

Avril-Mai
2021
N°63

COLLECTION

Les études du Crif



LA LOI AU DESSUS DE LA FOI ?

Crif

LA LOI
AU DESSUS DE
LA FOI ?

Jacques Amar



Pierre-André Taguieff
Néo-pacifisme, nouvelle
judéophobie et mythe du complot
N°1 > Juillet 2003 • 36 pages

Marc Knobel
La Capjpo : une association
pro-palestinienne très engagée ?
**N° 2 > Septembre 2003
• 36 pages**

Père Patrick Desbois et Levana Frenk
Opération 1005. Des techniques
et des hommes au service de
l'effacement des traces de la Shoah
**N° 3 > Décembre 2003
• 44 pages**

Joël Kotek
La Belgique et ses Juifs : de
l'antijudaïsme comme code culturel
à l'antisémitisme comme religion
civique
N° 4 > Juin 2004 • 44 pages

Jean-Yves Camus
Le Front national :
état des forces en perspective
**N° 5 > Novembre 2004
• 36 pages**

Georges Bensoussan
Sionismes : Passions d'Europe
**N° 6 > Décembre 2004
• 40 pages**

Monseigneur Jean-Marie Lustiger
Monseigneur Jean-Pierre Ricard
Monseigneur Philippe Barbarin
L'Église et l'antisémitisme
**N° 7 > Décembre 2004
• 24 pages**

Ilan Greilsammer
Les négociations de paix
israélo-palestiniennes : de Camp
David au retrait de Gaza
**N° 8 > Mai 2005
• 44 pages**

Didier Lapeyronnie
La demande d'antisémitisme :
antisémitisme, racisme et exclusion
sociale
**N° 9 > Septembre 2005
• 44 pages**

Gilles Bernheim
Des mots sur l'innommable...
Réflexions sur la Shoah
**N°10 > Mars 2006
• 36 pages**

André Grjebine et Florence Taubmann
Les fondements religieux et
symboliques de l'antisémitisme
N°11 > Mars 2007 • 36 pages

Iannis Roder
L'école, témoin de toutes les
fractures
**N°12 > Novembre 2006
• 44 pages**

Laurent Duguet
La haine raciste et antisémite tisse
sa toile en toute quiétude sur le Net
**N°13 > Novembre 2007
• 32 pages**

**Dov Maimon, Franck Bonneteau
et Dina Lahlou**
Les détours du rapprochement
judéo-arabe et judéo-musulman
à travers le monde
N°14 > Mai 2008 • 52 pages

Raphaël Draï
Les avatars du peuple juif
N°15 > Mars 2009 • 44 pages

Gaston Kelman
Juifs et Noirs dans l'histoire récente
Convergences et dissonances
N°16 > Mai 2009 • 40 pages

Jean-Philippe Moinet
Interculturalité et Citoyenneté :
ambiguïtés et devoirs d'initiatives
**N°17 > Février 2010
• 28 pages**

Françoise S. Ouzan
Manifestations et mutations du
sentiment anti-juif aux États-Unis :
Entre mythes et représentations
**N°18 > Décembre 2010
• 60 pages**

Michaël Ghnassia
Le boycott d'Israël :
Que dit le droit ?
**N°19 > Janvier 2011
• 32 pages**

Pierre-André Taguieff
Aux origines du slogan « Sionistes,
assassins ! » Le mythe du
« meurtre rituel »
et le stéréotype du Juif sanguinaire
**N°20 > Mars 2011
• 66 pages**

Dr Richard Rossin
Soudan, Darfour ; les scandales...
**N°21 > Novembre 2011
• 32 pages**

Gérard Fellous
ONU, la diplomatie
multilatérale : entre gesticulation
et compromis feutrés...
**N°22 > Janvier 2012
• 52 pages**

Michaël de Saint Cheron
Les écrivains français du XX^e siècle
et le destin juif...
**N°23 > Juin 2012
• 56 pages**

Éric Keslasy et Yonathan Arfi
Un regard juif sur la
discrimination positive
**N°24 > mai 2013
• 64 pages**

**Michel Goldberg
et Georges-Elia Sarfati**
Une pièce de théâtre antisémite
à La Rochelle
**N°25 > octobre 2013
• 60 pages**

Mireille Hadas-Lebel
Le peuple juif et l'État d'Israël
ont-ils été inventés ?
**N°26 > novembre 2013
• 16 pages**

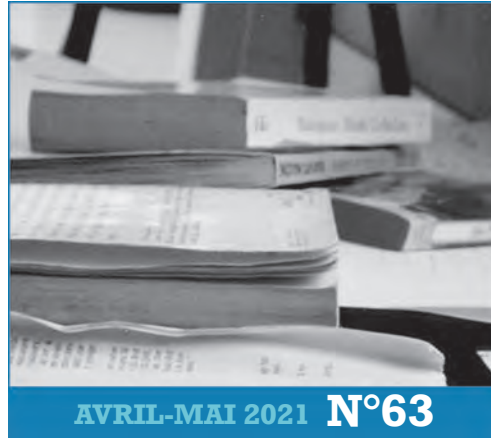
Georges-Elia Sarfati
Lorsque l'Union Européenne nous
éclaire sur sa « face sombre » :
quelques enjeux du projet de
loi-cadre contre la circoncision
assimilée à une mutilation sexuelle.
**N°27 > décembre 2013
• 40 pages**

70 ans du Crif
1944-2014 : Recueil de textes
**Hors-série > janvier 2014
• 116 pages**

Gérard Fellous
La laïcité française :
l'attachement du judaïsme
**N°28 > mars 2014
• 40 pages**

Nathalie Szerman
Le Printemps arabe à l'épreuve
de l'antisémitisme : y a-t-il un avant
et un après ?
**N°29 > mai 2014
• 36 pages**

Suite en page 60



LA LOI AU DESSUS DE LA FOI ?

UNE ÉTUDE DE

Jacques AMAR

*Docteur en droit privé, Docteur en sociologie et diplômé de l'IEP Paris,
Maître de conférences HDR à l'Université Paris Dauphine-PSL*

Crif

**Les textes publiés dans la collection des *Études du Crif*
n'engagent pas la responsabilité du CRIF.**

La rédaction n'est pas responsable des documents adressés.

En conséquence, l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, les droits suivants de l'homme et du citoyen.

(Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789).

« Si elle n'eût pas eu lieu, le vieil édifice social n'en serait pas moins tombé partout, ici plus tôt, là plus tard ; seulement il aurait continué à tomber pièce à pièce au lieu de s'effondrer tout à coup. La Révolution a achevé soudainement, par un effort convulsif et douloureux, sans transition, sans précaution, sans égards, ce qui se serait achevé peu à peu de soi-même à la longue ».

A. de Tocqueville, *L'ancien régime et la Révolution*, 1856.

BIOGRAPHIE



Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, Docteur en droit privé de l'université Paris Dauphine-PSL, maître de conférences en droit privé habilité à diriger des recherches, Université Paris Dauphine-PSL depuis 2001.

Titulaire également d'un doctorat en sociologie intitulé *Les identités religieuses contemporaines dans le miroir des droits de l'homme, contribution à une sociologie des droits de l'homme* (th. Nanterre, 2012).

Jacques Amar Membre du comité de rédaction de la revue *Controverses* publiée par les éditions de l'Eclat (2006-2011).

Membre de Schibboleth Actualités de Freud.

Parmi ses principales publications consacrées aux droits de l'homme - *La lutte contre les sectes*, éditions Jurisclasseur Pénal, 2001, *Laïcité 2005 : zones d'ombre et droits de l'individu*, *Controverses*, n° 1, 2006 ; *Face aux excès de la liberté d'expression, comment les juges communautarisent*, *Controverses*, n°2, 2006 ; *Manquement à l'obligation scolaire*, Jurisclasseur Pénal 2008 ; *A la recherche de l'acte antisémite*, *Controverses*, n°10, *La relation clients à l'épreuve des accommodements raisonnables : le cas de la régie de l'assurance-maladie du Québec*, Pierson, 2012, - *Les droits de l'homme, critère d'appréciation des investissements internationaux, Réflexions sur les principes J. Ruggie*, La Revue des Juristes de Sciences Po, mars 2012 ; *Les migrations contemporaines entre droits de l'homme, liberté de circulation et droit au retour*, *Hommes & migrations*, 2014, n°1306 ; *Cruauté : quand la sensibilité fait le droit Les droits de l'homme-machine*, in *Les figures de la cruauté : entre civilisation et barbarie*, In press, 2016, *Du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels aux principes John Ruggie*, Libres d'écrire, 2017 ; *L'individu, un sujet de droit ou un animal symbolique ? Malaise dans le droit*, *Studia Universitatis Babes-Bolyai - Philosophia*, vol. 65, n°1, 2019 ; *Déshériter une question de droit mais pas seulement*, in *La transmission en questions*, In Press, 2020.

Je remercie le docteur Dov Maimon du JPPI pour m'avoir introduit aux subtilités du communautarisme israélien.

Merci à Joël Amar, Marc Knobel et Rafy Goulli pour leurs remarques.

Le propos ici soutenu n'engage que le signataire du présent article.

SOMMAIRE

BIOGRAPHIE /		04
INTRODUCTION /		08
1^{ÈRE} PARTIE /	Les droits de l'homme, cadre juridique du développement du communautarisme ?	11
CHAPITRE 1 /	Les textes	12
CHAPITRE 2 /	Le contexte	15
	a) Contexte international	15
	b) Contexte européen	16
	c) Contexte national : le droit applicable dans les collectivités d'outre-mer	18
CHAPITRE 3 /	La jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme	21
CHAPITRE 4 /	Vers un tournant répressif ?	25

2^E PARTIE /	La liberté contractuelle, moyen de déroger à la loi commune ?	27
CHAPITRE 1 /	Liberté contractuelle encouragée par l'état et soumission à la norme religieuse : le cas de la finance islamique	29
	a) En fiscalité	29
	b) En droit bancaire et financier	31
	c) Vers une modification plus profonde du droit positif ?	32
CHAPITRE 2 /	Liberté contractuelle et choix d'un tribunal religieux	36
	a) Les règles implicites qui régulent les membres d'une communauté	36
	b) Les règles qui encouragent le recours à un mode de règlement alternatif des différends	38
	c) La place réservée aux tribunaux religieux par l'ordre juridictionnel	45
CHAPITRE 3 /	Liberté contractuelle et choix de la loi applicable d'un droit d'inspiration religieuse	48
	a) Points communs entre les deux textes	49
	b) En matière de régimes matrimoniaux	50
	c) En matière de successions	53
CONCLUSION /		57

INTRODUCTION

Quelle place la République indivisible et laïque accorde-t-elle aux droits religieux ? La question peut paraître provocatrice. Une proposition de loi constitutionnelle a pourtant été déposée par des sénateurs en février 2020 dans l'objectif de garantir la prééminence des lois de la République. Nous en citerons l'exposé des motifs : *« la société tend aujourd'hui à se fragmenter en une juxtaposition de communautés désunies. Les aspirations communautaires se font entendre de façon croissante, remettant en cause notre pacte républicain. Ainsi, des catégories de personnes demandent à se voir reconnaître, notamment en raison de leurs croyances religieuses, des droits particuliers qui peuvent apparaître comme autant de dérogations au principe d'égalité devant la norme commune, dans le service public, à l'école ou dans le cadre professionnel »*¹. Face aux tentations communautaristes dénoncées par ces sénateurs, mais également par le Président ou par le Premier ministre qui préfèrent utiliser le terme « séparatisme », il conviendrait de renforcer le respect de la norme commune et d'empêcher la religion de pénétrer dans le droit positif, soit l'ensemble des règles de droit en vigueur sur le territoire français.

Nul individu ne pourrait se prévaloir de sa religion comme le souhaiteraient les sénateurs à l'origine de la proposition de loi précitée ? La situation est peut-être plus contrastée. Si un individu renvoie à la loi religieuse pour régir un éventuel conflit lors de la rédaction d'un contrat, ce renvoi est valable à partir du moment où il ne va pas à l'encontre de l'ordre public, notion ici entendue au sens neutre comme ensemble des dispositions auxquelles il n'est pas possible de déroger.

Si une population exprime des besoins particuliers, il est logique que dans un marché concurrentiel des entreprises essaient de satisfaire ses besoins. Une enseigne commerciale est à ce titre en droit de vendre un vêtement conforme à des prescriptions religieuses ; de même pour un supermarché qui adapte son offre en fonction des certifications religieuses recherchées par ses consommateurs, ce dont témoigne le développement de rayons de produits cachet ou halal. L'administration fiscale tient également compte de cette spécificité lorsqu'elle intègre dans ses instructions fiscales les particularités des contrats mettant en œuvre des pratiques de la finance islamique, point sur lequel nous reviendrons plus en détails dans

1. Sénat, 3 février 2020, n°293 : Proposition de loi constitutionnelle visant à garantir la prééminence des lois de la République.

le corps de l'étude. Une personne critique à l'égard de cette démarche est parfaitement en droit d'y voir une manifestation du communautarisme dans l'espace public². Mais cette critique ne peut avoir de portée, sauf à imaginer une réglementation qui édicterait précisément des normes vestimentaires, alimentaires et financières.

A la dynamique contractuelle s'ajoute en outre l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre « *la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* ». La détermination de la place des droits religieux dans la République dépend de la portée de la liberté contractuelle, liberté ayant une valeur constitutionnelle,³ et de la liberté de manifester sa religion. Ces deux éléments permettent à un individu de faire valoir son identité religieuse, surtout lorsqu'elle se confond avec un ensemble de prescriptions normatives et se ma-

nifeste par ce que l'on appelle une orthopraxie, c'est-à-dire une pratique qui se veut conforme aux prescriptions religieuses. Les déclarations et projets de modification du droit positif pour renforcer la norme commune se heurtent ainsi au cadre juridique dans lequel elles sont formulées : les droits de l'homme comme la liberté contractuelle se situent au plus haut niveau de la hiérarchie des normes ; ils permettent l'expression de l'identité religieuse des individus, ils rendent donc difficile l'affirmation uniforme d'une loi commune.

Dans ce cadre, la présente étude a pour objet de montrer que les tendances contradictoires qui traversent le droit positif, la référence permanente aux droits de l'homme (I) et le principe de liberté contractuelle (II), constituent des facteurs pouvant favoriser l'émergence d'un communautarisme au sein duquel risque de prévaloir la soumission de l'individu à la loi de la communauté au détriment du principe d'égalité.

2. Pour un exemple caricatural de ce type de discours, J. Bougrab, *Ma République se meurt*, Grasset, 2013, spec. p. 35 : « Dans les rayons des super et hypermarchés, produits halal et casher se côtoient dans une paix religieuse. C'est impressionnant, savez-vous que le foie gras halal existe ? On trouve aussi des chips Flodur et des bonbons Haribo casher... Des rayonnages complets sont dédiés aux communautés religieuses ».

3. Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC.

1^{ère} Partie

**Les droits de l'homme,
cadre juridique
du développement du communautarisme ?**



Génie du droit contemporain : c'est au nom des droits de l'homme version 1789 que le Conseil constitutionnel estime conforme à la Constitution l'interdiction des signes ostentatoires dans l'espace public⁴ ; c'est au nom des droits de l'homme version 1948 que cette même interdiction est jugée constitutive d'une discrimination à l'égard d'une partie de la population française⁵. Cette

différence d'approche rend difficile, voire contraire aux droits de l'homme, le principe d'une loi commune pour tous. La possibilité de se prévaloir des droits de l'homme pour asseoir la légitimité de la norme religieuse découle en effet des textes, du contexte et, surtout, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme avec une nuance ambivalente : le choix de la répression comme contrepoids.

4. Conseil Constitutionnel, Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010.

5. Constatations adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre de l'article 5 (par. 4) du Protocole facultatif, concernant la communication n° 2662/2015.

CHAPITRE

LES TEXTES

Les droits de l'homme deviennent le vecteur de l'identité religieuse en raison de la spécificité des textes adoptés depuis 1948 : ils développent une conception de l'homme foncièrement différente de celle de 1789.

Plusieurs articles de la Déclaration de 1948 concernent, en effet, la religion :

- l'article 2 : impossibilité de distinguer les situations en tenant compte notamment de la religion : « *Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamées dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ». Nous trouvons ici mention de la religion au même titre que d'autres éléments objectifs comme la « couleur » ou subjectif comme l'opinion. Il n'est cependant pas certain que la religion soit réductible à une simple opinion – ou du moins, concevoir la religion comme une opinion revient à estimer que le processus de sécularisation qu'aurait connu le XX^e siècle a abouti à réduire la religion à une simple croyance. D'une part, notre époque atteste du contraire ; d'autre part, les religions du Livre, judaïsme, christianisme et islam, parce qu'elles disposent toutes d'un corpus de règles autonomes, sont autant de modes de contestation de l'ordre juridique.
- l'article 16 consacre le droit de se marier ; ce droit ne peut être entravé par les restrictions religieuses - « *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* ».
- l'article 18 est le plus novateur : « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en*

public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites ».

