

Université Paris II- Panthéon-Assas

École doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 15 janvier 2021

Laïcité et droit privé



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

Suzel RAMACIOTTI

Sous la direction d'Yves LEQUETTE et de Léna GANNAGÉ

Membres du jury :

Pascale DEUMIER, de l'Université Lyon III Jean-Moulin (rapporteur)

Rémy LIBCHABER, de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (rapporteur)

Ralf MICHAELS, du Max-Planck Institut, Hambourg, Allemagne

Cécile PÉRÈS, de l'Université Paris II Panthéon-Assas

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Rares sont les élèves qui peuvent se vanter d'avoir deux directeurs dont la qualité individuelle n'a d'égale que leur complémentarité réciproque. Je fais partie de ces privilégiés, ayant trouvé dans Yves Lequette et Léna Gannagé des guides véritablement supérieurs. Qu'ils trouvent dans ces lignes l'expression de ma profonde reconnaissance : sans eux, cette thèse n'existerait pas.

La thèse est une portion d'éternité, et, comme le disait Woody Allen, l'éternité, c'est long, surtout vers la fin. Ma thèse n'aurait certainement jamais touché à sa fin sans la seconde famille que j'ai trouvée à l'université.

Je veux remercier particulièrement Guillaume Drouot, Samer Ghamroun, Pauline de Gouville, François Mailhé et Claire-Marie Péglion-Zika pour leurs relectures, pour les discussions pour lesquelles ils se sont toujours montrés disponibles et leurs sages conseils d'ainés.

Je veux remercier ma mère, qui a accepté de relire toute la thèse, ainsi qu'Émilie Jacquemin et Elléa Ripoché, qui, malgré leurs emplois du temps très chargés, m'ont prêté main-forte dans les finitions.

Je veux encore exprimer ma gratitude à celles qui m'ont rappelé que, malgré le silence mondial dû à la pandémie du Covid, la solitude du thésard n'est qu'apparente : Suzanne Vergnolle et Charlotte Guillard, Claire Séjean-Chazal, Dorothée Perrouin-Verbe, Marie Azémar, Julie Boireau, et, bien sûr, Maude et Adèle.

Enfin, pour avoir su m'insuffler l'assurance digne d'une *gringa*, à Pedro, je dirai simplement : merci.

Résumé :

Une opinion majoritaire considère que la laïcité, principe constitutionnel, aurait un « champ d'application » strictement limité au droit public. Cette étude se propose de démontrer que le droit privé français subit l'influence du principe constitutionnel de séparation stricte des Églises et de l'État, la laïcité constitutionnelle, en accueillant de façon restrictive le phénomène religieux. Cette restriction est due à l'utilisation d'une « norme de relevance », norme étatique permettant d'introduire, dans le raisonnement du juge, les règles religieuses (pratiques, prescriptions et normes religieuses positives). En France, contrairement à la majorité des États du globe, la norme de relevance est contractuelle : cela signifie que les pratiques, prescriptions et règles religieuses n'acquerront de force obligatoire, dans les litiges de droit privé, que si elles auront préalablement fait l'objet d'une prévision contractuelle entre les parties. De ce cadre contractuel, il résulte une restriction : en pratique, rarement les parties auront pensé à intégrer, en amont de la survenance du litige, leurs croyances dans un contrat. Ce système, qui se vérifie tant dans les relations contractuelles *stricto sensu* que dans le droit de la famille, révèle un principe général : la seule source de droit légitime est, en France, le droit étatique ; les croyances religieuses ne peuvent qu'exceptionnellement avoir force obligatoire. Le modèle de normalité ainsi promu peut être appelé *laïcité dispositive*. Parallèlement à ce système, qui admet théoriquement l'incorporation de règles religieuses *via* la norme de relevance contractuelle, l'ordre juridique français a réservé certaines matières, les soumettant impérativement et exclusivement au droit privé étatique. Ce sont les manifestations de la *laïcité impérative*. Ainsi présentée, la laïcité en droit privé prend l'apparence d'un système harmonieux. En réalité, il souffre d'un grave défaut de notoriété, qui le met en péril.

Descripteurs :

Sources du droit. Droit civil. Droit international privé. Internormativité. Laïcité. Liberté religieuse. Pluralisme.

Title and Abstract:

The French *Laïcité* and Private Law.

