie dans le chef de son origine, c'est-à-dire le mari (ou le père). Le statut dérivé est établi à défaut du statut originel. La nationalité de la mère est donc établie au profit de l'enfant sans qu'elle ne soit établie au profit de son origine, à savoir le père. Le dérivé dispose d'un droit supérieur à celui dont dispose l'originel. Le fils dispose du droit à la nationalité de sa mère, alors que l'originel, à savoir le père, ne dispose pas d'un droit quelconque à acquérir cette nationalité.
- 26 Il est vrai qu'une autre réponse existe, que les tenants de cette objection avancent, à savoir que la mère et le père forment tous deux l'origine de l'enfant. L'empêchement de l'une des deux origines à transmettre sa nationalité au dérivé anéantit le principe d'égalité entre eux et donne priorité à l'un des deux partenaires à l'« enfantement » sur l'autre. Si toutefois nous revendiquons que la nationalité de la mère soit établie au profit de celui qu'elle a enfanté, c'est parce que nous revendiquons l'égalité entre les deux origines dans leur droit à chacun à transmettre sa nationalité à son dérivé. Dire autre chose est tout à fait contraire à l'égalité dans le droit établi des deux parents, égaux entre eux, dans les questions concernant les enfants. C'est indiqué dans ces

paroles coraniques : « en accord et après s'être consultés » (*La Vache*, II, 233). Rien que ceci exclut et rend invalide ce sur quoi reposent pareils propos, et impose d'établir le droit de l'enfant à la nationalité de sa mère, au même titre que son droit à la nationalité de son père.

Cinquième règle : celui qui dispose d'un droit dispose des nécessités qu'il comporte

- 27 C'est la règle n° 48 du *Recueil*. Elle fonde le raisonnement selon lequel les enfants qu'une Égyptienne a eus d'un père étranger se voient octroyer le droit de résider avec leur mère dans sa patrie, l'Égypte. Ils ne bénéficient toutefois pas, par la suite, du traitement réservé aux Égyptiens en matière d'enseignement, de travail, de propriété, de déplacement, et autres droits établis en faveur des citoyens du simple fait de leur citoyenneté, alors que ceci relève des nécessités de la vie, non de ses commodités et de son superflu. Si donc le fils d'une mère égyptienne a le droit de résider en Égypte, il faut qu'il ait également les « nécessités » de cette résidence, c'est-à-dire les droits mentionnés.
- 28 L'empêchement à jouir de ces droits est une contradiction. C'est pour cela que cette règle jurisprudentielle a été formulée, pour assurer l'harmonie nécessaire entre les règles de la *shari'a* en assurant les conséquences qui découlent du droit à une chose. Le plus important de ces droits est celui de jouir de ce qui constitue une nécessité indispensable pour en jouir. S'il n'y a pas moyen que celui qui réside sur le sol égyptien jouisse des droits de la citoyenneté, si ce n'est en faisant de lui un citoyen, cela signifie qu'il est nécessaire de lui octroyer la nationalité en question. Ceci confirme une autre règle jurisprudentielle : « Les subterfuges se ferment comme ils s'ouvrent ». Le subterfuge (*dharî'a*), c'est la voie bonne ou mauvaise qui conduit à n'importe quoi. Dès lors qu'il s'agit d'une voie qui conduit à mal ou occasionne un tort, il est obligatoire de l'obstruer. C'est un principe bien connu dans la jurisprudence pénale islamique et dans la jurisprudence du licite et de l'illicite, sous le principe de la « fermeture du subterfuge ». Dès lors qu'il s'agit d'une voie qui conduit au bien, il est obligatoire de l'ouvrir et de faciliter les chemins qui y mènent. La réunion de cette règle et de la règle « la possession d'une chose entraîne la possession de ses nécessités » nous conduit à dire qu'il faut obligatoirement ouvrir les subterfuges pour que la nationalité de la mère égyptienne se transmette à ses enfants d'un mari non égyptien.

Sixième règle : « l'autorisation légale (*ibâha*) fait obstacle à la responsabilité (*damân*) »

- 29 C'est la règle n° 9 du *Recueil*. *Ibâha* signifie permission, c'est-à-dire que l'acte est autorisé dans la *shan'a*. *Daman* signifie responsabilité. La règle signifie que l'homme, s'il fait quelque chose qui appartient à ce qui est autorisé, ne peut être amené à en répondre ni subir un préjudice pour cause de cet acte. La relation de cette règle avec notre objet apparaît quand il s'agit de répondre à ceux qui reprochent à une femme égyptienne de s'être mariée avec un étranger. Les tenants de ce reproche disent : si elle a choisi un père qui n'est pas égyptien pour ses enfants, elle n'a qu'à chercher la solution au problème de leur nationalité hors du droit égyptien, sans que l'Égypte ait à

supporter le poids d'un surcroît du nombre de ses citoyens engendré par ceux qui ne sont pas de père égyptien.