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adoptés en 1966 et tous deux ratifiés par la France le 4 novembre 1980, confortent, de plus, cette approche. Dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques, la religion intervient ainsi à trois niveaux distincts :

- interdiction de discriminer en fonction de la religion de l'individu ;
- affirmation du droit de pratiquer sa religion si ce n'est que ce droit – en complément de ce qui était mentionné dans la Déclaration universelle ? – est nuancé – art. 18 : « 2. *Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix. 3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamen-*

taux d'autrui. 4. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions » (c'est nous qui soulignons).

- consécration du droit des minorités ethniques ou religieuses – art. 27 : « *Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue* ». Dans la logique de 1789, les Droits de l'homme, comme les textes qui seront adoptés par les révolutionnaires, visent à affranchir l'homme de la tutelle des religions ; dans la logique post-1948, l'identité de l'individu peut dépendre de son appartenance à une communauté religieuse.

Cet aspect a été renforcé dans le contexte qui a suivi la fin de la guerre froide.

CHAPITRE 2

LE CONTEXTE

Le contexte international, comme celui propre à l'Europe, érige la communauté religieuse comme cadre d'exercice des droits de l'homme.

a) Contexte international

Un texte nous paraît synthétiser la conception institutionnelle des droits de l'homme promue par les Nations unies : le rapport rendu lors de la conférence de Vienne du 13 octobre 1993 relative à une convention mondiale sur les droits de l'homme initiée par la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies 45/155 du 18 décembre 1990. Ce rapport esquisse une conception globale des droits de l'homme propre à l'ère post-guerre froide dont les Nations unies ne se sont depuis pas départies⁶. Quatre points méritent ici d'être soulignés :

- le caractère universel des droits de l'homme n'exclut pas un certain relativisme – « *S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du*

devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales ».

- l'affirmation de principe du droit de pratiquer sa religion en même temps que la prise en compte des minorités : « *Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue, en privé et en public, librement et sans immixtion ni aucune discrimination que ce soit* ».
- le nécessaire développement de l'éducation pour faciliter l'expression religieuse des individus ou des minorités - « *L'éducation devrait favoriser la compréhension, la tolérance, la paix et les relations amicales entre les nations et entre tous les groupes raciaux ou religieux* ».
- l'introduction des questions religieuses dans la sphère publique : « *La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande*

6. A.G. A/CONF.157/24 (Part I), Conférence de Vienne, 13 octobre 1993.

instamment aux Etats et à la communauté internationale de promouvoir et de protéger, conformément à ladite Déclaration, les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques. Les mesures à prendre, s'il y a lieu, devraient consister notamment à faciliter la pleine participation de ces personnes à tous les aspects, politique, économique, social, religieux et culturel, de la vie de la société et au progrès économique et au développement de leur pays ».

Le programme d'action de Vienne affirme en parallèle la nécessité de lutter contre les pratiques religieuses contraires par exemple aux droits des femmes, tout en appelant en parallèle à une plus grande tolérance réciproque entre les individus, surtout à l'égard des travailleurs migrants. Quand bien même il ne constitue qu'un ensemble de recommandations, il fait très tôt l'objet d'une reprise à l'échelon de l'Union Européenne, qui met tout particulièrement l'accent sur les droits de minorités ethniques et religieuses⁷.

b) Contexte européen

En parallèle à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales présentée au paragraphe 3, le Conseil de l'Europe, institution an-

térieure à l'Union européenne, qui a pour objectif de favoriser l'émergence d'un espace démocratique et juridique commun en Europe, organisé autour de la Convention européenne des droits de l'Homme, a adopté différents textes qui confirment le basculement des droits de l'homme en droits de l'homme religieux.

L'un de ces textes est la convention-cadre pour la protection des minorités nationales de février 1995. Le Conseil de l'Europe indique qu'il s'agit du « *premier instrument multilatéral juridiquement contraignant consacré à la protection des minorités nationales en général* ». En vertu de ce texte :

Article 2 : « *Toute personne appartenant à une minorité nationale a le droit de choisir librement d'être traitée ou ne pas être traitée comme telle et aucun désavantage ne doit résulter de ce choix ou de l'exercice des droits qui y sont liés* ».

Article 5 : « *1. Les Parties s'engagent à promouvoir les conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de conserver et développer leur culture, ainsi que de préserver les éléments essentiels de leur identité que sont leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel.*

2. Sans préjudice des mesures prises

⁷. Résolution sur les droits de l'homme dans le monde en 1993/1994 et la politique de l'Union en matière de droits de l'homme, Journal Officiel du 22 mai 1995, n° C 126 - Page 15 : A deux reprises est mentionné l'objectif de mise en œuvre de la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques.

dans le cadre de leur politique générale d'intégration, les Parties s'abstiennent de toute politique ou pratique tendant à une assimilation contre leur volonté des personnes appartenant à des minorités nationales et protègent ces personnes contre toute action destinée à une telle assimilation ». Ce texte n'a pas été signé par la France ; elle est cependant vivement incitée à l'adopter par le Comité des droits économiques et sociaux des droits de l'homme des Nations unies⁸.

Dans le même esprit, une résolution du Conseil de l'Europe en date de 2015 considère que « *les Eglises et les organisations religieuses font partie intégrante de la société civile et doivent prendre part, avec les organisations de conviction laïque, à la vie de la société. Les autorités nationales devraient mieux tenir compte du potentiel des communautés religieuses à œuvrer en faveur du dialogue, de la reconnaissance mutuelle et de la solidarité. De leur côté, ces communautés ont une responsabilité essentielle, qu'elles se doivent d'assumer pleinement, dans la promotion des valeurs et des principes communs qui fondent le "vivre ensemble" dans nos sociétés démocratiques* » (c'est nous qui soulignons). Le texte de poursuivre : « *A cet égard, tout en sachant que les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme jouissent d'une marge d'appréciation étendue dans ce domaine, l'Assemblée invite ces derniers à rechercher des "aménagement raison-*

nables" visant à garantir une égalité effective, et non seulement formelle, en matière de droit à la liberté de religion. Les Etats doivent veiller à ce que leur neutralité reste inclusive et ouverte à la diversité ». Dans un texte très critique à l'égard de la France intitulé *Liberté de religion et vivre ensemble dans une société démocratique*⁹, le Conseil de l'Europe considère « *Les législateurs et les gouvernements doivent tenir compte du fait que des choix politiques au titre de la "neutralité de l'Etat" peuvent provoquer, en réalité, des discriminations déguisées à l'encontre des religions minoritaires, ce qui est incompatible avec le droit à la liberté de religion ainsi qu'avec le principe de laïcité* ». De là à dire que le modèle français de la laïcité est en sursis...

En 2019, le Conseil de l'Europe adopte, certes, une résolution plus nuancée qui fait part de son inquiétude devant l'adhésion de certains de ses membres à la déclaration du Caire en vertu de laquelle « *les droits fondamentaux et les libertés publiques font partie intégrante de la Foi islamique* ». Le Conseil considère que la déclaration du Caire relève davantage de prescriptions religieuses que juridiques, ignorant au passage délibérément que la pratique religieuse se pense comme une pratique juridique. Le Conseil s'inquiète que la Charia s'applique « *officiellement ou officieusement dans plusieurs États membres du Conseil de l'Europe, sur l'ensemble*

⁸. Observations faites à la France par le Comité des Droits économiques et sociaux, quarantième session, 28 avril-16 mai 2008.

⁹. Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, *Liberté de religion et vivre ensemble dans une société démocratique*, Résolution 2076 (2015)1.

ou une partie de leur territoire ». Le Conseil rappelle son attachement au principe de séparation de l'Eglise et de l'Etat et préconise que les pays qui adhèrent à la déclaration du Caire prennent expressément leur distance avec ce texte.

Ces différents textes sont dépourvus de valeur normative mais ils « *bénéficient d'une autorité morale parce qu'ils constituent l'expression collective des exécutifs européens sur un sujet donné* »¹⁰. Ces résolutions ne permettent cependant en aucune manière de définir une position uniforme à l'égard des religions. Ou alors, il faut imaginer une conception laïque de l'Etat qui n'imposerait pas ses normes aux communautés religieuses qui le composent. La contradiction est patente et structure l'ambivalence concernant la place à accorder aux droits religieux dans la République : d'un côté, il y a la préconisation relative aux « *aménagements raisonnables* » – ce que nous traduisons par la possibilité de se prévaloir d'un droit religieux, de l'autre, il y a le souhait de l'affirmation du principe de séparation de l'église et de l'Etat. Bien évidemment, le Conseil de l'Europe dénonce les discriminations liées à l'application de normes religieuses notamment à l'égard des femmes, mais la tension entre les deux pôles n'est pas à l'abri d'une rupture en faveur des droits religieux.

c) Contexte national : le droit applicable dans les collectivités d'outre-mer

La République est une et indivisible mais admet en son sein différentes situations au sein desquelles les individus peuvent s'adresser à des organes dont la mission est d'appliquer une loi religieuse. Un processus de remise en cause de la prééminence du droit local dans les collectivités d'outre-mer sur la règle commune innervé toutes les réformes qui sont intervenues ces dernières années pour régir ces territoires, avec un résultat difficile à évaluer. La question dépasse de loin la situation des dérogations au principe de laïcité en Alsace-Lorraine.

Conformément à l'article 72-3 de la Constitution, « *La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité. La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française sont régies par l'article 73 pour les départements et les régions d'outre-mer et pour les collectivités territoriales créées en application du dernier alinéa de l'article 73, et par l'article 74 pour les autres collectivités* ». En vertu de l'article 75 de la Constitution, « *les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé* ». L'ex-

¹⁰ F. Benoît-Rohmer, H. Klebes Le droit du Conseil de l'Europe : vers un espace juridique européen, Conseil de l'Europe, 2005.

pression « statut personnel » désigne tous les éléments du statut individuel d'une personne – nom, nationalité, capacité, domicile – ainsi que ceux liés à sa situation familiale – mariage, divorce, filiation. Compte tenu de la particularité, reconnue par la Constitution, de la population de certains départements ou collectivités d'outre-mer – notamment la prédominance de la religion islamique, les personnes peuvent légitimement se prévaloir du droit musulman et s'adresser spécifiquement à des autorités religieuses pour trancher les questions soulevées par l'évolution de leur statut personnel. Depuis quelques années, le législateur essaie de modifier l'ordonnement juridique pour renforcer la légitimité de la loi de la République. Il doit néanmoins tenir compte de la limite fixée par le Conseil constitutionnel : *« les citoyens de la République qui conservent leur statut personnel jouissent des droits et libertés de valeur constitutionnelle attachés à la qualité de citoyen français et sont soumis aux mêmes obligations ; qu'en rappelant ce principe par la disposition critiquée, le législateur n'a pas méconnu l'article 75 de la Constitution ; que, dès lors qu'il ne remettait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, il pouvait adopter des dispositions de nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés »*¹¹.

À Mayotte, ce n'est qu'en 2003 que la polygamie et la répudiation ont été interdites pour les personnes accédant à l'âge requis pour se marier au 1^{er} janvier 2005. L'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 a mis fin à l'organisation judiciaire locale. Les cadis – les juges musulmans compétents pour les affaires civiles – ont *de jure* perdu leur compétence et se sont vu attribuer des fonctions de médiation et de conciliation. Pour autant, comme les Mahorais ont le choix entre le statut personnel défini par le droit musulman et le droit français, un auteur évalue à 10.000 ressortissants français le nombre de personnes relevant du statut personnel musulman, statut qui permet de contracter en toute légalité des unions polygames¹². Cette volonté politique d'uniformisation se heurte en outre au développement de véritables « stratégies d'éviction » au détriment des juridictions civiles, stratégies menées soit pour des raisons financières, soit pour des raisons d'habitude. La presse locale s'est faite l'écho d'un accord passé par des cadis pour lutter contre la délinquance¹³. Le conseil général départemental de Mayotte souhaite renforcer le rôle des cadis¹⁴. Nous mesurons ici pleinement les conséquences du pluralisme juridique : des pratiques légitimées par l'ordre social mais aujourd'hui illégales ; le risque du débordement des compétences de ces autorités vers le prononcé de sanctions dont l'absence de contestation par les personnes

11. Cons. Cons. 17-07-2003, n° 2003-474 DC.

12. D. Leetchi, *Problèmes contemporains de la laïcité publique*, Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n°53, oct. 2016.

13. <https://la1ere.francetvinfo.fr/mayotte/tsingoni/cadis-mediateurs-enrayer-delinquance-780903.html>

14. <https://www.cg976.fr/ressources/appels/aap-conseil-cadial-2020-1>

15. M. Philip-Gay, *Valeurs de la République et islam à Mayotte*, Revue du droit des religions, 6/ 2018, 59-76.

concernées favorise le maintien de la loi religieuse sur la norme commune¹⁵. La situation est d'autant plus trouble que la volonté politique de mettre fin sans véritable information de la population à l'application du droit local a créé des complications juridiques qui ne peuvent que renforcer les stratégies d'éviction mises en œuvre par les Mahorais¹⁶.

Chaque département ou collectivité d'outre-mer présente ainsi des particularités généralement linguistiques et religieuses qui justifient des dérogations à la norme commune. Certes, nous parlons de territoires éloignés de la métropole. Le degré de flexibilité est vanté par tous les observateurs au point même que des spécialistes se sont demandés si l'islam de la Réunion ne constituait pas un modèle pour la République¹⁷. Comme le note un auteur, « *ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre par rapport au droit commun, le droit de la France d'outre-mer est un droit d'avenir. Il y a bien longtemps qu'il pratique les thèmes aujourd'hui à la mode des droits aux différences. Lui qui s'entachait, à l'époque coloniale, de discriminations antidémocratiques, a été ensuite le premier sans doute à faire place aux discriminations positives, compensatoires, justifiées* »¹⁸. En juin 2020, à Dijon,

à la suite d'affrontements entre personnes d'origine tchétchène et des Français de confession musulmane, la presse s'est faite l'écho d'un accord obtenu sous l'autorité de l'imam de Dijon. La démarche n'est, somme toute, pas différente des efforts déployés par le conseil départemental de Mayotte pour améliorer les relations entre les individus : les individus préfèrent l'autorité de la justice rendue sous les auspices d'une loi d'inspiration divine au respect de la justice humaine¹⁹.

En résumé, la loi ne peut aller à l'encontre des dispositions constitutionnelles ; il suffit de s'éloigner de la métropole pour constater que des pratiques religieuses peuvent conduire à adopter des comportements contraires à la loi et qui sont difficilement sanctionnables ; à partir du moment où de telles dérogations sont acceptées, elles peuvent parfaitement innover l'ensemble du droit positif.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui dispose également d'une valeur supérieure à la loi facilite d'ailleurs ce processus.

16. S. Blanchy, Y. Moatty. *Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ?*, Droit et société, vol. 80, no. 1, 2012, pp. 117-139.

17. Colloque à l'Assemblée nationale le 28 janvier 2010.

18. J. Y. Faberon, *La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ?* Pouvoirs 2005/2 (n° 113), pages 5 à 19.

19. T. Rabino, *Exclusif – Dijon : entre les communautés tchétchène et maghrébine, armistice surréaliste à la mosquée*, Marianne, 20 juin 2020.

CHAPITRE

3

LA JURISPRUDENCE DE LA
COUR EUROPÉENNE DES DROITS
DE L'HOMME

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est la version régionale de la Déclaration universelle de 1948. Comme l'énonce la Cour, « *la liberté de manifester sa religion est un droit fondamental, non seulement parce qu'une société démocratique saine a besoin de tolérer et soutenir le pluralisme et la diversité, mais aussi en raison de l'utilité que revêt pour quiconque fait de la religion un principe essentiel de sa vie la possibilité de communiquer cette conviction à autrui* ». La Cour reconnaît à chaque Etat une marge d'appréciation en fonction des caractéristiques de sa culture et de ses traditions pour faciliter ou au contraire restreindre cette liberté. Il est cependant tellement difficile d'identifier une ligne jurisprudentielle concernant la portée du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9) qu'un auteur s'interroge sur son « *influence a priori négative sur l'universalisme des droits humains* »²⁰. Cette influence ne doit pas être sous-estimée : les arrêts de la Cour en la matière font à présent l'objet d'une large médiatisation car ils soulèvent une question de principe. En effet, à chaque fois ils doivent

trancher un conflit entre la norme religieuse et la norme étatique. Ces arrêts concernent toutes les personnes pratiquantes, quelle que soit la prescription religieuse à l'origine du conflit, compte tenu des nombreuses similitudes entre les prescriptions des trois grandes religions monothéistes sur les questions à l'origine d'un contentieux.