According to a wide-spread opinion, the scope of French *laïcité*, a constitutional principle, ought to be strictly limited to public law. This study offers to demonstrate that French private law is influenced by the principle of separation of the church and State, accommodating religious beliefs in a restrictive way. This restriction is due to the use of a so-called “relevance rule”, which is a rule that belongs to the State and allows religious beliefs to be introduced into the judicial reasoning. Unlike most of the States, France has chosen a contractual relevance rule: this means that religious rules may be enforced only if they have been previously incorporated into a contract. This contractual frame leads to restrictions: in practice, the parties will hardly ever think to incorporate their religious beliefs into such an agreement. This system applies equally to contractual relations and to family disputes, which reveals a general principle of French private law: the only legitimate source of law shall be, in France, State law; accommodating religious beliefs shall remain an exception. This model promotes an assumption of normality, that could be called “dispositive *laïcité*”. Simultaneously, the French legal system excludes some matters from the relevance system: these matters are mandatorily ruled by State law. Hereby arises the “mandatory *laïcité*”. The whole system, as featured, looks seamless. Actually, it lacks in acknowledgment, which may jeopardise it.

Keywords:

Source of law. Civil law. International private law. Internormativity. French laïcité. Secularism. Religious freedom. Pluralism.

LISTE DES PRINCIPALES ABBRÉVIATIONS

al.	alinéa
<i>Arch. phil. dr.</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
c.	contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCC	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CE	Conseil d'État
CE Ass.	Conseil d'État statuant en assemblée du contentieux
CE Sect.	Conseil d'État section
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
chron.	Chronique
Civ. (1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e)	Chambre civile de la Cour de cassation (première, deuxième, troisième)
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
C. pén.	Code pénal
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSP	Code de la santé publique
C. trav.	Code du travail
D.	Décret
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
dir.	Sous la direction de
<i>DH</i>	<i>Dalloz hebdomadaire</i>
<i>DP</i>	<i>Dalloz périodique</i>
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
éd.	édition
FamRZ	<i>Zeitschrift für das gesamte Familienrecht</i>
GACEDH	<i>Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme</i>
<i>GADLF</i>	<i>Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales</i>
<i>GAJA</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
<i>GAJC</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence civile</i>

<i>GAJDIP</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence du droit international privé</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>JCl.</i>	<i>Encyclopédies JurisClasseur</i>
<i>JCP</i>	<i>JurisClasseur périodique (Semaine juridique)</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international (JDI)</i>
<i>L.</i>	<i>Loi</i>
<i>LAG</i>	<i>Landesarbeitsgericht</i>
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>
<i>not.</i>	<i>Notamment</i>
<i>obs.</i>	<i>Observations</i>
<i>OLG</i>	<i>Oberlandesgericht</i>
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
<i>p.</i>	<i>page(s)</i>
<i>préc.</i>	<i>précité</i>
<i>QPC</i>	<i>question prioritaire de constitutionnalité</i>
<i>RCA</i>	<i>Responsabilité civile et assurances</i>
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>RCS</i>	<i>Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RDI</i>	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>Rép. civ.</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil</i>
<i>Rép. com.</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial</i>
<i>Rép. pén. et pr. pén.</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale</i>
<i>Req.</i>	<i>Chambre des requêtes de la Cour de cassation</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy droit civil</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique - Droit prospectif</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>s.</i>	<i>et suivant(e)s</i>
<i>SSL</i>	<i>Semaine Sociale Lamy</i>
<i>Soc.</i>	<i>Chambre sociale de la Cour de cassation</i>
<i>spéc.</i>	<i>spécialement</i>
<i>t.</i>	<i>tome</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal des conflits</i>
<i>Trav. com. fr. DIP</i>	<i>Travaux du comité français de droit international privé</i>
<i>T. civ.</i>	<i>Tribunal civil</i>
<i>T. com.</i>	<i>Tribunal de commerce</i>

th.	thèse
trad.	traduction
U. S.	<i>United States Report</i>
v.	voir
∟°	<i>verbo</i>
vol.	volume
ZPO	Zivilprozessordnung

Plan sommaire

Chapitre préliminaire : La norme de relevance conflictuelle

Partie 1 : La laïcité dispositive

Titre 1 : La norme de relevance française

Chapitre 1 : La généralité de la norme de relevance contractuelle

Chapitre 2 : L'exclusivité de la norme de relevance contractuelle

Titre 2 : Les fonctions de la norme de relevance française

Chapitre 1 : La fonction uniformisante

Chapitre 2 : La fonction dissuasive

Partie 2 : La laïcité impérative

Titre 1: Le domaine traditionnel de la laïcité impérative

Chapitre 1 : Une solution au problème d'un « État dans l'État »