- 30 La règle susmentionnée répond à ces propos. L'Égyptienne ne peut être réprimandée pour s'être mariée à un non-Égyptien. Ni la *shari'a* ni le droit ne contraignent une Égyptienne à toujours choisir un époux égyptien. Il n'est pas vrai que la mère égyptienne assume une responsabilité que ne lui impose pas la loi. Dès lors que les règles jurisprudentielles et, avant elles, les principes de la *shari'a* islamique ont imposé l'égalité entre l'Égyptien et l'Égyptienne dans leur droit à transmettre leur nationalité à leurs enfants, quelle différence y a-t-il lieu de faire entre un Égyptien ayant épousé une étrangère, dont les enfants sont Égyptiens du seul fait de la naissance, et une Égyptienne ayant épousé un étranger, dont les enfants n'ont aucun droit à avoir sa nationalité ? Cette discrimination constitue quasiment un obstacle implicite ou caché au mariage d'une Égyptienne avec un étranger, obstacle qui n'est objectivement pas licite, voire même illégal. Le législateur a l'obligation de travailler immédiatement à l'aplanir et à corriger les effets qui en subsistent jusqu'à présent.

Septième règle : « La gestion des administrés est fonction de leur intérêt »

- 31 C'est la règle n° 57 du *Recueil*. Elle signifie que les décisions et les lois que promulguent les différents pouvoirs de l'État ne s'appliquent et n'ont de valeur – à défaut de tout vice – qu'à condition qu'elles visent la réalisation de l'intérêt général. Tel est le principe bien connu dans le droit administratif moderne sous le nom de principe de légalité. Il exige de la décision administrative qu'elle recherche l'intérêt général. Cette recherche est un des éléments constitutifs de la décision administrative, qu'on appelle l'« élément téléologique » (*rukṇ al-ghāya*). La jurisprudence prononce la nullité de la décision pour vice de légalité quand cet élément n'est pas respecté.
- 32 Le principe juridique ne s'applique qu'aux décisions administratives, mais la règle jurisprudentielle s'étend jusqu'à comprendre d'autres moyens conditionnant l'exercice de la volonté de l'État sur les individus. Cela comprend les lois, les règlements, les décisions et les arrêtés, qu'ils soient généraux ou particuliers, locaux ou nationaux.
- 33 Ce qui est sûr, dans ce qu'on vient d'exposer et dans nombre de livres sur le sujet, c'est que les textes qui interdisent aux enfants d'une femme égyptienne de jouir du droit à la nationalité de leur mère ne poursuivent aucun intérêt, qu'il soit général ou particulier. Ils impliquent simplement, au contraire, un préjudice grave et accentué pour cette mère et ses enfants. Ils contredisent le principe d'égalité établi dans la Constitution, ainsi qu'on le verra, et ils donnent la préférence au masculin sur le féminin sans que n'existe d'obligation à cette préférence (à supposer seulement qu'une obligation véritable de préférence puisse exister).
- 34 Il est établi dans la jurisprudence islamique que le pouvoir de l'État à légiférer sur les questions autorisées est limité par l'obligation de réaliser l'intérêt général, parce que c'est l'État qui est chargé de réaliser les intérêts des gens. Dès lors qu'on réglemente l'usage de son pouvoir dans les questions autorisées, pour réaliser un intérêt quelconque, cet usage se justifie, sa mise en œuvre s'impose et il s'impose que les citoyens obéissent à ceux qui le leur prescrivent ou le leur prohibent. Dans le cas contraire, c'est-à-dire où l'usage du pouvoir de l'État pour ordonner ce qui est autorisé ou le proscrire, ou pour exercer des effets sur sa pratique légale, vise le mal ou en tout

cas ne vise pas la réalisation d'un intérêt apparent, cet usage est nul et inapplicable, parce qu'il constitue soit un préjudice soit une perte de temps, toutes choses qui n'ont pas de validité et ne doivent pas être mises en œuvre.

- 35 Comme il est du devoir du législateur de s'écarter de la futilité, de tendre à réaliser le bien et d'écarter ce qui peut porter préjudice aux citoyens, les textes qui distinguent la femme égyptienne de l'homme égyptien, attendu qu'il est de leur droit à tous deux de transmettre leur nationalité à leurs enfants, sont des textes préjudiciables qui ne réalisent aucun intérêt et qu'il faut donc supprimer.