Comme cela a été relevé dès 1999, les arrêts disposent d'une autorité interprétative ; par voie de conséquence, « *les décisions de la Cour ne s'imposent plus seulement aux Etats parties à un litige, mais plus largement aux Etats parties à la Convention* »²¹. Le développement de situations communautaristes trouve ici un appui non négligeable soit comme moyen de restreindre les droits d'autrui, soit comme moyen d'obtenir la consécration de la primauté de la loi de la communauté. Ces solutions dessinent un paysage juridique très contrasté : d'un côté, les juges affirment des valeurs ; de l'autre, les solutions qu'ils adoptent peuvent permettre de justifier les discours relativistes.

Les droits de l'homme peuvent en effet être invoqués pour en même temps

20. G. Gonzales, Identité et/ou liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in Le droit des libertés en question(s) - RDLF 2019 chron. n°23.

21. J.-P. Marguenaud, *L'influence de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur le droit privé français*, 1999 : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/influence-de-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-sur-le-droit-priv-franais/>

protéger les valeurs d'une communauté et restreindre les droits des individus. Dès 1994, la Cour estimait qu'un Etat « *peut légitimement estimer nécessaire de prendre des mesures visant à réprimer certaines formes de comportement, y compris la communication d'informations et d'idées jugées incompatibles avec le respect de la liberté de pensée, de conscience et de la religion d'autrui* » (CEDH, 23 août 1994, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, n° 11/1993/406/485). Pour cette raison, il n'y a pas forcément atteinte à la liberté d'expression si une personne est condamnée pour avoir « *injuré par voie de publications "Dieu, la Religion, le Prophète et le Livre Sacré" – l'exercice de cette liberté comporte toutefois des devoirs et responsabilités. Parmi eux, dans le contexte des croyances religieuses, peut légitimement figurer l'obligation d'éviter des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices* » (CEDH, 13 sept. 2005, n° 42571/98, Î.A. c. Turquie). A l'identique, le maintien de la paix religieuse peut justifier qu'une personne soit condamnée pour les propos qu'elle a tenus sur le fondateur d'une religion (CEDH, sect. V, 25 oct. 2018, n° 38450/12, Autriche c/ Mme Nußberger) tandis que, par exemple, la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques est justifiée car elle est « *le fruit de l'évolution historique de l'Italie, ce qui lui donne une connotation non seulement culturelle mais aussi identitaire,*

correspond aujourd'hui à une tradition qu'il juge important de perpétuer » (CEDH, n° 30814/06, 18 mars 2011, Lautsi et autres c/ Italie).

Les droits de l'individu religieux sont en même temps renforcés. La liberté de religion justifie qu'il ne soit pas possible pour un juge de condamner un témoin qui refuserait d'enlever son signe distinctif pour outrage, quand bien même son attitude serait délibérément provocatrice (CEDH, n° 57792/15, 5 déc. 2017, Hamidovic c/ Bosnie-Herzégovine), ni pour un Etat d'empêcher par principe le prosélytisme religieux sans vider de sa substance la possibilité pour un individu de changer de religion (CEDH, n° 14307/88, 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce) avec un principe directeur : « *dans une société démocratique, où plusieurs religions ou plusieurs branches d'une même religion coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir cette liberté de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun. Toutefois, dans l'exercice de son pouvoir de réglementation en la matière et dans sa relation avec les diverses religions, cultes et croyances, l'Etat se doit d'être neutre et impartial ; il y va du maintien du pluralisme et du bon fonctionnement de la démocratie* » (CEDH, n° 45701/99, 13 déc. 2001, Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova). Il ne faut pas exclure à

22. Cass. soc., QPC, 12 févr. 2020, no 19-40035 : La question est « de savoir si les dispositions combinées des articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail, en tant qu'elles imposent la fermeture des commerces de détail alimentaire casher le dimanche à partir de treize heures alors que ces commerces sont déjà fermés dans le cadre du Shabbat le vendredi soir au coucher du soleil et toute la journée du samedi, sont contraires aux droits et libertés que la Constitution garantit et, plus précisément, aux principes de liberté religieuse, d'égalité devant la loi et à la liberté d'entreprendre ».

présent que l'invocation de la liberté de religion serve de fondement pour contester la norme commune, comme par exemple l'interdiction du travail le dimanche (Cass. soc., QPC, 12 févr. 2020, n° 19-40035)²².

La jurisprudence ouvre enfin un autre fondement aux revendications identitaires : l'invocation de la « *faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend* » (CEDH, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002). Définie à l'origine à propos des difficultés rencontrées par les transsexuels pour obtenir un changement d'état civil, cette faculté a été invoquée pour justifier des pratiques religieuses contestables. A propos des Témoins de Jéhovah et du refus de ses membres d'être transfusés, il a été jugé que « *la liberté d'accepter ou de refuser un traitement médical spécifique ou de choisir une forme alternative de traitement médical est vital aux principes d'autodétermination et d'autonomie personnelle* » (CEDH, n° 302/02, 10 juin 2010, *Jehova's Witnesses of Moscow v/ Russia*). La règle du groupe est ainsi invoquée à titre individuel pour s'opposer à la règle commune, sauf situations où la personne ne serait pas en mesure d'exprimer son consentement. Dans le cas contraire, le groupe ferait l'objet d'une stigmatisation au sein de la société. Tout est question de mesure mais, comme cela a été relevé, la survalorisation du consentement peut former le fondement d'une contesta-

tion généralisée des règles d'ordre public²³.

Le droit religieux peut-il pour autant s'imposer ? La Cour s'est prononcée sur ce point dans l'affaire suivante : en Grèce, l'épouse dont le mari est décédé s'est vue privée de l'essentiel de l'héritage de celui-ci du fait de l'application de la Charia à sa succession, alors même que celui-ci avait choisi de lui léguer ses biens conformément aux dispositions du droit grec. La justice grecque a cependant annulé ce testament sous prétexte que le couple, de confession musulmane, était dans l'obligation de régler la succession selon la Charia. Les biens du défunt ont donc été transmis à ses sœurs²⁴. Rendu à propos de la Grèce, cet arrêt permet de dessiner les contours d'un communautarisme conforme aux droits de l'homme.

En premier lieu, « *la liberté de religion n'astreint pas les États contractants à créer un cadre juridique déterminé pour accorder aux communautés religieuses un statut spécial impliquant des privilèges particuliers. Néanmoins, un État qui a créé un tel statut doit veiller à ce que les critères pour que ce groupe bénéficie de ce statut soient appliqués d'une manière non discriminatoire* ». Un Etat ne pourrait donc interdire que des individus s'adressent à des tribunaux religieux si le droit positif leur permet de se développer à partir du moment où le principe de non-discrimination

²³. S.-M. Ferrié, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine. Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, th. Limoges 2015.

²⁴. CEDH, 19 déc. 2018, n° 20452-14, *Molla Sali c/ Grèce*.

est respecté. Comme nous le montrons (cf. infra), les contraintes sociologiques qui s'imposent aux individus rendent cette pétition de principe à la fois logique car conforme au principe de liberté contractuelle qui peut conduire des contractants à choisir un mode non contentieux de règlement d'un litige, mais irréaliste.

En second lieu, est affirmé le principe de libre identification, – « *refuser aux membres d'une minorité religieuse le droit d'opter volontairement pour le droit commun et d'en jouir non seulement aboutit à un traitement discriminatoire, mais constitue également une atteinte à un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités, à savoir le droit de libre identification* ». Autrement dit, ce n'est pas parce que la Charia créait en l'occurrence une discrimination à l'égard des femmes que la Cour rétablissait les droits de l'épouse, mais parce que le droit national n'a pas permis à l'époux de choisir la loi commune et de s'affranchir de la loi de sa communauté d'appartenance²⁵.

La situation était d'autant plus problé-

matique que l'application de la Charia aboutissait à ce que des femmes se retrouvent mariées sans avoir exprimé leur « *consentement exprès* ». Un examen trop approfondi du consentement pourrait néanmoins être perçu comme une intrusion excessive dans la vie privée, ce qui explique peut-être pourquoi la notion de consentement n'est pas développée par les juges européens. Il ne faut pas oublier que, pour reprendre la formule utilisée par la Cour européenne, chacun doit avoir la faculté de mener sa vie comme il l'entend. L'arrêt révèle ici toute sa portée : si tout le monde est consentant, il n'y a aucun problème à ce que s'applique un droit religieux. Là encore, c'est singulièrement ignorer que le consentement est loin d'être toujours éclairé dans un contexte communautaire.

Il faut donc se demander si, finalement, la conciliation entre les dynamiques contradictoires propres à la référence aux droits de l'homme ne va pas aboutir à l'émergence d'un modèle répressif des comportements qui ne correspondent pas à la culture dominante – soit une complète régression.

²⁵. La volonté du gouvernement d'instaurer une « réserve héréditaire » pour que plus aucune femme musulmane ne soit privée d'héritage sur le territoire français s'inscrit dans cette perspective. Nous y revenons plus en détails infra.

CHAPITRE

VERS UN TOURNANT REPRESSIF ?

Le droit pénal est l'incarnation de la dimension universelle des droits de l'homme, c'est-à-dire le principe de légitimité qui s'est substitué à la légitimité religieuse²⁶. N'est-ce pas en effet le droit pénal non distinguable du droit civil qui caractérise une législation d'inspiration religieuse avec son échelle de châtiments corporels²⁷ ? Historiquement d'ailleurs, le mouvement des Lumières a pour figure centrale le juriste Beccaria, auteur du traité *Des délits et des peines*. La structure même du droit pénal, avec son échelle des peines fondée sur l'idée de réhabilitation du délinquant, caractérise la norme détachée de la religion – il n'y a pas de prédestination dans le droit pénal. Il est donc logique que cette norme soit le référent de la lutte contre les pratiques religieuses et que les gouvernements soient tentés d'y recourir pour réprimer des pratiques qui contreviennent à la culture dominante. La répression se pare des attributs de la neutralité, ce qui permet de donner l'impression de lutter contre les tendances communautaristes précédemment décrites sans remettre en cause leur fondement profond : la dynamique libérale et, comme nous le verrons par

la suite, la référence au consentement pour justifier toutes les dérogations à la norme.

Le dernier arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne relatif à la protection des animaux au moment de leur mort, en date du 17 décembre 2020²⁸, traduit formellement cet équilibre : il rappelle que si l'animal peut être mis à mort sans étourdissement préalable, cette forme d'abattage n'est cependant autorisée qu'à titre dérogatoire dans l'UE et uniquement dans le but d'assurer le respect de la liberté de religion. Les États membres sont parfaitement en droit d'imposer une obligation d'étourdissement préalable à la mise à mort des animaux dans le cadre d'un abattage prescrit par des rites religieux. Les États membres restent toutefois tenus de respecter les droits fondamentaux consacrés par la Charte. Autrement dit, une obligation légale qui contredirait frontalement une prescription religieuse et empêcherait sa pratique – l'abattage rituel doit être pratiqué dans la religion juive et musulmane sur un animal vivant – ne serait pas contraire aux droits de l'homme.

Le débat sur les attermoissements du

²⁶. Cf. sur cette présentation dont nous ne partageons que l'expression, M. Gauchet, *Du bon usage des droits de l'homme*, Le Débat, n° 153, 2009, p. 163-168.

²⁷. Cf. E. Durkheim, op. cit.

²⁸. CJUE, gr. ch., 17 déc. 2020, aff. C-336/19, Centraal Israëlitisch Consistorie van België et a. c/ Vlaamse Regering.

projet de loi sur le séparatisme, aujourd'hui intitulé projet de loi « *confortant le respect des principes de la République* », s'inscrit dans cette même logique : il est symptomatique qu'il contienne un nombre important de dispositions répressives qu'il justifie au nom de grands principes²⁹.

En somme, les droits de l'homme ne sont plus nécessairement un facteur d'émancipation. Ils peuvent être invoqués aussi bien pour justifier une plus forte visibilité de la religion dans l'espace public que pour tenter de subvertir la norme commune au bénéfice de la norme religieuse dans un contexte économique où les logiques marchandes n'ont pas à tenir compte de considérations morales ou idéologiques. Les juges, lorsqu'ils sont appelés à trancher un conflit, doivent gérer un difficile équilibre : s'ils condamnent une norme religieuse, ils imposent un corpus de valeurs au mépris des droits de la minorité ; s'ils se drapent dans la neutralité et re-

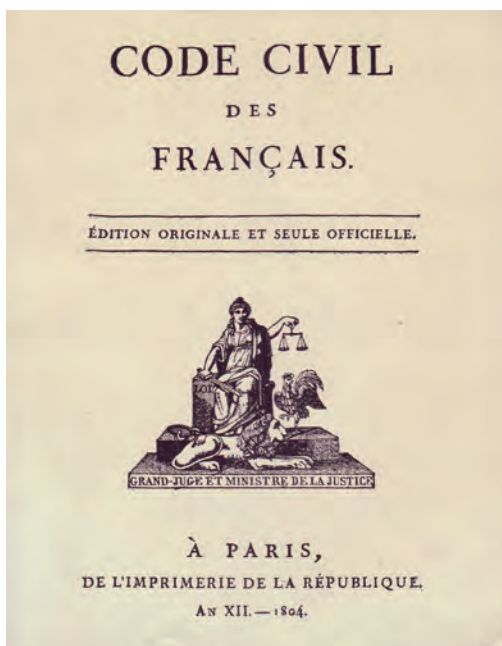
fusent de s'immiscer dans l'application des règles religieuses, ils prennent le risque de saper les valeurs qu'ils sont censés incarner. Ils tentent donc d'obtenir un équilibre en essayant de mettre en avant des valeurs communes de consentement et de liberté contractuelle. Liberté contractuelle et droits de l'homme forment ainsi les deux piliers sur lesquels s'appuient des individus mais également l'Etat pour faciliter l'expression de la norme religieuse dans la sphère publique. La voie pénale devient alors le vecteur de la neutralité pour imposer un formatage des identités sans remettre en cause les fondements profonds des dérives communautaristes. Le paradoxe que nous ne pouvons ici que suggérer serait que la référence permanente aux droits de l'homme dans le discours contemporain n'empêche nullement l'émergence d'un Etat pénal pour éviter la remise en cause des tendances libérales du droit positif qui seront exposées ci-après.

²⁹. https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3649_projet-loi#tocUniqueld3

2^e Partie

La liberté contractuelle, moyen de déroger à la loi commune ?

En raison du principe de liberté contractuelle, les individus ont la possibilité de privilégier l'application d'une norme religieuse pour régler les éventuels conflits qui pourraient survenir lors de l'exécution d'un contrat.



Deux articles du code civil dans sa version issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, jouent un rôle déterminant : en vertu de l'article 1101 du code civil, « *le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* » ; en vertu de l'article 1102 du même code : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté*

contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». La volonté politique de graver dans le code civil ces deux principes qui n'étaient pas expressément formulés dans la version antérieure formalise un changement de paradigme : les individus sont libres de contracter comme ils l'entendent. Nous rappellerons ici que pour certains auteurs³⁰, cette primauté de la volonté dans la formation du contrat n'avait strictement rien d'évident pour les rédacteurs du code civil en 1804. A présent, ce changement intervient dans une société dans laquelle tous les individus n'ont pas forcément les mêmes référents culturels. La volonté peut donc parfaitement privilégier la soumission d'une situation contractuelle à une norme religieuse.

La soumission à la norme religieuse peut prendre plusieurs formes :

- soit elle est encouragée par l'Etat pour des raisons financières, comme l'illustre la réglementation de la finance islamique (1) ;
- soit elle est la conséquence indirecte du désengagement de l'Etat en matière judiciaire avec le développement des modes alternatifs de règlement des différends (2) ;
- soit elle découle de la possibilité pour les parties de choisir le droit d'un Etat dont les règles en matière matrimoniale et successorale sont imprégnées de normes religieuses (3).

³⁰. G. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, th. Paris, 1965 ; X. Martin, Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne, Dominique Martin Morin, 2003.

CHAPITRE

**LIBERTÉ CONTRACTUELLE ENCOURAGÉE
PAR L'ÉTAT ET SOUMISSION À LA NORME
RELIGIEUSE : LE CAS DE LA FINANCE
ISLAMIQUE**

Pour reprendre les termes du site du Centre de Documentation Economie et Finances du ministère des Finances, la finance islamique « *recouvre l'ensemble des transactions et produits financiers conformes aux principes de la Charia, qui supposent l'interdiction de l'intérêt, de l'incertitude, de la spéculation, l'interdiction d'investir dans des secteurs considérés comme illicites (alcool, tabac, paris sur les jeux, etc.), ainsi que le respect du principe de partage des pertes et des profits* »³¹. Le site renvoie aux différentes instructions fiscales adoptées en 2009 et toujours en vigueur qui permettent d'adapter la fiscalité française aux principes de la finance islamique. Si certains ont soutenu que la finance islamique n'était rien d'autre qu'une manière éthique de faire de la finance, d'autres auteurs y ont vu une technique redoutable d'islamisation. L'appellation forme en soi tout un programme : que n'aurait-on pas dit si à la place d'islamique, on avait utilisé le terme finance juive ?