Chapitre 2 : Le refus du pluralisme en matière de statut personnel

Titre 2: Les domaines nouveaux de la laïcité impérative

Chapitre 1 : Un domaine dissimulé en droit international privé

Chapitre 2 : Le domaine contestable des groupements privés

*Notre Père qui êtes au cioux
Restez-y
Et nous nous resterons sur la terre
Qui est quelquefois si jolie
Avec ses mystères de New York
Et puis ses mystères de Paris
Qui valent bien celui de la Trinité
Avec son petit canal de l'Ourcq
Sa grande muraille de Chine
Sa rivière de Morlaix
Ses bêtises de Cambrai
Avec son océan Pacifique
Et ses deux bassins aux Tuileries
Avec ses bons enfants et ses mauvais sujets
Avec toutes les merveilles du monde
Qui sont là
Simplement sur la terre
Offertes à tout le monde
Éparpillées
Émerveillées elles-mêmes d'être de telles merveilles
Et qui n'osent se l'avouer
Comme une jolie fille nue qui n'ose se montrer
Avec les épouvantables malheurs du monde
Qui sont légion
Avec leurs légionnaires
Avec leurs tortionnaires
Avec les maîtres de ce monde
Les maîtres avec leurs prêtres leurs traîtres et leurs reîtres
Avec les saisons
Avec les années
Avec les jolies filles et avec les vieux cons
Avec la paille de la misère pourrissant dans l'acier des canons.*

Jacques Prévert, « Pater noster », in *Paroles* (1945)

Introduction

1. **Les termes d'un sujet controversé.** Il n'est guère d'affirmation plus péremptoire, en droit, que celle qui exclut le droit privé du champ d'application de la laïcité. Ce prétendu b.a.-ba de la distribution des règles applicables au droit privé et au droit public, la chambre sociale de la

Cour de cassation l'a rappelé dans le double arrêt *Baby Loup – CPAM de Saint-Denis*¹. De ses propres termes, le « principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution n'est pas applicable aux salariés et aux employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public »², ce qui interdit en principe d'exiger, de la part de salariés de droit privé, qu'ils affichent une neutralité religieuse. L'employeur de droit privé, en l'occurrence la crèche Baby Loup, ne pouvait dès lors licencier l'assistante maternelle au motif que celle-ci portait un voile islamique. Ayant ainsi expliqué le champ d'application de la laïcité, la chambre sociale de la Cour de cassation a renforcé la portée pédagogique de ce rappel, en rendant, le même jour, un second arrêt, relatif au licenciement d'une salariée en charge d'un service public. Comme dans la première affaire, la salariée avait été licenciée parce qu'elle arborait un voile islamique sur les lieux de son travail. Mais contrairement à l'affaire précédente, le licenciement est cette fois-ci confirmé par la haute juridiction, car il résulte, selon elle, d'une exacte application « des principes de neutralité et de laïcité du service public [...] applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsqu'ils sont assurés par des organismes de droit privé »³. Mêmes faits, règles différentes : telle serait la conséquence, sur le plan de la laïcité, de la dichotomie droit public – droit privé.

¹ Cass. soc., 19 mars 2013, *Baby Loup*, n° 11-28.845, *CPAM de Saint-Denis*, n° 12-11.690, F. CANUT, « Principe de laïcité versus liberté religieuse : être ou ne pas être un service public », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2013, n° 83, p. 49 ; D. CHENU et K. PFEIFER-CHOMICZEWSKA, « Baby-Loup : la laïcité encadrée », *RJPF* 2013, n° 7, p. 14 ; H. PESCHAUD, « Laïcité et liberté religieuse public-privé : l'égalité introuvable ? », *LPA* 2013, n° 127, p. 7 ; J. COLONNA et V. RENAUX-PERSONNIC, « La liberté religieuse du salarié », *Gaz. Pal.* 2013, n° 158-159, p. 13 ; H. MOUANES, « Modifier la rhétorique juridique ou protéger, par la force de la loi, la petite enfance des options religieuses de ses éducateurs. À propos de la décision de la Cour de cassation du 19 mars 2013 », *Politeia*, 2013, n° 23, p. 127 ; J.-D. DREYFUS, « La gestion d'un service public conditionne l'application des principes de neutralité et de laïcité aux organismes privés », *AJDA* 2013. 1069 ; E. DOCKES, « Liberté, laïcité, "Baby Loup" : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante », *Dr. soc.* 2013. 388 ; D. CORRIGNAN-CARSIN, « Entre laïcité et liberté religieuse, l'art difficile du compromis », *JCP G* 2013. 935 ; J.-G. HUGLO, « Laïcité et liberté religieuse des salariés. Interdiction du port d'un voile islamique », *RJS* 2013. 291 ; C. BRICE-DELAJOUX, « Épilogue dans l'affaire de la crèche Baby Loup : la Cour de cassation tranche en faveur de la liberté religieuse », *Dr. adm.* 2013, n° 5, p. 34 ; J.-B. VILA, « Le juge judiciaire, les libertés individuelles, la laïcité et la neutralité. À propos des arrêts rendus le 19 mars 2013 par la Cour de cassation », *JCP A* 2013, n° 18, p. 51 ; F. DIEU, « Le principe de laïcité n'a pas sa place dans l'entreprise : l'extension très limitée de l'application du principe de laïcité aux salariés de droit privé », *JCP A* 2013, n° 18, p. 44 ; J.-Ph. LHERNOUD, « Signes religieux au travail : arrêts Baby-Loup et CPAM 93 », *JSL* 2013, n° 342, p. 8 ; J. FICARA, « La Cour de cassation et le port de signes religieux ostentatoires dans les structures de droit privé », *Gaz. Pal.* 2013, n° 114, p. 5.