Les textes de la Constitution et les arrêts de la Haute Cour constitutionnelle

- 36 La Constitution égyptienne accorde une importance majeure aux droits et aux libertés, en tête desquels le droit à l'égalité établi à l'article 40 sous la forme suivante : « Les citoyens sont égaux devant la loi ; ils sont égaux dans les droits et les devoirs généraux ; il n'est pas fait de distinction entre eux en la matière sur la base du sexe, de l'origine, de la religion ou de la conviction ».
- 37 Ce texte fait dépendre l'égalité de la qualité d'Égyptien. Son étendue se limite aux droits et devoirs. Il mentionne, comme causes de distinction prohibée, la plupart de celles qui exercent un impact collectif dans la vie réelle, à savoir la race, la langue, la religion ou la conviction, pour indiquer au moyen de celles qu'il a mentionnées les autres distinctions qu'il n'a pas mentionnées.
- 38 La jurisprudence de la Haute Cour a établi qu'« il n'est pas permis que la loi distingue dans ses buts et ses effets entre ceux à qui ses règles s'adressent sans fondement objectif, à moins que cette distinction ait fait l'objet d'un arbitrage et des débats prévus à l'article 40 de la Constitution » (arrêt n° 23/12, 2 janvier 1993, *Jarida rasmiyya* – *Journal officiel* – n° 3, 16 janvier 1993).
- 39 La jurisprudence constitutionnelle a également établi que « le principe de l'égalité est un moyen d'établir la protection juridique proportionnelle dont le champ d'application ne se limite pas aux droits et devoirs stipulés dans la Constitution, mais dont le domaine d'action s'étend aux droits que le législateur a conférés aux citoyens dans les limites de son pouvoir d'appréciation et à la lumière de ce qu'il pense justifié pour l'intérêt général » (arrêt n° 6/13, 16 mai 1992, *Jarida rasmiyya*, n° 23, 4 juin 1992, ainsi que son arrêt n° 37/9, 19 mai 1990, *Jarida rasmiyya*, n° 22bis, 3 juin 1990).
- 40 Dans un autre cas d'application de grande importance de ce principe, la Haute Cour constitutionnelle a jugé que le principe d'égalité était le fondement de la justice, de la liberté et de la paix sociale, et que « le but visé se traduit fondamentalement dans la protection des droits des citoyens et la garantie de leurs libertés contre les formes de distinction qui lui portent atteinte ou limitent son exercice. Ce principe devient, dans son essence, un moyen d'établir la protection juridique proportionnelle qui n'établit pas de distinction entre des statuts juridiques semblables et ne restreint pas son application aux droits et libertés stipulés dans la Constitution, mais étend le domaine de leur action à ceux que la loi établit et dont elle est la source. [...] Il n'est en aucun cas permis que le pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur dans le domaine de l'organisation des droits tende à distinguer entre des statuts juridiques semblables [...] » (arrêt n° 43/13, 6 décembre 1993, *Jarida rasmiyya*, n° 51, 23 décembre 1993).

- 41 Sur le texte portant interdiction de distinguer dans des situations précises énumérées à l'article 40 de la Constitution, la Haute Cour constitutionnelle a pour jurisprudence constante qu'« il signifie la plupart de celles qui exercent un impact collectif dans la vie réelle et n'indique pas qu'il faille se limiter à elles seules, à l'exception des autres » (arrêt n° 6/13, précité).
- 42 À la lumière de cette définition constitutionnelle explicite, il n'y a plus lieu de douter que, dans la question de la privation de la femme égyptienne de son droit à transmettre sa nationalité à ses enfants de père étranger, nous nous trouvons face à une situation de distinction entre les Égyptiens sur la base du sexe. C'est une des figures expressément interdites à l'article 40 de la Constitution. En effet, l'homme égyptien transmet sa nationalité à ses enfants, sans obstacle et sans dépendre d'une tierce volonté, tandis que la femme égyptienne ne dispose pas de ce droit et ne peut pas donner à ses enfants les mêmes droits que peut donner l'homme égyptien aux siens.
- 43 Il est également clair que cet empêchement constitue une atteinte au principe de l'égalité dans la mesure où il établit une distinction qui n'est pas fondée sur une base objective, ce qui rentre dans le champ de l'interdit constitutionnel du type de celui que la Haute Cour constitutionnelle a exposé dans ses arrêts précités.
- 44 À la lumière de cette jurisprudence constante de- la Haute Cour constitutionnelle et, plus encore, à la lumière de l'évidence du texte constitutionnel lui-même, il s'impose d'amender le texte en vigueur du Code de la nationalité actuel, en sorte qu'il traite également l'homme et la femme dans leur droit à transmettre leur nationalité à leur enfant d'un époux étranger. Ceci, à moins que l'œuvre du législateur n'aboutisse à la distinction entre ces statuts juridiques semblables que la Constitution interdit. Le but sera alors atteint par l'annulation du texte quand il sera soumis à la Haute Cour constitutionnelle.