Ce point mis à part, de la même manière que la réglementation utilise les termes anglo-saxons de *trust* et de *crowdfunding*, l'administration fiscale

recourt à la terminologie propre au droit musulman en matière d'opérations financières. D'ailleurs, l'introduction des techniques de finance islamique a été facilitée par l'adoption de ces techniques anglo-saxonnes. Différentes instructions fiscales publiées au Bulletin officiel des finances publiques sont donc consacrées aux opérations de *murabaha* ou d'*ijara* ou à la création de *sukuk*, termes propres à la finance islamique pour décrire des opérations conformes à la Charia. L'évolution du droit ne se résume cependant pas à une transposition de ces termes. Une étude plus en détails des adaptations du droit positif pour permettre l'utilisation en France de ces techniques financières montre que l'introduction de la finance islamique modifie le droit positif et peut subvertir les principes fondamentaux du droit français.

a) En fiscalité

Différentes instructions sont publiées sur le site du Bulletin officiel des finances publiques. Conformément à l'article L 80 A du Livre des procédures fiscales, ces instructions sont

31. <https://www.economie.gouv.fr/cedef/finance-islamique>

opposables à l'administration : si un contribuable fait l'objet d'une rectification et montre qu'il a suivi lesdites instructions, l'administration ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente. Dans le cas présent, l'enjeu n'est pas négligeable puisque les instructions introduisent des dérogations favorables aux contribuables ou du moins facilitent la réalisation des opérations en allégeant la taxation à laquelle elles auraient autrement été assujetties.

Dans le cas d'un *murabaha*, une personne qui souhaite acheter un bien sans disposer des fonds va se mettre d'accord avec une banque pour que celle-ci achète les biens et les lui revende à un prix majoré. Le contrat précise le calcul de la marge bénéficiaire pour la banque et les échéances de remboursement. De cette manière, l'achat du bien s'effectue sans qu'il y ait stipulation d'un taux d'intérêt. Fiscalement, chaque opération – l'achat par la banque, la revente à la personne à l'origine de l'opération, les flux financiers liés au remboursement – a vocation à faire l'objet d'une taxation. S'il n'y avait pas eu adaptation des modalités d'imposition, l'opération aurait présenté un coût fiscal tellement élevé que cela aurait empêché le développement de ce type d'opérations. Pour cette raison, l'administration fiscale a procédé à différents aménagements :

- extension du régime défini pour les marchands de biens afin d'éviter un double paiement des droits d'enregistrement sur l'achat et sur la revente – comme le souligne l'instruction fiscale, « *les conditions d'habitude et d'intention spéculative étant réputées remplies* »³², ce qui en l'occurrence n'est pas vrai ;
- afin d'éviter que les produits liés au remboursement fassent l'objet d'une imposition dans la catégorie de revenus, l'excédent du prix de cession sur le prix d'acquisition est imposé au titre des plus-values immobilières, soit l'application d'une fiscalité plus avantageuse. Et l'Administration précise qu'elle n'en imposera qu'une partie résiduelle.

Dans le cas des *sukuks* ou *sakk* au singulier, un produit financier est adossé à un bien ou actif financier ; grâce à ce mode de financement, le détenteur du *sakk* donne un droit de propriété sur le bien de l'émetteur, ce qui lui permet de recevoir une partie du profit attaché au rendement de l'actif sous-jacent. Afin d'accueillir les investisseurs étrangers, l'administration fiscale a prévu que les produits financiers ne subiront pas le prélèvement prévu par l'article 125 A du Code général des impôts.

On pourrait multiplier les exemples de dérogations visant à faciliter le développement de la finance islamique.

³². 3 Instruction 4 FE/09, BOI n°22 du 25 février 2009 §.33.

En tant que composante du paysage juridique français, les instructions fiscales intègrent à présent systématiquement les outils propres à ces techniques d'investissement lorsqu'intervient une modification législative³³. Les principales banques françaises affichent sur leur site internet qu'elles proposent à leurs clients des produits conformes aux principes de la finance islamique, donc à la Charia et à la fiscalité française. Le marketing ciblé se charge de favoriser ces pratiques communautaristes comme pour n'importe quel produit à destination d'une communauté particulière, avec néanmoins une limite : le produit ne peut être refusé à un non-musulman³⁴. Seul problème : il n'est pas recommandé pour un musulman de s'associer à un non-musulman.

Aussi, l'accueil de ces techniques d'investissement en droit français a eu un impact sur la réglementation des produits financiers qu'il est difficile de cantonner à de simples aménagements techniques.

b) En droit bancaire et financier

La finance islamique concerne aussi bien le particulier qui souhaite acheter un bien immobilier sans souscrire un emprunt en raison de la prohibition de l'intérêt dans l'islam qu'un

professionnel qui voudrait procéder à des investissements dans des produits compatibles avec les principes de l'islam. La position de l'Autorité des marchés financiers sur le sujet donne, comme en matière fiscale, l'impression que les instruments décrits sont parfaitement compatibles avec la réglementation en vigueur. Une impression qui mérite d'être nuancée et qui consacre en tous les cas la Charia comme norme régulatrice.

L'Autorité des marchés financiers a publié le 17 juillet 2007 et modifié plusieurs fois, depuis, une note sur le sujet intitulée : « *Critères extra financiers de sélection des actifs et application aux OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique* ». Elle admet la possibilité pour un fonds de se déclarer conforme aux principes de la Charia ; « *un comité de surveillance est désigné par la société de gestion pour conseiller le gérant de l'OPCVM sur toute question relative à la Shari'ah* »³⁵. La banque qui propose des produits compatibles avec la Charia s'engage à ce que régulièrement un *Charia board* ou comité Charia examine régulièrement les comptes et les opérations réalisées.

La référence à la Charia dans les relations entre les investisseurs et le fonds a surtout pour conséquence de faire de la Charia la norme de régulation en cas de conflit. Dans les opérations internationales de crédit, les contrats

³³. Dernier exemple en date de mai 2020 : BOI-IS-BASE-35-40-10-10, 13-05-2020.

³⁴. Il n'y a pas que la finance qui est islamique ; le marketing l'est aussi ! cf. *Journal of Islamic Marketing*.

³⁵. Position AMF n° 2007-19, 17 juill. 2007, critères extra-financiers de sélection des actifs et application aux OPC se déclarant conformes à la loi islamique, modifiée le 9 janvier 2013 et le 23 juillet 2015 ».

contiennent soit une clause mixte, clause qui renvoie à la fois au droit d'un Etat et à la Charia en précisant bien que primerait la Charia en cas de difficultés d'interprétation, soit au droit d'un Etat comme l'Arabie saoudite en raison du fait que sa législation est imprégnée de la Charia. La question d'une référence expresse uniquement à la Charia pour trancher les conflits est discutée. Le considérant 13 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles semble le permettre – *Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale* – ; un droit religieux est précisément un droit non-étatique.

Dans les opérations internes, les règles applicables aux fonds permettent d'assurer le respect de la Charia. En imposant que soit diffusée une information particulière à l'égard des investisseurs, l'Autorité des Marchés financiers est à même de contraindre les gestionnaires à veiller à la conformité islamique du fonds jusqu'à sa liquidation, surtout à propos des ratios financiers supposés guider les choix d'investissement. Dans le cas contraire, les règles en matière de diffusion d'information seraient dénuées de toute portée. En outre, au titre des autres moyens de contrainte à la disposition des individus, il est possible de poursuivre le fonds pour

publicité trompeuse s'il prétend fausement agir conformément aux principes de l'islam. La finance islamique rejoint ici les règles applicables à un commerçant qui affirmerait vendre de la nourriture conforme à des prescriptions religieuses. Un auteur va même jusqu'à estimer que, puisque les juges ont accepté de sanctionner pénalement une société qui avait violé ses normes internes de régulation, ils ne devraient pas hésiter à condamner civilement un fonds qui manquerait à ses principes³⁶. Nous n'avons pas trouvé de jurisprudence en la matière. Notre corpus juridique ne s'oppose nullement à servir de bras armé de la norme religieuse quelle qu'elle soit. Et même en droit, il ne faut pas exclure qu'en cas de conflit, il soit fait application de la norme religieuse.

La finance islamique s'intègre donc dans le droit français. Comme dans tout phénomène d'acculturation, elle interagit avec les autres règles du système juridique au point qu'il ne faut pas exclure une modification plus profonde du droit positif.

c) Vers une modification plus profonde du droit positif ?

La frontière entre une économie dont les critères d'investissement reposeraient sur des principes religieux et

³⁶. Pour une synthèse, S. Schiller, *Les investissements « religion compatible »*, Les Petites Affiches, 31 mars 2017, n° 121, p. 67.

une économie animée par un souci de moralisation est pour le moins ténue. Les opérations intégrées au droit fiscal n'en restent pas moins contestables du point de vue du droit français et peuvent converger, sous l'aspect de considérations techniques, vers une modification profonde du droit positif.

En droit des contrats, le regretté professeur Philippe Malaurie avait parfaitement exposé les limites du subterfuge fiscal, à savoir donner l'impression que les opérations conformes à la finance islamique peuvent s'intégrer dans le droit français³⁷. Il relevait à propos de la double vente qui structure la *murabaha*, pratiquement une double vente fictive puisque l'acheteur n'a pas l'intention d'acquérir le bien mais seulement de servir d'intermédiaire, que cette opération peut être qualifiée de prêt à intérêt frauduleusement masqué. Se comporter de cette manière constitue au regard du droit français une fraude à la loi. Démontrer une fraude à la loi vise à démasquer l'apparence formelle de la situation pour révéler sa substance : cette technique d'argumentation est utilisée par des parties afin d'obtenir selon les situations, soit que le juge en prononce la nullité, soit qu'il considère l'opération inopposable à celui qui a démontré le caractère frauduleux pour le sortir du contrat en cause. Dans le cas présent, la reprise des techniques développées par les

docteurs de l'islam vise en effet explicitement à empêcher la stipulation du taux d'intérêt dans l'opération. Or, en vertu de l'article 1907 alinéa 2 du Code civil, « *le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit* ». Une opération qui camoufle expressément un prêt est contraire au droit français, d'autant plus qu'en matière de droit de la consommation, la stipulation expresse de l'intérêt vise à empêcher les pratiques usuraires. La conformité à la Charia n'exclut d'ailleurs pas que les multiples frais annexes que paye la personne à la banque en contrepartie du défaut de stipulation d'un taux d'intérêt puissent être qualifiés de taux usuraire ! Dans cette perspective, certaines pratiques contreviennent au droit français et ne devraient donc pas être autorisées. Les phénomènes d'acculturation en droit ne sont jamais neutres et peuvent avoir des conséquences plus importantes que celles initialement envisagées.

Le basculement a d'ailleurs déjà failli avoir lieu. Afin de parachever l'adaptation du droit français à la finance islamique, il avait été prévu en 2009, lors de l'adoption de la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, que l'article 2011 du Code civil soit modifié pour préciser que « *le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie* ».

³⁷. P. Malaurie, *Finance islamique : interdiction coranique du prêt à intérêt et subterfuges civils et fiscaux*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 50, 17 décembre 2010, act. 888.

La modification ne signifie pas grand-chose pour un non-initié. La fiducie est un contrat qui permet à une personne titulaire d'un droit ou d'un bien – le constituant –, de transférer à une autre – le fiduciaire –, la propriété de tout ou partie de ses droits à un ou plusieurs bénéficiaires. Ce contrat ne peut avoir pour finalité que la mise en gestion d'un bien ou la constitution d'une sûreté. En aucune manière ce contrat ne procède à un transfert de propriété dans le patrimoine du bénéficiaire, ce qui entrave le développement des *sukuks* en vertu desquels le souscripteur dispose d'un droit sur l'actif mis en garantie pour son financement. A travers cette modification technique, il s'agissait de dissocier la propriété juridique des biens pour le fiduciaire de la propriété économique des mêmes biens pour le bénéficiaire et par voie de conséquence de créer une propriété avec charge. Historiquement, cela revenait, ni plus ni moins, à remettre en question l'héritage de la Révolution française dont l'un des apports en droit civil, en opposition manifeste avec les droits d'inspiration religieuse, consiste en l'affirmation de la pleine propriété de l'individu sur ses biens. Cette disposition a été jugée non-conforme à la Constitution³⁸ pour des raisons de technique législative – le texte n'a jamais été examiné au fond et n'a jamais été représenté au Parlement.

Est-ce à dire pour autant qu'il n'y aura pas de modification législative sur ce

point ? D'une part, l'instruction fiscale sur les *sukuks* continue de se référer à la fiducie alors même que l'outil est imparfait pour réaliser une opération de ce genre³⁹. D'autre part, les motivations à l'origine de cette évolution du droit positif étaient justifiées par des considérations financières, considérations qui restent d'actualité. A l'époque, madame Christine Lagarde était ministre de l'Economie et des Finances. Lorsqu'elle dirigeait le Fond Monétaire International, elle est intervenue à plusieurs reprises pour vanter les mérites de la finance islamique et proposer des adaptations pour que ce mode d'intervention ne soit pas désavantagé par rapport à la finance traditionnelle⁴⁰. A présent, Christine Lagarde préside la Banque Centrale Européenne. Elle dispose de l'appui d'importants cabinets anglo-saxons en France pour encourager cette évolution du droit positif⁴¹. Il est vrai que, sans la transposition préalable en droit français du *trust* il n'aurait pas forcément été possible d'accueillir les techniques de finance islamique. La proposition de loi visant à réduire le coût du foncier et à augmenter l'offre de logements accessibles aux Français participe du même mouvement : il s'agit « *d'une véritable révolution allant à l'encontre du droit de propriété tel qu'il est conçu en France depuis la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789* »⁴². De là à penser que le débat sur le communautarisme n'est pas tant un débat sur la place des religions dans la société mais un débat

38. Cons. const. 14-10-2009 n° 2009-589.

39. BOI-DJC-FIN-20-20120912.

40. F. Korbi. La finance islamique : une nouvelle éthique ? : Comparaison avec la finance conventionnelle. Economies et finances. Université Sorbonne Paris Cité, 2016.

41. J. Lewis, À quand le *sukuk* souverain « made in France » ? Bulletin Joly Bourse, janv. 2015, n° 111, p. 55 : « L'émission d'un *sukuk* souverain par la France serait sans aucun doute la meilleure façon de

sur l'éventuelle disparition du modèle juridique français issu de la Révolution française, la distinction n'est pas si évidente.

La finance islamique présente ainsi la particularité d'une introduction expresse de la Charia en droit positif par des parlementaires situés dans le camp politique de ceux qui souhaitent aujourd'hui interdire le communautarisme. L'argent n'a pas d'odeur mais peut avoir une religion. Or, dans un système juridique comme le droit français, le fait de commencer à introduire des dérogations religieuses peut aboutir à déstabiliser l'ensemble des règles.

Est-ce une atteinte à la laïcité ? Pas forcément, sauf à considérer que toute expression religieuse dans un but mercantile est contraire à la norme commune. Comme le note un auteur, « *dans sa dimension positive de respect de toutes les croyances, la laïcité permet la prise en considération de ces instruments en ce qu'elles constituent des manifestations d'une religion* »⁴³.

Est-ce que cela est critiquable ? La dimension technique des règles exposées ne doit pas éluder les points suivants :

- l'adaptation du droit fiscal s'est traduite par un coût financier pour l'Etat français sur lequel nous ne disposons pas d'une évaluation précise – peut-être que, grâce à la finance islamique, il y a effectivement eu plus d'opérations financières réalisées et de rentrées fiscales sur le territoire français ;
- la référence expresse à un droit religieux ne porte pas tant atteinte à la laïcité qu'aux principes qui structurent le droit français. Au fur et à mesure que le droit français accueille des institutions étrangères, il prend cependant le risque d'une dénatura-tion, dénatura-tion qui trouve également son origine dans l'introduction en droit français de la fiducie, d'inspiration anglo-saxonne ;

Le problème, ce n'est donc pas qu'il est fait référence à une norme religieuse, c'est que l'application de la norme religieuse revient à imposer des catégories religieuses comme normes de jugement. A partir du moment où il est possible de faire référence dans un contrat à une norme religieuse, il convient à présent d'étudier la place que celle-ci peut occuper dans l'ordre juridictionnel.

promouvoir la place de Paris et de rattraper le retard pris par notre pays face aux autres places financières européennes dans la compétition mondiale qui consiste à attirer dans le pays les capitaux étrangers ».

⁴². Rapport n° 366 (2019-2020) de Mmes Dominique ESTROSI SASSONE et Valérie LÉTARD, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 4 mars 2020.

⁴³. Riassetto, Le "faith-based", un concept en droit bancaire et des marchés financiers, in E. le Dolley (dir.), Les concepts émergents en droit des affaires, LGDJ-Lextenso 2010, p. 174-175.

CHAPITRE

2

LIBERTÉ CONTRACTUELLE
ET CHOIX D'UN TRIBUNAL
RELIGIEUX

Est-il possible de s'adresser à un tribunal religieux pour trancher un conflit ? Le tribunal religieux représente l'achèvement de la logique communautariste puisqu'il symbolise :

- soit la possibilité de s'affranchir de la norme commune et également des institutions étatiques ;
- soit la consécration institutionnelle de l'existence de communautés au sein de la société à l'instar de ce que stipule la Constitution libanaise : même dans cette hypothèse, l'application communautaire des règles doit être conforme à l'ordre public⁴⁴. Un auteur considère que « *la laïcité de l'État (libanais) est, par son objet, diamétralement opposée à [celle de] la France, dans ce sens qu'elle permet une forte expression de toutes les communautés religieuses reconnues par la loi et leur implication déterminante dans la chose publique* »⁴⁵ –, conception qui ressemble néanmoins à celle qui se dégage des différentes résolutions du Conseil de l'Europe et de la jurisprudence exposée de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans un cas comme dans l'autre,

nous passons d'une logique de choix de vie à proximité des personnes appartenant à sa communauté à une logique de régulation des relations par la loi de la communauté, celle-ci se confondant généralement avec une loi religieuse.

La possibilité pour les individus de s'adresser à un organe de ce genre dépend de deux types de règles distinctes :

- celles qui encouragent de recourir à un mode de règlement alternatif en cas de différend (b) ;
- celles qui définissent la place réservée par l'ordre juridictionnel aux tribunaux religieux (c).

A ces règles s'ajoutent celles, implicites, qui peuvent réguler la vie d'une communauté (a).

a) Les règles implicites qui régulent les membres d'une communauté

Ces règles peuvent intervenir à toutes les étapes de la procédure.

⁴⁴. Art. 9 Constitution du Liban : La liberté de conscience est absolue. En rendant hommage au Très Haut, l'État respecte toutes les confessions et en garantit et protège le libre exercice, à condition qu'il ne soit pas porté atteinte à l'ordre public. Il garantit également aux populations, à quelque rite qu'elles appartiennent, le respect de leur statut personnel et de leurs intérêts religieux.

⁴⁵. H. Mouannès, Le Liban, pays d'un confessionnalisme singulièrement déterministe, in *La territorialité de la laïcité*, Presses de l'Université Toulouse 1, 2018, p. 231-251.

Avant même de déclencher une procédure, les individus pratiquants peuvent manifester leur défiance à l'égard de la loi humaine en s'adressant à une autorité religieuse pour savoir s'ils doivent intenter un procès. La soumission à la norme religieuse est la conséquence directe du pluralisme juridique : la personne se convainc qu'il n'est pas possible pour un croyant de se tourner vers la justice étatique.

Le croyant se tournera plus facilement vers internet pour trouver la réponse à son questionnement. Internet regorge d'imams, de prêtres et de rabbins qui répondent aux questions des fidèles. Les questions portent sur la pratique religieuse mais également soulèvent des problèmes juridiques résultant du risque de confrontation de leurs convictions religieuses avec la loi civile ou pénale. L'orthodoxie juive, comme musulmane, est par exemple réticente à ce qu'un litige entre deux personnes d'une même religion soit tranché par une juridiction étatique et donc sur le fondement d'un droit non-religieux. La prégnance de la loi religieuse sur la loi civile peut ainsi fortement entraver les actions en justice.

Toujours sur internet, nombre de communautés sociales fédérées par les réseaux sociaux se fondent à partir des affinités religieuses des individus. Une question de droit peut facilement en-

traîner des réactions excessives et disproportionnées, ce qui peut dissuader la personne de chercher un mode de règlement juridictionnel ou non juridictionnel de sa situation. « *L'exclusion, l'appartenance refusée ou reprise, le rejet, tout cela sanctionne le sujet hétérodoxe ou déviant avec une force particulière. Le bien le plus précieux, c'est peut-être le lien qui nous unit à nos congénères. Nous ne pouvons rester insensibles à ce qui nous délie* »⁴⁶.

Bref, ces manifestations virtuelles ne sont pas dissociables du poids social que la communauté peut exercer sur l'individu. Une personne intégrée à une communauté sait qu'une action en justice, voire une action devant un médiateur, sera connue par tous. Il faudra donc qu'elle assume d'avoir cassé la tranquillité apparente qui peut régner dans la communauté⁴⁷. Tous ces éléments sont difficilement quantifiables. Le droit ne se résume pas aux normes formelles, codifiées ou non. « *Alors que le droit formel, auquel les juristes professionnels se consacrent exclusivement, demeure conditionné par la contrainte physique imposée par les tribunaux étatiques, les normes organisationnelles, d'une importance primordiale dans la régulation de la vie sociale, appellent des sanctions (morales, économiques, psychiques) souvent beaucoup plus efficaces en cas d'infraction, par exemple, l'expulsion des réfractaires de l'association concernée* »⁴⁸. Cette pluralité de règles profite plei-

⁴⁶. D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Odile Jacob, 1997, p. 68.

⁴⁷. Cf. G. Zoïa et L. Visier, *Femmes musulmanes dans un quartier populaire*, Ethnologie française, vol. 168, no. 4, 2017, pp. 683-692. Les auteurs montrent que le quartier produit une organisation sociale spécifique au sein duquel l'islam devient le cadre majeur d'analyse et d'action, à la fois des habitants et des professionnels.

⁴⁸. U. Coiquaud, M. Coutu, *Pluralisme des normes/pluralisme juridique*, in *Les zones grises des relations de travail et d'emploi*, Editorial Teseo, 2019, p. 377-388.

nement d'une réalité institutionnelle fréquemment constatée et dénoncée : la déshérence des tribunaux dans les endroits où la vie communautaire est le plus développée. Comme cela a été observé⁴⁹, il y a un glissement, dans certaines banlieues, de l'enclavement géographique à l'adversité sociale qui facilite le développement de la loi communautaire sur la loi commune. On peut d'ailleurs se demander si l'informatisation des procédures judiciaires encouragée par le gouvernement va modifier cet état de fait : à la froideur de l'ordinateur, les individus peuvent être tentés de privilégier des formes de justice plus humaines incarnées par des autorités religieuses.

Le recours à la loi de la communauté, c'est aussi quand l'Etat n'assume plus ses fonctions⁵⁰ ou encourage les modes alternatifs de règlements des litiges.

b) Les règles qui encouragent le recours à un mode de règlement alternatif des différends

Il est parfaitement possible d'inscrire dans un contrat une clause qui érigerait la norme religieuse en norme de référence pour trancher un conflit entre les parties en présence. Cette possibilité procède d'une part de la liberté contractuelle dont disposent

les parties et, d'autre part, du choix de recourir à un mode alternatif de règlement des différends. Les parties peuvent ainsi privilégier une solution distincte de celle traditionnelle qui consiste à s'adresser à un juge. L'hypothèse est connue sous l'adage classique selon lequel « *un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès* ». L'accord a au minimum l'avantage de faire gagner du temps et en général d'économiser des frais d'avocats. S'il est la conséquence de l'intervention d'une instance tierce, rien n'empêche que cette instance tierce soit une autorité religieuse.

Ces dernières années, afin de réaliser des économies, l'Etat a jugé utile d'étendre le domaine des règlements alternatifs des litiges, à travers des modes juridictionnels comme l'arbitrage, ou non juridictionnels comme la conciliation, la médiation ou la procédure participative. L'objectif est alors d'arriver à négocier une transaction, contrat particulier en droit civil par lequel les parties mettent fin à un litige existant ou à naître. Quel que soit le mode retenu, en l'absence de contestation de la solution rendue par les parties, celle-ci s'impose à elles quand bien même elle serait teintée d'illégalité ; plus les parties respectent l'autorité qui a rendu la décision, moins elles sont susceptibles de porter ensuite l'affaire devant les tribunaux. Pour l'anecdote, en 1982, afin de mettre en œuvre sa politique libé-

⁴⁹. G. Kepel, *Banlieue de la République. Société, politique et religion à Clichy-sous-Bois et Montfermeil*, Gallimard, 2012.

⁵⁰. Rapport A.N., n°1014, 31-05-2018 : Sur l'évaluation de l'action de l'État dans l'exercice de ses missions régaliennes en Seine-Saint-Denis.

rale, Margaret Thatcher avait estimé qu'il fallait que l'Etat se désengage des conflits familiaux. Elle a ainsi été à l'origine du développement des tribunaux islamiques en Grande-Bretagne. Depuis, la réglementation a reconnu ces tribunaux dans l'ordre judiciaire anglais. Le cas anglais illustre ainsi comment une politique de réduction des coûts a singulièrement contribué à renforcer les pratiques communautaristes.

Lorsqu'en revanche l'une des parties décide de s'opposer à la solution rendue, elle soulève l'éventuelle illégalité de cette solution au regard des règles d'ordre public. L'exposé du domaine respectif de chacun des modes de règlement alternatif des différends permet de délimiter les situations dans lesquelles il est possible de s'en remettre à une autorité religieuse.

1) les modes de règlement non-juridictionnels des différends

Clause de conciliation et recours à la médiation désignent la tentative par les parties de trouver un accord pour résoudre leur conflit avec ou sans l'aide d'un tiers : dans les deux cas, les parties essaient de parvenir à un accord sans intenter une action en justice.

Lorsque des contractants ont stipulé une clause de conciliation sans intervention d'un tiers, son non-respect

est sanctionné par une fin de non-recevoir, ce qui rend l'action intentée en justice irrecevable. Ce mécanisme contractuel ne pose pas de problème. Les parties sont libres de régler leurs litiges comme bon leur semble : libres à elles de renoncer à s'adresser à des juridictions étatiques pour mettre fin à leur conflit ; libres à elles de demander à un juge de constater la conciliation. La vie juridique est remplie de situations – heureusement d'ailleurs – qui se règlent tranquillement hors de la vue du juge. Que des considérations religieuses pèsent sur le choix d'une telle stratégie constitue une réalité inhérente à la vie sociale ; que cette réalité puisse dépendre de plus en plus de la prégnance de la norme religieuse sur la norme commune représente l'une des questions majeures que suscite le phénomène communautariste.

Le code de procédure civile prévoit des règles spécifiques pour la conciliation et la médiation qui nécessitent l'intervention d'un tiers (art. 127 du C.P.C. et suivants). Ce tiers peut parfaitement être une autorité religieuse. Une fois celle-ci consultée, les personnes qui ont sollicité cette autorité religieuse peuvent demander que la solution rendue fasse l'objet d'une homologation judiciaire. Le juge peut alors se prononcer sur la conformité de cette solution aux règles de droit en vigueur.

Un auteur a montré que la médiation obtient de meilleurs résultats dans les couples où les relations sont pensées sur un schéma d'égalité. A l'inverse, dans des congrégations religieuses dont la population n'adhère pas forcément aux conceptions modernes du couple, il est moins intimidant de s'adresser à une autorité religieuse⁵¹. Plus une congrégation se structure autour de son lieu de culte, plus son représentant devient un intervenant tiers dans les problèmes de ses fidèles. Pour les catholiques, c'est le rôle que continue de tenir le prêtre de paroisse et qu'assument pleinement l'imam et le rabbin dans les communautés musulmanes ou juives. Dans tous les cas, l'échec de la médiation doit logiquement amener les participants à entreprendre une procédure judiciaire, à condition que la pression sociale, en l'occurrence celle émanant de la communauté, n'inhibe pas les démarches. Mais nous retrouvons toujours le même problème : est-ce que des personnes qui ont sollicité une autorité religieuse sont disposées à s'adresser à l'institution judiciaire ? En plus des réticences déjà soulignées liées à la pratique religieuse des requérants s'ajoutent une contrainte de temps – la justice est lente – et une contrainte d'argent – qui dit passer par une institution judiciaire renvoie bien souvent à la nécessité de s'adresser à un avocat et de payer des honoraires.

A titre expérimental, le législateur a

introduit la Tentative de Médiation Familiale Préalable Obligatoire ou TMFPO définie par l'article 7 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Cette procédure, qui peut parfaitement être mise en œuvre par une instance religieuse, est restée en vigueur jusqu'à la fin de l'année 2020. Le législateur doit décider s'il la pérennise ou s'il la supprime. Les considérations financières pèseront assurément sur le choix final.

La médiation comme la conciliation conjuguent le désengagement de l'Etat en matière de justice et l'affirmation politique de la capacité des individus à négocier leurs contrats. Cette conjugaison favorise les effets d'éviction au bénéfice de lois religieuses pour des raisons financières mais également idéologiques. Dans bien des cas, la médiation et la conciliation donnent lieu à une transaction, « *contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* » (art. 2044 du Code civil). Ce contrat « *fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* » (art. 2052). Tout dépend, pour définir le champ d'application de la transaction, de la détermination des droits dont les individus ont la libre disposition. Ce critère est également utilisé pour définir les possibilités de saisir une juridiction arbitrale.

51. Cf. D. d'Ursel, La médiation entre tradition et modernité familiales : Le défi de la médiation pour tous, par une prise en compte des modèles familiaux, Presses universitaires de Louvain, 2010.

Etendre le domaine d'application des modes alternatifs de règlement des différends revient ainsi indirectement à favoriser le développement d'une régulation par des instances religieuses. Bien évidemment, ce n'est pas l'effet recherché mais c'est une conséquence inhérente au processus.

2) les modes de règlement juridictionnel des différends

L'arbitrage est un mode de justice privé : plutôt que de s'adresser à des juges, les individus désignent dans une clause dite compromissoire un ou plusieurs arbitres pour trouver une solution à leur conflit. L'arbitrage, à la différence de la conciliation et de la médiation avec intervention d'un tiers qui peut éventuellement donner lieu à une homologation judiciaire, prononce une sentence exécutoire dont les voies d'annulation par les juridictions sont strictement encadrées. En vertu de l'article 2059 du Code civil, « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* » ; en vertu de l'article 2060, « *on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». Dans ce cadre, il est parfaitement possible de désigner comme arbitre

une autorité religieuse ; les questions relatives à la famille n'échappent pas forcément aux procédures d'arbitrage.

La désignation d'une autorité religieuse comme instance arbitrale est un élément inhérent aux pratiques de finance islamique. Un auteur a montré que l'arbitrage est la voie la plus adéquate pour d'une part assurer la conformité des produits à la Charia et, d'autre part, promouvoir ce secteur d'activité. Comme la finance islamique repose sur des concepts différents du droit en vigueur, elle nécessite un tribunal distinct qui saura comprendre la spécificité des opérations menées⁵². Il est vrai que, comme nous l'avons vu, certaines de ces opérations pourraient être annulées sur le fondement du droit interne. Le risque est loin d'être anecdotique : il a été expressément évoqué en 2020 par le haut comité juridique de la place financière de Paris⁵³, autorité indépendante créée sous l'impulsion de l'Autorité des marchés financiers notamment chargée de proposer des projets de réformes à même de promouvoir la compétitivité juridique de la Place Financière de Paris. La référence à un droit religieux pour des opérations économiques implique donc l'existence d'une juridiction religieuse, rôle qui peut être parfaitement assumé par une juridiction arbitrale dont la convention peut préciser les règles sur le fondement desquelles les arbitres doivent prononcer leur

⁵². Y. Alyaquot, L'arbitrage des litiges relatifs à la finance islamique, Th. Université de Lorraine, 2013.

⁵³. Haut comité juridique de la place financière de Paris, *Rapport arbitrage en matière bancaire et financière*, janvier 2020.

sentence. La soumission à la norme commune réduit le risque contentieux et bénéficie de la confidentialité inhérente à l'arbitrage : les instances arbitrales, contrairement aux juridictions classiques, n'ont ni l'obligation de trancher les conflits en public ni l'obligation de trancher les conflits en appliquant le droit positif.