Les conventions sur les droits de l'homme et l'orientation de la législation moderne

- 45 La Convention de La Haye de 1930 sur la codification des règles internationales en matière de nationalité comporte le principe de l'obligation de jouissance de la nationalité pour tout individu. En 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme a stipulé dans son article 15 que « Tout individu dispose du droit de jouir d'une nationalité ». En 1967, l'Assemblée générale des Nations unies est tombée d'accord, dans sa résolution n° 2200 du 16 février 1967, sur le texte du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le deuxième paragraphe de l'article 24 vient confirmer le droit à la nationalité en stipulant que « tout enfant a le droit d'avoir une nationalité ».
- 46 Il est vrai que ces conventions et d'autres qui comportent un texte sur le droit à la nationalité n'ont pas véritablement reconnu à la personne un droit inconnu auparavant, mais elle confirment un droit « sans lequel il n'y a pas de moyen de vivre, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur de l'État auquel l'individu se rattache » (Fu'âd Riyâd et Sâmih Abu Zayd, « Le droit des enfants à la nationalité de leur mère dans les législations arabes », *Colloque de l'Union des avocats arabes*, Casablanca, 1993, p. 17).
- 47 Dans la ligne de cette tendance internationale, les législations sur la nationalité furent amendées dans un grand nombre de pays, passant du principe de l'octroi de la

nationalité à ceux qui sont nés d'un père relevant d'un État au principe de l'égalité entre ceux qui sont d'un père ou d'une mère relevant de cet État.

- 48 La Constitution mexicaine, promulguée en 1965, stipule qu'« est considérée mexicaine toute personne qui est née d'un père ou d'une mère mexicain » (article 30/1). En 1973, le législateur français a entrepris de supprimer la discrimination entre celui qui est né de père français et celui qui est né de mère française dans la question du droit à renoncer à la nationalité française. Le Code de la nationalité promulgué en 1945 autorisait le fils d'une Française à renoncer à la nationalité française au moment de son accession à l'âge de la majorité, ce qui n'était pas possible pour l'enfant d'un père français. L'amendement de 1973 interdit ce renoncement dans les deux cas, paraisant de la sorte l'égalité entre les enfants d'un Français et les enfants d'une Française. En 1979, le Code allemand de la nationalité a été amendé et l'article 4 stipule depuis que « [la] nationalité allemande est établie pour toute personne qui est née de père allemand ou de mère allemande ». La Chine a amendé, en 1980, son Code de la nationalité, de sorte que la nationalité chinoise soit établie pour toute personne née en Chine de père chinois ou de mère chinoise (article 44). Pour celui qui est né à l'étranger d'une mère chinoise, elle est établie s'il n'a pas acquis par la naissance la nationalité de l'Etat dans lequel il est né (article 45). En 1981, le Code turc promulgué en 1964 a été amendé et la nationalité turque est depuis établie pour toute personne née de père turc ou de mère turque. Le Zaïre a amendé, en 1981 également, sa loi pour établir l'égalité entre la mère et le père dans leur fonction de transmission de leur nationalité à leur enfant. En 1983, le législateur espagnol a amendé le Code de la nationalité et a fait de celui qui est né de père espagnol ou de mère espagnole un Espagnol par la naissance. Le 9 février 1983, la Cour constitutionnelle italienne a prononcé un arrêt important prononçant l'inconstitutionnalité de la discrimination entre le père et la mère dans le domaine de la nationalité, sur la base du fait que cette discrimination porte atteinte au principe de l'égalité entre les deux sexes formulé dans la Constitution. Le législateur italien a immédiatement répondu à cette jurisprudence en amendant le Code de la nationalité dans le sens de l'égalité de fonction du père et de la mère dans la transmission de leur nationalité à leurs enfants.
- 49 En résumé, le législateur égyptien est invité, en amendant le Code de la nationalité ou en promulguant un nouveau Code, à s'aligner sur ce que requièrent les principes de la *shari'a* islamique et sur le sens des règles jurisprudences, ainsi qu'à répondre à ce que stipulent les conventions et les pactes internationaux et à entreprendre l'élaboration de législations modernes, en établissant l'égalité entre la mère égyptienne et le père égyptien dans le droit de chacun à transmettre sa nationalité à son enfant, sans égard pour la nationalité de l'autre partie au mariage et sans influence de l'état du droit de son pays sur l'octroi ou le refus d'octroi de cette nationalité.

INDEX

Mots-clés : islam, nationalité