Autre illustration, la chambre arbitrale rabbinique qui fonde sa légitimité sur les articles du code de procédure civile en matière d'arbitrage pour inciter les parties à désigner comme arbitre des autorités rabbiniques. Nous avons dénombré au minimum deux instances : une à Paris et une à Lyon. Par exemple, le site de la Chambre arbitrale rabbinique précise bien qu'elle n'intervient que pour régler les différends qui pourraient survenir sur des questions financières. Conformément à la réglementation, l'appel ne peut être porté que devant la Cour d'appel du lieu de situation de l'arbitrage dont les moyens d'annulation sont restreints – la Cour n'a pas vocation à réexaminer le fond du problème ni à se prononcer sur les règles applicables à partir du moment où le principe du contradictoire a été respecté et que la sentence n'est pas contraire à l'ordre public (cf. art. 1492 du cpc). Rien n'empêche les autres religions de définir des instances semblables. C'est de cette manière que s'est développé en Angleterre le *Muslim Arbitration Tribunal*.

Le champ d'application de l'arbitrage a été singulièrement élargi en 2001. En matière d'arbitrage, comme en matière de transaction, tout dépend des droits dont les individus ont la libre disposition. Il y a néanmoins de fortes chances que les parties s'adressent à une instance qui se présente comme un tribunal plutôt qu'elles négocient un contrat. Sur le fond, cela ne change pas grand-chose : l'autorité de chose jugée de la transaction limite les voies de recours ; les cas d'annulation d'une sentence arbitrale sont strictement encadrés par la loi. Dans un cas comme dans l'autre, le conflit est considéré comme résolu et la contestation de la solution s'apparente à un refus de se soumettre à la loi religieuse.

A présent, il est possible de recourir à l'arbitrage ou à une transaction pour tous les conflits survenus à l'occasion d'un contrat de style bail, vente assurance, société, indivision, copropriété, voire pour tout contentieux relatif aux relations entre employeurs et salariés⁵⁴. L'extension pour les individus du champ d'application de l'arbitrage a donc une conséquence indirecte : la multiplication des possibilités pour des personnes souhaitant avoir un jugement conforme à leurs convictions de soumettre leurs conflits à une instance religieuse.

En droit de la famille, le professeur Leroyer⁵⁵ avance les éléments suivants

54. N. Pottier, La légalité du recours à l'arbitrage en droit du travail, La lettre de l'A.F.A., n°16, juin 2015.

55. M.-A. Leroyer, *Arbitrage en droit de la famille*, La lettre de l'A.F.A., mai 2018.

pour fonder la validité du recours à l'arbitrage pour les personnes liées par des liens du mariage ou d'un pacs :

- en matière de pacs, compte tenu du fait que la rédaction dépend principalement des parties en présence, il devrait être possible d'introduire une clause compromissoire – on rappellera qu'au titre des modes de rupture du pacs, il y a la décision unilatérale de l'un des partenaires (art. 515-7 du Code civil) qui ne peut être qualifiée de répudiation, dicit le Conseil constitutionnel parce que « *le pacte civil de solidarité est un contrat étranger au mariage* »⁵⁶.
- en matière de régimes matrimoniaux, l'auteur considère qu'il devrait être « *possible d'envisager la signature d'un compromis pour la liquidation et le partage des biens des époux, à la condition que le juge n'en soit pas saisi* » (c'est nous qui soulignons).
- en matière de successions, « *la jurisprudence a déjà admis la possibilité de compromettre sur la liquidation et le partage... la clause compromissoire pourrait trouver place dans les conventions d'indivision afin de soumettre à l'arbitrage la liquidation et le partage de l'indivision, dès lors évidemment que les parties à la convention sont capables* ». L'auteur de préciser qu'une succession internationale devrait plus facilement pou-

voir faire l'objet d'un règlement arbitral. L'extension de l'arbitrage en matière familiale serait le corollaire de l'extension de la contractualisation du droit de la famille dont des auteurs importants ont déjà montré qu'elle pouvait aboutir à consacrer « *la loi du plus fort* »⁵⁷.

Autrement dit, en toute légalité, des instances religieuses peuvent être désignées pour régler un nombre conséquent de situations. A chaque fois, les personnes peuvent ensuite tenter une action devant la Cour d'appel pour soulever l'éventuelle nullité de la sentence en raison de sa contrariété avec l'ordre public. Toutefois, cette action se heurte à deux limites car elle suppose que :

- la personne sorte de son cadre communautaire quitte à s'exposer, comme nous l'avons vu, à la vindicte des membres qui le composent – la personne ose contester une sentence rendue sur un fondement religieux en se prévalant de la loi civile !
- des dispositions d'ordre public s'imposent à tous – or, comme nous le verrons, l'ordre public a été considérablement amoindri ces dernières années aussi bien en droit de la famille qu'en matière successorale. Comme le souhaitait le professeur Lagarde il y a 20 ans, « *sauf à vouloir réduire à l'excès le domaine de la transaction, mode de conclusion natu-*

⁵⁶. Cons. Cons. 9-11-1999, n° 99-419.

⁵⁷. J. Hauser, obs. sous Civ. 1^{re}, 29 mai 2013, *R.T.D. civ.* 2013, p.590.

*rel des processus de résolution amiable des litiges, il faut admettre un allègement des contraintes de l'ordre public pesant sur cette convention ; la raison en est que celle-ci, bien qu'issue d'une initiative privée, répond cependant à un objectif d'intérêt général qui n'est autre que la pacification des relations sociales »*⁵⁸, analyse qui, depuis, trouve de nombreuses illustrations en droit positif et... n'en reste pas moins éminemment critiquable en raison du développement des logiques communautaristes précédemment décrites ou, plus largement, des dangers qu'elle fait courir aux personnes en position d'infériorité dans un contrat (c'est nous qui soulignons).

Les principaux articles de doctrine relatifs au domaine de l'arbitrage comparent le droit français avec le droit étranger dont celui du Canada, de la Grande-Bretagne ou de la Belgique pour encourager le législateur à étendre toujours davantage ce mode de règlement des différends. Ces pays ont vu en parallèle se développer des tribunaux religieux. Au Canada, certains ont critiqué une privatisation des droits au détriment des femmes. En Grande-Bretagne, la situation est devenue très compliquée : d'une part, les tribunaux ont été amenés à vérifier la conformité de la sentence à la norme religieuse ; d'autre part, le législateur ne peut d'un trait de plume supprimer ces tribunaux sans

prendre le risque de rendre caducs les liens de droit religieux contractés par les époux et de finalement plonger les personnes concernées dans un véritable no man's land juridique. En Belgique, la législation est très proche du droit français : comme le note un auteur, « *il n'est pas certain que la réticence du droit à intégrer des normes confessionnelles empêche le développement d'un réseau parallèle communautaire de juridictions religieuses, qui officient dans l'ombre et à l'abri de tout contrôle judiciaire* »⁵⁹, propos qui n'est pas sans faire écho aux lignes directrices de la résolution précitée du Conseil de l'Europe adressées aux Etats de trouver « *des aménagements raisonnables* ». La presse s'est faite l'écho d'un divorce prononcé au Danemark par un conseil religieux sur le fondement de la loi islamique dans le cadre d'une procédure acceptée par une femme qui souhaitait divorcer⁶⁰.

En l'état du droit positif, toujours dans le droit fil des résolutions du Conseil de l'Europe, après avoir exposé les modes non-juridictionnels et les modes juridictionnels de règlement des différends, nous terminerons par exposer la place réservée aux tribunaux religieux dans l'ordre juridictionnel.

⁵⁸. X. Lagarde, *Transaction et ordre public*, D. 2000, chron. p. 217.

⁵⁹. V. Stephany, *L'arbitrage musulman en matière familiale. Analyse de la situation en Belgique au regard des expériences canadienne, britannique et américaine*, mémoire Master Université de Louvain, 2015, p. 77.

⁶⁰. https://www.lepoint.fr/monde/danemark-un-divorce-selon-la-charia-fait-scandale-07-10-2020-2395319_24.php

c) La place réservée aux tribunaux religieux par l'ordre juridictionnel

Définir la place réservée aux tribunaux religieux par l'ordre juridictionnel renvoie à deux types de situations : soit le tribunal religieux ou l'instance dont la législation repose sur un fondement religieux s'est prononcé à l'étranger et, dans ce cas, il faut s'interroger sur les effets de l'application d'une loi étrangère sur des personnes qui soumettent un litige à des tribunaux français ; soit le tribunal religieux se prononce en France. Dans le premier cas, la facette religieuse du conflit s'éclipse pour laisser place à ce que les spécialistes en droit international privé appellent un conflit de lois ; dans le second cas, la solution dépend de l'intégration du tribunal religieux dans le droit interne. Pour le Conseil de l'Europe, dans sa résolution de janvier 2019, il incombe aux Etats « *de veiller à ce que les conseils de la charia fonctionnent dans le respect de la législation, surtout en ce qui concerne l'interdiction de la discrimination à l'encontre des femmes, et à ce qu'ils respectent l'ensemble des droits procéduraux; de revoir la législation relative au mariage pour imposer aux couples musulmans l'obligation légale d'enregistrer leur mariage à l'état civil avant ou au moment où ils contractent le mariage musulman, comme le prévoit déjà la législation pour les mariages chrétiens et juifs ; de prendre des me-*

sures coercitives pour contraindre les célébrants de tout mariage, y compris islamique, à s'assurer que ce mariage est également enregistré à l'état civil avant ou au moment de la célébration du mariage religieux ». Il n'y a donc pas d'interdiction de principe à ce que des tribunaux religieux puissent rendre des décisions effectives en droit interne.

En raison de l'ancienneté de la présence de membres de la communauté juive, les juridictions ont déjà dû se prononcer sur les décisions rendues par des tribunaux rabbiniques. Nous rappellerons cette jurisprudence en date de 1905 : les juges avaient estimé que les tribunaux français ne peuvent pas se substituer à l'autorité religieuse (en l'espèce le rabbin) dont la loi personnelle des parties prévoit l'intervention et qu'ils sont en conséquence incompétents pour prononcer un tel divorce. Il s'agissait d'un couple juif de Russie marié conformément à la loi juive – ce que le droit français qualifie de loi personnelle – et dont la demande de divorce avait été introduite devant les tribunaux français ; les juges avaient estimé à l'époque qu'ils ne pouvaient pas interférer avec la loi religieuse sans porter atteinte à la liberté de conscience. Cette solution revenait à accorder une primauté à un organe non-judiciaire et avait à l'époque fait scandale. La Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer une nouvelle fois sur une situation similaire. Cette solution ne

serait plus d'actualité selon la doctrine majoritaire⁶¹. A moins que le contexte actuel ne lui confère une nouvelle jeunesse : à l'époque, les juges invoquaient la liberté de conscience ; aujourd'hui, les juges pourraient invoquer le consentement des parties, la liberté de conscience et le droit de chacun de vivre comme il l'entend.

Le cas le plus connu qui consacre la reconnaissance d'une décision rendue par un tribunal religieux par un tribunal civil concerne la délivrance ou la non délivrance du *gueth* après le prononcé d'un divorce par les autorités civiles compétentes. Le *gueth* est, très schématiquement, la lettre de divorce que remet l'homme à sa femme ; c'est un acte indispensable pour que celle-ci puisse après un remariage civil organiser une cérémonie religieuse. L'enjeu est énorme du point de vue de la loi juive puisque si une femme non-détentrice du *gueth* se remarie, son union est considérée selon la loi juive comme adultérine et tous les enfants qui en sont issus ont pour statut de ne pouvoir se marier religieusement qu'avec des enfants également issus d'une union adultérine, ce qui pour une personne pratiquante est inacceptable. Les juges ont plusieurs fois considéré, depuis notamment un arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 1982, que le refus de délivrance du *gueth* était constitutif d'un abus de droit justifiant à ce titre la condamnation de l'époux récalcitrant. Nous

reproduisons ci-après un extrait de la Cour d'appel de Versailles du 16 février 2012 afin de rendre compte du raisonnement tenu par les magistrats : « *Il est alloué 8.000 euros de dommages-intérêts à l'ex épouse sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (C. civ., art. 1382). Le refus prolongé de l'ex-mari de délivrer le «guet», sans motif légitime, laissant subsister le lien religieux entre les époux, a restreint la liberté que la femme était en droit d'attendre du divorce civil et constitue dès lors un abus de droit engageant la responsabilité. En effet, en droit hébraïque, le «guet» est l'acte par lequel la femme reçoit une déclaration écrite et librement consentie de la part de son mari, devant le tribunal rabbinique, faisant état de la volonté de son mari de mettre fin aux liens religieux du mariage. Au regard de la loi juive, la femme qui n'a pas obtenu le «guet» est toujours considérée comme mariée et ne peut se remarier religieusement. Le divorce civil d'entre les époux étant devenu définitif, les liens du mariage se trouvaient dissous et l'époux ne pouvait légitimement refuser la délivrance du guet en opposant l'absence de liquidation de la communauté des biens* »⁶². L'idée est la suivante : le mari dispose d'un droit mais ne doit en aucune manière en abuser. L'abstention intentionnelle, quelle qu'en soit la cause, entraîne un préjudice important à la femme qui ne peut se remarier selon ses convictions, préjudice qui doit en tant que tel être réparé. Au passage, compte

61. B. Ancel, Y. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 5^e éd. 2006, n° 27, p. 612.

62. CA Versailles, 1^{er} ch., 1^{ère} sect., 16 févr. 2012, n° 10/04809 : JurisData n° 2012-002317.

tenu de la somme attribuée, les juges ont clairement voulu écarter le principe d'une réparation symbolique en la matière.

En revanche, en raison de la liberté de conscience, comme dans l'affaire précédemment évoquée jugée en 1905, la Cour de cassation a estimé qu'il n'est pas possible de condamner le mari sous astreinte à délivrer le *gueth*⁶³. Le mari paie les dommages-intérêts mais peut s'obstiner dans son refus ; les juges n'ont pas le droit de le condamner à payer une somme d'argent par jour de retard dans l'inexécution de la délivrance de l'acte demandé. Cela revient pratiquement à considérer que celui qui a l'argent peut continuer d'imposer sa volonté à l'autre, problème récurrent, d'autant plus d'actualité que le droit de la famille tend davantage à recourir à des procédures contractuelles. Pratiquement, comme nous le verrons par la suite, dans un système juridique qui accentue la place du consentement pour fonder la validité d'un contrat, celui qui a l'argent obtient *de facto* le pouvoir en négociant financièrement des éléments qui auraient dû rester en dehors de la sphère contractuelle. Il est toujours facile de trouver une justification au consentement lorsqu'une somme financière sert de curseur à la volonté individuelle.

Comparativement, en Espagne, pour chaque confession inscrite sur le re-

gistre officiel – christianisme, judaïsme, islam, protestantisme –, le mariage religieux produit des effets civils. La règle est à peu près identique en Italie. Bien évidemment, si des personnes mariées en Italie ou en Espagne décident de venir s'installer en France, le mariage restera valide. Nous retrouvons à travers ces exemples les deux courants qui structurent le droit positif : soit les décisions rendues par des tribunaux religieux s'intègrent totalement à l'ordre juridictionnel, les juridictions civiles n'ayant d'autre rôle que de les valider formellement afin de tenir compte de la liberté de conscience des parties ; soit les décisions rendues par des tribunaux religieux ne sont recevables qu'à partir du moment où elles sont conformes à l'ordre public, ce qui pose la question de la consistance de l'ordre public.

Nous avons déjà montré que l'extension des modes de règlement alternatif des différends repose sur une atténuation des règles d'ordre public et que cette atténuation favorise le développement des tribunaux religieux. Le fait qu'en parallèle nous assistons à une mutation profonde des règles matrimoniales et successorales, toujours au nom d'une plus grande liberté laissée aux individus, est un facteur non-négligeable dans le renforcement de l'emprise des règles religieuses sur les personnes souhaitant manifester leur attachement aux règles de leur communauté.

⁶³. E. Agostini, Le refus de délivrer le *Gueth*, conformément à la loi mosaïque, est un abus de droit, mais ne peut faire l'objet d'une injonction sous astreinte, Dalloz 1995, p. 245.

CHAPITRE

LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET CHOIX DE LA LOI APPLICABLE D'UN DROIT D'INSPIRATION RELIGIEUSE

Si, par exemple, deux personnes se marient à l'étranger et se réfèrent à la loi étrangère pour régir leur situation matrimoniale, en cas de divorce en France, le juge français est-il tenu d'appliquer la loi étrangère qui peut être fortement inspirée par la norme religieuse ou doit-il appliquer la loi française ? Dès 1988, le professeur J. Deprez utilisait l'expression de « *conflits de civilisation* »⁶⁴, soit bien avant qu'elle soit popularisée par Samuel Huntington, pour rendre compte des difficultés méthodologiques issues de la confrontation permanente entre les systèmes d'Europe occidentale et les systèmes islamiques pour identifier la loi applicable dans l'hypothèse d'un renvoi à un droit étranger lors d'un conflit en France, à la suite par exemple d'un divorce ou encore d'une succession. N'oublions pas qu'un conflit de civilisations, selon la définition de Pierre Legendre, c'est un conflit entre des conceptions différentes du droit civil⁶⁵. A l'époque, le professeur Deprez se référait déjà aux faits suivants pour justifier l'intérêt de son étude : « *Aujourd'hui l'immigration s'est développée, le voyage s'est banalisé* »⁶⁶. Le constat valable il y a de cela plus de 30 ans prend une nouvelle dimension : d'une part, l'éclatement du modèle familial et l'émergence de familles recomposées militent pour reconnaître

davantage de libertés aux individus pour aménager leurs relations ; d'autre part, le droit en vigueur offre davantage de possibilités de choisir la loi applicable pour régir une situation matrimoniale ou successorale.

Deux textes récemment introduits en droit positif contribuent à cette profonde mutation.

1) le règlement européen n° 2016/1103, 24 juin 2016 en matière de régimes matrimoniaux, applicable depuis le 29 janvier 2019 ;

2) le règlement européen n°2012/650 du 4 juillet 2012 en matière de successions, applicable depuis le 17 août 2015.

Nous présenterons les points communs entre ces deux règlements (1) avant d'exposer comment, en matière matrimoniale (2) et en matière successorale (3) ces règlements facilitent l'extension des possibilités pour les individus de faire référence à la loi de pays fortement imprégnés de valeurs religieuses et bénéficient pleinement de l'allègement des règles d'ordre public en droit français.

⁶⁴. J. Deprez, Droit international privé et conflit de civilisations : aspects méthodologiques : les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1988, v. 4, t. 211, p. 9-372.

⁶⁵. P. Legendre, Ce que nous appelons le droit. Entretien avec Pierre Legendre, Le Débat, 1993/2 (n° 74), p. 98-111.

⁶⁶. J. Deprez, op. préc.

a) Points communs entre les deux textes

Ces deux règlements présentent de nombreux points communs dont chacun participe à la mutation profonde du droit positif français.

Nous sommes en présence de règlements européens, c'est-à-dire de textes qui disposent d'une autorité supérieure aux lois françaises et dont le champ d'application couvre non seulement les pays européens mais également les pays tiers à l'Europe en fonction de la nationalité des personnes en présence. En effet, pour le règlement relatif aux



régimes matrimoniaux, sont concernées toutes les personnes disposant de la double nationalité, toutes celles mariées avec une personne disposant d'une nationalité différente, mais aussi celles disposant d'une part de la même nationalité et, d'autre part, de résidences habituelles dans des États différents au moment de la célébration du mariage ou de la rédaction de l'accord qui organise ou modifie leur régime, ou disposant des biens dans un État différent de celui de la nationalité ou de la résidence, ou ayant

célébré leur mariage dans un État différent de celui de leur nationalité ou de leur résidence. Migrations et libre circulation des personnes sont donc autant de facteurs qui contribuent à étendre le champ d'application de ces deux textes.

Ces règlements érigent l'autonomie de la volonté des parties à un mariage, un divorce ou une succession en règle cardinale pour choisir la loi applicable en la matière - rien n'empêche d'ail-

leurs que la même loi soit désignée pour régir les problématiques matrimoniales et successorales. Le choix des parties peut être écarté si la loi étrangère

porte atteinte à l'ordre public, ce qui présuppose soit qu'un notaire soulève l'exception d'ordre public, soit qu'une des parties demande à un juge de se prononcer. Comme nous le verrons, les juges sont réticents à écarter une loi étrangère pour lui substituer les principes du droit français pour la simple raison que cette technique du droit international privé ne peut intervenir que de façon exceptionnelle, sauf à prendre le risque de porter atteinte à la sécurité juridique des situations. Les juges seront d'autant plus circons-

pects que le choix de la loi étrangère est la conséquence de l'application d'un règlement communautaire. Si, dans chaque pays, les juges écartent la loi étrangère pour lui substituer la loi nationale, ils remettent en cause la finalité du texte. Les réserves d'ordre public présentes dans les règlements communautaires ne peuvent donc avoir qu'une portée limitée. Autrement dit, une solution rendue à partir d'un droit d'inspiration religieuse peut d'autant plus facilement s'imposer que les parties peuvent naturellement s'y résigner sous le poids de la communauté et qu'une contestation judiciaire ne trouvera pas forcément d'écho.

Selon de nombreux spécialistes, les modifications récentes en droit tunisien, algérien ou marocain faciliteraient la réception des droits musulmans en droit français⁶⁷, étant au préalable souligné que l'expression « droit musulman » serait impropre pour rendre compte de la diversité des législations sur les questions familiales. Les droits de l'homme peuvent faciliter cette réception en raison de la conception extensive retenue par la Cour européenne des droits de l'homme de la notion de vie privée : d'une part, lorsqu'intervient un jugement étranger, sa non-reconnaissance dans un autre pays serait constitutive d'une atteinte à la vie privée, ce qui permettrait d'admettre en droit interne les institutions familiales musulmanes – la solution

de la CEDH exposée précédemment en matière successorale a d'ailleurs été critiquée par certains auteurs car elle porte atteinte à la sécurité juridique⁶⁸ ; d'autre part, « *en matière de répudiation, l'auteur de la répudiation ne pourrait-il pas invoquer la CEDH au soutien de la reconnaissance de cette dernière. Le refus de reconnaissance, si elle l'empêche de se remarier valablement, ne peut-il pas être considéré comme méconnaissant son droit au respect de sa vie privée ?* »⁶⁹. C'est également au nom du droit à la vie privée que des auteurs considèrent qu'il revient au juge français d'établir un contrôle de proportionnalité plutôt que d'interdire par principe les unions polygames à l'étranger. Finalement, les droits de l'homme ne protègent pas forcément les personnes qui seraient désavantagées par l'application d'un droit dont la législation est inspirée par une loi religieuse.

Les solutions déjà existantes en droit positif auraient ainsi vocation à s'étendre à davantage de situations, tout simplement parce qu'il n'y a plus de loi qui puisse véritablement être considérée comme commune à l'ensemble de la population.

b) En matière de régimes matrimoniaux

Les voies de contestation des solutions

⁶⁷. Bencheneb, La réduction d'obstacles à la réception en France des institutions familiales de droit musulman, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 20 Juillet 2018, 1250.

⁶⁸. Cf. T. Georgopoulos, La charia en droit européen et la protection des minorités - L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 19 décembre 2018, Molla Sali c/ Grèce, Revue française de droit administratif, 2020, p. 485.

⁶⁹. E. Perreau-Saussine, Rapport de synthèse du colloque sur des difficultés en DIP français de réception des droits musulmans, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 20 juillet 2018, 1256.

inégalitaires résultant de l'application d'une loi étrangère sont singulièrement réduites : il faut à cet effet distinguer entre les divorces privés et les divorces judiciaires.

En matière de divorce privé, les époux peuvent depuis 2016 divorcer sans passer par un juge et mettre fin à la situation patrimoniale par acte sous signature privée, contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire. Dans ce cas, aucun juge n'est saisi ; en l'absence d'acte juridictionnel, aucune voie de recours n'est ouverte aux parties. Le notaire a simplement vocation à exercer un contrôle formel et ne saurait donc dans ce genre de situation soulever une exception d'ordre public. Comme la situation relève du droit français, cela ne devrait pas porter à conséquence. Une partie de la doctrine a néanmoins critiqué cette procédure dans l'hypothèse où le lien familial noué présente un lien d'extranéité, c'est-à-dire un élément étranger, en soulignant que les pays tiers ne reconnaîtraient pas forcément la convention actant le divorce. Cela n'a pas manqué : en droit algérien, le divorce doit être établi par jugement. Un divorce sans juge ne peut donc produire ses effets en Algérie⁷⁰. Par voie de conséquence, il n'est pas possible de demander l'exécution d'une décision d'un tel divorce pour faire rectifier les actes d'état civil à l'étranger – ou alors il faudrait qu'un divorce soit prononcé en France par

un juge, ce qui viendrait à contredire l'esprit de la réforme.

Plus radicalement, comme ce divorce ne relève pas de la compétence du juge, les juges européens ont considéré qu'il n'entrait pas dans le champ de compétence du règlement européen Rome III 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps⁷¹. La solution formellement impeccable soulève un problème pratique important. D'une part, il n'est pas possible pour les époux de désigner le droit français comme droit applicable pour résoudre les éventuels conflits qui pourraient surgir lors de l'application de la convention ; d'autre part, si une procédure privée est enregistrée à l'étranger, en l'occurrence la question portait sur une déclaration unilatérale – répudiation – d'un des époux devant un tribunal religieux syrien sur le fondement de la Charia, l'action de l'épouse pour obtenir réparation ne pourra pas aboutir, en raison de l'incompétence des tribunaux français. La solution a au moins un avantage : comme les juges doivent se déclarer incompétents, ils n'ont pas à se prononcer sur le caractère discriminatoire de la mesure⁷². Bref, une mesure discriminatoire peut parfaitement être mise en œuvre grâce à l'allègement des procédures promu par le législateur au nom d'une politique libérale qui étend

⁷⁰. M. Lamarche, *Orgueil et préjugés : le sort du divorce sans juge au sud de la Méditerranée*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 14, 6 Avril 2018, act. 360.

⁷¹. CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16, Soha Sahyouni c/ Raja Mamisch.

⁷². Cf. les conclusions de l'avocat général M. H. Saugmandsgaard présentées le 14 septembre 2017 sous l'affaire Soha Sahyouni c/ Raja Mamisch.

l'autonomie de la volonté des parties contractantes.

En matière de divorce judiciaire, l'article 31 du règlement du 24 juin 2016 précise que « *l'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* », c'est-à-dire la loi applicable au lieu où se trouve installé le tribunal devant lequel l'affaire a été portée. Il revient donc au juge, dans l'hypothèse où il est saisi, d'appliquer la loi étrangère quand bien même elle comporterait des dispositions contraires à l'ordre public, du moment que son application à la situation litigieuse ne l'est pas. La distinction est subtile, peut-être trop d'ailleurs ; elle n'en reste pas moins au cœur des méthodes utilisées par le droit international privé et peut donner des résultats surprenants pour le néophyte. A titre d'illustration, le *Maher* en droit musulman est un acte par lequel le mari consent lors du mariage une somme d'argent à son épouse pour la préserver en cas d'éventuelles difficultés. Pour certains auteurs, c'est « *la traduction de la vente de la sexualité de la femme musulmane* » ; d'autres y voient au contraire un facteur d'émancipation de l'épouse car elle aurait consenti à la situation en percevant la somme d'argent⁷³. En dépit ou en raison de cette ambiguïté, la Cour de cassation a considéré que « *l'acte dit «Maher» est une conven-*

tion établissant le consentement des époux au mariage, assorti du versement d'une dot, sans contrariété à l'ordre public international français »⁷⁴ (c'est nous qui soulignons). Le contrôle de la conformité d'une loi étrangère à l'ordre public français se réduit à mesure que les juges peuvent se prévaloir du consentement des parties en présence. Le mouvement dépasse de loin la possibilité de se prévaloir d'un droit religieux même s'il permet aux règles religieuses de se glisser plus facilement dans l'ordre juridique.

Cette problématique n'est pas dissociable d'une conception d'ensemble de la société. Pour reprendre l'analyse du professeur Fabre-Magnan, « *on voit aujourd'hui le consentement surtout utilisé pour faire renoncer les personnes à leurs droits et libertés fondamentales. Que ce soit en droit du travail, en matière de respect de la vie privée (notamment sur Internet), ou encore en matière d'utilisation des données personnelles ou du corps humain, le consentement va permettre, techniquement, que certaines personnes (celles qui "consentent") se mettent à la disposition des autres. Mais ceux qui consentent ne sont pas les forts. "Le petit nombre d'hommes qui ont fait l'Histoire sont ceux qui ont dit non" disait Pasolini. C'est largement un leurre d'associer consentement (ou contrat) et liberté car, techniquement, en droit, lorsque l'on consent à un contrat, on perd sa liberté puisqu'on est au contraire désormais obligé par ses engagements* »⁷⁵.

⁷³. P. Fournier, Mariages musulmans, tribunaux d'occident, Les transplantations juridiques et le regard du droit, Presses de Sciences Po, 2013, p. 38 et s.

⁷⁴. Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2005, n° 03-14.961.

⁷⁵. M. Fabre-Magnan, *Le consentement, ce n'est pas la liberté*, Le Figaro, 9 novembre 2018.

Cette même dynamique revient, ni plus ni moins, comme l'illustre l'évolution des règles successorales, à rompre avec les fondements du droit français.

c) En matière de successions

En matière successorale, le règlement du 4 juillet 2012 permet, à tout citoyen résidant à l'étranger ou envisageant de le faire, de choisir la loi du pays dont il a la nationalité pour régir sa succession le moment venu. La loi choisie peut être celle d'un Etat membre (partie au règlement) ou celle d'un Etat tiers. Par ce mécanisme reposant sur l'autonomie de la volonté, les règles successorales facilitent la possibilité pour les parents de déshériter leurs enfants. A ce stade, toutes les religions trouvent dans l'extension de la liberté contractuelle le fondement de l'autorité paternelle au détriment du principe d'égalité affirmé par la Révolution française, liberté contractuelle qui permet en outre d'aménager les relations entre les membres d'une famille recomposée.

Dès 1791, Mirabeau expose le lien entre liberté contractuelle en matière testamentaire et autorité paternelle fondée sur les droits religieux dans son « *discours sur l'égalité des partages dans les successions en ligne directe* ». Pour

cet auteur et homme politique majeur de la Révolution française, « *en créant de meilleures lois, en instituant une éducation vraiment nationale, en rappelant partout l'égalité, en rendant l'estime publique nécessaire, que ne faisons-nous pas pour les bonnes mœurs, pour en inspirer le goût au jeune âge* ». La question est tellement importante qu'elle conduit en 1819, pour lutter contre ce que l'on pourrait appeler l'exil successoral, c'est-à-dire le départ de parents vers des pays qui reconnaissent une liberté testamentaire complète, à adopter ce que l'on appelle le droit de prélèvement : il permettait à des héritiers français qui se voyaient privés par une loi étrangère de leur portion successorale de prélever une part sur la succession des biens situés en France⁷⁶. Autrement dit, la loi française se voulait d'ordre public de façon à empêcher les manœuvres visant à altérer le principe d'égalité. L'ensemble se double d'une réglementation fiscale contraignante qui fait dépendre le montant des droits de succession selon le degré de parenté du donateur ou du défunt.

Plusieurs évolutions récentes viennent conforter le choix du règlement européen de placer la volonté du futur défunt au cœur des règles successorales. A l'instar de ce qui a été déjà plusieurs fois relevé, l'évolution a pour fondement les droits de l'homme : le droit de prélèvement a été jugé contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'ar-

76. Art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction : « Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales ».

ticle 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁷⁷. Bref, comme le droit n'était ouvert qu'aux nationaux français, la disposition contestée a été censurée. L'analyse retenue est très critiquable : le droit de prélèvement a précisément été instauré pour asseoir le principe de la réserve héréditaire, même dans l'hypothèse d'une succession internationale afin, à l'époque, de contrer le départ de la noblesse vers l'étranger.

S'agissant plus précisément de la réserve, les juges ont estimé en 2017⁷⁸ à propos du testament américain du compositeur Maurice Jarre qu'« *une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels* ». Le compositeur avait rédigé un testament dans lequel il légua l'intégralité de ses biens à son épouse et désignait la loi californienne comme loi applicable en cas de contestation desdites dispositions, loi californienne et non la loi française car celle-ci, comme on l'a vu, empêche de déshériter ses enfants. Les héritiers avaient doublement contesté cette désignation sur le fondement du droit de prélèvement et du caractère d'ordre public de la réserve. S'agissant du droit de prélèvement, les juges confortent l'annula-

tion du texte de 1819 par le Conseil constitutionnel en soulignant que « *le droit au respect des biens garanti par l'article 1^{er} du Protocole n°1 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne garantit pas celui d'en acquérir par voie de succession ab intestat ou de libéralités* ». Encore une fois les droits de l'homme servent à écarter l'héritage révolutionnaire, ce qui montre bien que l'argument juridique soulève *in fine* un vrai problème politique. Avant ce revirement, il n'était pas possible de déshériter ses enfants, même en choisissant de régir la succession par une loi étrangère. A présent, cette possibilité n'est limitée que si, pratiquement, elle aboutit à placer les enfants dans une situation économique difficile.

Comme l'expliquait Mirabeau, plus la liberté individuelle existe en matière testamentaire, plus l'ordre juridique interne maintient la prééminence des droits religieux dans les conflits familiaux. Car si Mirabeau a tout de suite insisté sur les règles en matière de partage, dont la première version est adoptée en 1793, c'est qu'il avait compris qu'il ne serait pas possible autrement d'amoindrir l'autorité de l'église dans les familles. La réglementation sur le partage et, par extension, sur ce que l'on désigne par la réserve, constitue le corollaire du transfert de l'état civil aux mairies intervenu dès 1792 et plus largement un élément fondamental de la Constitution d'un pays.

⁷⁷. Décision n° 2011-159 QPC du 5 août 2011, Mme Elke B. et autres [Droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français] : « *la disposition contestée établit ainsi une différence de traitement entre les héritiers venant également à la succession d'après la loi française et qui ne sont pas privilégiés par la loi étrangère ; que cette différence de traitement n'est pas en rapport direct avec l'objet de la loi qui tend, notamment, à protéger la réserve héréditaire et l'égalité entre héritiers garanties par la loi française ; que, par suite, elle méconnaît le principe d'égalité devant la loi* ».

⁷⁸. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 27 septembre 2017, 16-17.198.

Alexis de Tocqueville a très justement compris la signification politique des lois successorales dans l'organisation politique d'un pays. « *Ce fut la loi sur les successions qui fit faire à l'égalité son dernier pas. Ces lois appartiennent, il est vrai, à l'ordre civil ; mais elles devraient être placées en tête de toutes les institutions politiques, car elles influent incroyablement sur l'état social des peuples, dont les lois politiques ne sont que l'expression. Elles ont de plus une manière sûre et uniforme d'opérer sur la société ; elles saisissent en quelque sorte les générations avant leur naissance* »⁷⁹. Or, avec la jurisprudence précitée, la porte est grande ouverte pour un retour des valeurs religieuses dans la transmission des biens entre générations⁸⁰. Dans l'hypothèse d'une succession internationale, le juge est devenu relativiste et ne s'autorisera plus à écarter une disposition religieuse sur le fondement de laquelle un enfant aura été déshérité.

Dans l'hypothèse d'une succession ne présentant pas d'élément d'extranéité, c'est-à-dire relevant intégralement du droit national français, les personnes sont supposées respecter les règles en matière de réserve. On rappellera que la réserve est l'une des règles les plus contestées en droit français depuis les analyses de Frédéric Le Play formulées au XIX^e siècle sur le morcellement des campagnes françaises en raison de la répartition égalitaire des terres entre les héritiers. La critique de la tech-

nique de la réserve est au cœur du rapport remis au garde des Sceaux le 13 novembre 2019⁸¹. Le mouvement en faveur d'un assouplissement des règles au bénéfice d'une plus grande liberté contractuelle permet déjà la renonciation anticipée à l'action en réduction, soit « *le moyen pour le "de cujus" d'obtenir de ses héritiers présomptifs qu'ils lui accordent le droit d'organiser sa succession en s'affranchissant de la réserve* »⁸². Dans plusieurs situations, comme par exemple la préservation de la continuité d'exploitation d'une société, il est en outre possible de déroger aux règles successorales.

Vouloir renforcer, comme cela a été évoqué, les droits de la femme de confession musulmane en cas d'héritage revient en somme à créer une discrimination positive, c'est-à-dire à assurer une personne identifiée par sa religion un traitement de faveur. Or, compte tenu du droit positif, ce sont toutes les femmes qui sont concernées. Par exemple, en créant une structure pour détenir son patrimoine – une société civile – et en aménageant les statuts, il est parfaitement possible de réduire, voire de supprimer la part de l'héritage du conjoint, peu importe sa religion.

Plus radicalement, les personnes qui souhaitent contourner cette réglementation peuvent légitimement s'interroger sur la différence de traitement en fonction du critère de nationalité

⁷⁹ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Tome 1, Première partie, chapitre 3, éd. UQAC.

⁸⁰ Cf. l'exemple donné par M. Grimaldi, La réserve à la casse ? Defrénois, préc. « Mais quid si le père de deux enfants majeurs et riches laisse tout au garçon et rien à la fille, tout au catholique et rien au protestant, en taisant la cause de sa préférence ? ».

⁸¹ Rapport du groupe de travail sur *La réserve héréditaire*, sous la direction de C. Peres, C. Potentier, 13 décembre 2019.

⁸² G. Wicker, *Notes sur la réserve héréditaire*, in annexes, rapport précité, p. 289.

– rappelons que c’est sur ce fondement que le droit de prélèvement a été jugé contraire à la Constitution. Elles chercheront dans les subtilités de la liberté contractuelle la possibilité de placer leur succession sous le régime d’un droit qui reconnaît une totale liberté testamentaire. Comme le précise le droit européen, une succession est en principe traitée par une autorité (généralement une juridiction ou un notaire) du pays de l’UE dans lequel le défunt a vécu en dernier lieu. Cette autorité applique, dans la plupart des cas, sa propre loi nationale à la succession. Toutefois, la réglementation européenne permet de choisir la loi du pays de la nationalité du défunt, que ce pays fasse partie de l’UE ou non⁸³. Il suffit... de rédiger un testament ! En somme, les personnes disposant d’une double nationalité peuvent déjà envisager de déshériter leurs enfants soit pour des motifs religieux, soit en raison de motifs autres. En cela, la survalorisation de l’individu peut être le vecteur du communautarisme religieux⁸⁴. L’individu imprégné de ses valeurs religieuses dispose à présent des moyens pour en obtenir la consécration juridique au détriment généralement de ses filles.

L’exemple anglais est une nouvelle fois très significatif : en 2014, la *Law Society*, équivalent de l’ordre des avocats en Angleterre, a publié une note, retirée depuis en raison des réactions qu’elle a suscitées, indiquant les di-

rectives à suivre pour rédiger un testament anglais conforme à la Charia. Afin d’éviter une annulation, il était précisé de justifier la discrimination sur un motif autre que le sexe de l’enfant ou le fait que l’enfant exclu de la succession était né hors mariage⁸⁵.

Au danger que représente le relativisme culturel justifié par une argumentation fondée sur les droits de l’homme, s’ajoute un autre danger : la consécration du pouvoir de l’argent. Celui qui a l’argent a le pouvoir d’imposer sa loi en recourant à des institutions étrangères comme les *trusts*, en plaçant sa fortune à l’étranger pour échapper aux lois françaises ou en désignant par testament une loi étrangère. Le pouvoir de l’argent est également la justification en filigrane de la conformité du *Maher* à l’ordre public. Dit autrement, droite comme gauche adhèrent à l’idée qu’il faut laisser davantage de liberté aux individus. La droite aboutirait à favoriser le communautarisme au nom du libéralisme, la gauche au nom du multiculturalisme.

Dans tous les cas étudiés, nous arrivons ainsi à une survalorisation de la volonté sur la loi commune qui aboutit *in fine* à saper les fondements de la société en reconnaissant la primauté de la communauté sur l’individu et la primauté du pouvoir de l’argent sur le respect de la loi commune.

⁸³. https://europa.eu/youreurope/citizens/family/inheritances/planning-inheritance/index_fr.htm

⁸⁴. Dans le même sens, G. Wicker, art. préc. « dans un moment où se développent certains communautarismes d’inspiration religieuse, fondés sur une doctrine qui enseigne la primauté, y compris en matière successorale, de l’homme sur la femme, il y aurait à craindre qu’un effacement, total ou partiel, de la réserve ouvre la porte à une nouvelle forme de privilège de masculinité ».

⁸⁵. <https://www.theguardian.com/law/2014/nov/24/law-society-withdraws-guidance-sharia-wills>

CONCLUSION

A travers l'étude de la jurisprudence en matière de droits de l'homme et de différents domaines de la liberté contractuelle, nous avons montré que le débat actuel sur l'affirmation de la primauté de loi commune pour lutter contre le communautarisme ou le séparatisme est biaisé : il ne tient pas compte des tendances contradictoires qui traversent le droit positif. Ces tendances sont distinctes du débat récurrent sur la laïcité car elles renvoient finalement à un choix différent de société : le problème ne porte pas, en effet, sur la seule manifestation de la religion dans l'espace public, mais aussi sur la

place que le droit positif accorde à la liberté individuelle, au consentement de l'individu et à la possibilité d'obtenir une renonciation à un droit fondamental en contrepartie d'une somme d'argent. Faute d'une réflexion d'ensemble, le législateur ne trouve comme seule échappatoire qu'un recours accru au droit pénal⁸⁶ ; il continuera de permettre, en même temps, les déclarations de principe sur la laïcité et le développement de la loi communautaire au détriment de la commune, ou encore l'affirmation de l'héritage révolutionnaire et le retour des principes juridiques qui prévalaient durant l'Ancien régime.

86. Tocqueville avait signalé ce risque en démocratie à travers son analyse du système pénal américain dirigé, selon ses propres termes, « contre le pauvre » : *De la démocratie en Amérique*, T. I, op. préc. p. 62. « Les lois civiles ne sont familières qu'aux légistes, c'est-à-dire à ceux qui ont un intérêt direct à les maintenir telles qu'elles sont, bonnes ou mauvaises, par la raison qu'ils les savent. Le gros de la nation les connaît à peine ; il ne les voit agir que dans des cas particuliers, n'en saisit que difficilement la tendance, et s'y soumet sans y songer ». Il y a donc bien dès l'origine un danger peut-être plus grave que la fameuse « tyrannie de la majorité » : le recours systématique au droit pénal pour trancher les affaires quotidiennes.

NOTES DU LECTEUR

NOTES DU LECTEUR

Jacques Tarnéro

Antisémitisme / Antisionisme
Mots, masques, sens, stratégie,
acteurs, histoire

N°30 > juin 2014
• 48 pages

Sandrine Szwarc

Intellectuels juifs et chrétiens en
dialogue

N°31 > octobre 2014
• 32 pages

Gérard Fellous

L'État Islamique (DAECH),
cancer d'un monde arabo-
musulman en recomposition

N°32 > novembre 2014
• 52 pages

Michaël de Saint-Cheron

Le messianisme comme réponse à
l'antisémitisme

N°33 > décembre 2014
• 40 pages

Valérie Igounet

Le négationnisme : histoire d'une
idéologie antisémite (1945 - 2014)

N° 34 > février 2015
• 32 pages

Maxime Perez

L'opération « Bordure protectrice » à
Gaza : Journal d'une guerre de
100 jours

N° 35 > mai 2015
• 44 pages

Anne Quinchon-Caudal

Vers une Internationale blonde
Le racisme supra-national en
Europe et aux États-Unis dans la
première moitié du XX^e siècle

N° 36 > juillet 2015
• 40 pages

Pierre-André Taguieff

La vague complotiste
contemporaine : un défi majeur

N° 37 > septembre 2015
• 40 pages

Johann Chapoutot

Le « Droit » nazi, une arme contre
les Juifs

N° 38 > octobre 2015
• 52 pages

**Valérie Igounet et Stéphane
Wahnich**

FN : une duperie politique

N° 39 > novembre 2015
• 56 pages

Jacques Tarnéro

Migrations contemporaines du récit
sur le « signe juif »

Entre fascination, admiration,
condamnation. Une question
irrecevable

N° 40 > mars 2016
• 56 pages

Sandrine Szwarc

La culture (juive)
a-t-elle un avenir en France ?

N° 41 > juin 2016
• 64 pages

Éric Kessler

Comprendre
la guerre des mémoires

N° 42 > octobre 2016
• 46 pages

Jean-Philippe Moinet

L'identité nationale,
c'est la République !
Les cinq piliers républicains
qui font le socle, à consolider,
de l'identité française.

N° 43 > janvier 2017
• 48 pages

Nathalie Szman

Retour sur les principes guerriers
fondamentaux du Hamas et leur
transmission par le biais de la
chaîne télévisée Al-Aqsa

N° 44 > mars 2017
• 44 pages

Michaël de Saint-Cheron

Le dialogue de Malraux avec le
peuple juif, « parrain de l'Europe »

N° 45 > juillet 2017
• 44 pages

Salomon Malka et Victor Malka

« L'exception marocaine ? »

N° 46 > octobre 2017
• 52 pages

Anne Le Diberder

À la conquête de la modernité :
les peintres juifs à Paris

N° 47 > janvier 2018
• 40 pages

Annick Duraffour

et **Pierre-André Taguieff**

Céline contre les Juifs ou l'école de la
haine

N° 48 > mars 2018
• 60 pages

Georges-Elia Sarfati

Les nouveaux défis
de la République Française :

Sur quelques enjeux du discours
du président Emmanuel Macron
lors de la Commémoration de la
Rafle du
Vel' d'Hiv (17 Juillet 2017).

N°49 > juillet 2018
• 36 pages

Johann Chapoutot

Le sang et la science
L'organisation Ahnenerbe
(« héritage des ancêtres »),
les "Germaines" et les Juifs (1935-
1945)

N°50 > novembre 2018
• 40 pages

Anastasio Karababas

Sur les traces des Juifs de Grèce

N°51 > décembre 2018
• 52 pages

Laurent Joly

Vichy, les nazis et
la persécution des Juifs

N°52 > février 2019
• 58 pages

Iannis Roder

La fin d'une illusion
pour une approche renouvelée
de l'enseignement de l'histoire de la
Shoah

N°53 > mars 2019
• 36 pages

Marc Knobel

40 ans d'histoire
d'une propagande de haine
et d'antisémitisme

N°54 > juin 2019
• 84 pages

Sandrine Szwarc

La naissance de l'intellectuel
juif d'expression française

N°55 > Septembre 2019
• 48 pages

Élise Petit

Des usages destructeurs de la musique
dans le système concentrationnaire nazi

N°56 > Novembre 2019

• 40 pages

Michaël Iancu

Les juifs des terres d'Oc

N°57 > Janvier 2020
• 56 pages

**Georges Elia-Sarfati et
Pierre-André Taguieff**

Le sionisme comme réalité historique
et comme fantasme, ou la réinvention
de la judéophobie

N°58 > Janvier 2020
• 136 pages

Joseph Voignac

Les débuts du secondaire juif en France :
la fondation de l'École Maïmonide
(1935-1939)

N°59 > juin 2020
• 48 pages

Jean-Pierre Allali

Les Juifs de Tunisie
Deux mille ans d'une belle histoire

N°60 > juillet 2020
• 64 pages

Alain Pagès

L'affaire Dreyfus.
Une Histoire Médiatique

N°61 > octobre 2020
• 52 pages

Michaël de Saint Cheron

Le judaïsme en dialogue avec
l'Inde et l'Asie

N°62 > février-mars 2021
• 40 pages

LES ÉTUDES DU CRIF

Imprimé en Avril 2021 / ISSN 1762-360 X

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION

Marc Knobel

COMITÉ ÉDITORIAL

Jean-Pierre Allali

Yonathan Arfi

Georges Bensoussan

Yves Chevalier

Roger Cukierman

Patrick Desbois

Robert Ejnes

Antoine Guggenheim

Mireille Hadas-Lebel

Francis Kalifat

Serge Klarsfeld

Joël Kotek

Jean-Claude Lescure

Éric Marty

Jean-Philippe Moinet

Richard Prasquier

Dominique Reynié

Michaël de Saint-Chéron

Georges-Elia Sarfati

Pierre-André Taguieff

Jacques Tarnéro

Yves Ternon

Gérard Unger

CONCEPTION & ICONOGRAPHIE

Yellowweb

CONSEILLER JURIDIQUE

Maître Pascal Markowicz

COORDINATION

Yoar Level

CORRECTRICE

Myriam Ruszniewski

IMPRESSION

Imprimé en Europe

CRÉDIT PHOTO

Les photographies ont été proposées par l'auteur.

EN PARTENARIAT AVEC

Le Collège des Bernardins

Fondation pour l'Innovation Politique - Fondapol

Le Cercle de la Licra - Réfléchir les droits de l'Homme

La Revue Civique

«Vidal Sassoon International Center for the Study of Antisemitism» de l'Université hébraïque de Jérusalem

Le Centre consultatif des relations juives et israéliennes, l'agence de représentation des Fédérations juives du Canada.

ET AVEC LE SOUTIEN DE

• *La Fondation pour la Mémoire de la Shoah*

Vous souhaitez vous abonner aux Études du Crif
et recevoir chaque numéro chez vous ?
Vous souhaitez recevoir d'anciens numéros des Études du Crif
en format papier directement chez vous ?
Écrivez-nous par mail : etudesducrif@crif.org

Retrouvez les numéros de la collection
des Études du Crif au format PDF sur
www.crif.org
en cliquant sur la mention « Études du Crif ».

Crif

Conseil représentatif
des institutions juives de France

POUR TOUTE CORRESPONDANCE

39 rue Broca 75005 Paris

tél : 01 42 17 11 11

site web : www.crif.org

email : infocrif@crif.org

**Avril-Mai
2021
Prix : 10 €**