² Cass. soc., 19 mars 2013, *Baby Loup*, n° 11-28.845 : « Attendu que le principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public ; qu'il ne peut dès lors être invoqué pour les priver de la protection que leur assurent les dispositions du code du travail ; qu'il résulte des articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché. »

³ Cass. soc., 19 mars 2013, *CPAM de Saint-Denis*, n° 12-11.690 : « Mais attendu que la cour d'appel a retenu exactement que les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé et que, si les dispositions du code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents des caisses primaires d'assurance maladie, ces derniers sont toutefois soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de

Associer laïcité et droit privé aurait donc tous les traits d'une fantaisie juridique. Pourtant, du côté des parlementaires, certains frémissements indiquent que l'association de ces termes, si insensée qu'elle paraisse aux yeux des spécialistes, n'en est pas moins devenue une éventualité à prendre au sérieux. Des propositions de loi ont vu le jour, cherchant, pour certaines, à étendre l'obligation de neutralité à tout professionnel en contact avec des mineurs⁴, voire à tous les salariés⁵. Bien que ces propositions semblent limitées au droit du travail, et que, de surcroît, elles n'aient pas abouti à des textes obligatoires, on aurait tort d'enfermer ces textes « travaillistes dans leur pré carré »⁶ et de négliger « l'importance des mouvements de fond qui font évoluer ensemble toutes les branches du droit »⁷. Plus que tout autre, le domaine du droit du travail est exposé aux « tendances qui agitent la société »⁸, dont il pourrait bien, dès lors, être une sorte de miroir grossissant.

Aussi bien convient-il de s'interroger : ces frémissements ne sont-ils que de l'écume, ou annoncent-ils une lame de fond susceptible de bouleverser tout le droit privé ? Par son ampleur, la question appelle, préalablement aux réponses que nous lui apporterons, quelques précisions liminaires : il s'agit donc de cerner l'enjeu du sujet **(I)**, avant d'exposer la méthode qui sera suivie pour apprécier l'influence éventuelle de la laïcité en droit privé français **(II)**.

I. L'enjeu du sujet

2. **Définition problématique de la laïcité.** D'après la doctrine, l'association des termes « laïcité » et « droit privé » fait l'objet d'une condamnation à peu près unanime, et, particulièrement sous la plume d'un grand nombre d'auteurs publicistes⁹, le ton n'invite pas à la

manifeste leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires ; Et attendu qu'ayant retenu que la salariée exerce ses fonctions dans un service public en raison de la nature de l'activité exercée par la caisse, qui consiste notamment à délivrer des prestations maladie aux assurés sociaux de la Seine-Saint-Denis, qu'elle travaille en particulier comme « technicienne de prestations maladie » dans un centre accueillant en moyenne six cent cinquante usagers par jour, peu important que la salariée soit ou non directement en contact avec le public, la cour d'appel a pu en déduire que la restriction instaurée par le règlement intérieur de la caisse était nécessaire à la mise en œuvre du principe de laïcité de nature à assurer aux yeux des usagers la neutralité du service public. »

⁴ Proposition de L. n° 56 du 25 oct. 2011, visant à étendre l'obligation de neutralité à certaines personnes ou structures privées accueillant des mineurs et à assurer le respect du principe de laïcité, présentée devant le Sénat par F. LABORDE *et alii*.

⁵ V. par ex., proposition de L. n° 2261 visant à étendre l'application de la laïcité à toutes les entreprises privées, du 25 sept. 2019, présentée devant l'Assemblée nationale par G. PELTIER *et alii*. C'est la dernière proposition de loi d'une longue série, initiée par la résolution de l'Assemblée nationale n° 672 du 31 mai 2011 sur l'attachement au respect des principes de laïcité, fondement du pacte républicain, et de liberté religieuse.

⁶ A. SUPIOT, « La religion au travail », in *Mélanges Jean Hauser*, Paris, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 1031.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ V. par ex., E. SAILLANT-MARAGHNI, « Les frontières de la laïcité », *AJDA* 2017. 1381 : « Le principe de laïcité ne trouve pas à s'appliquer à la sphère privée, aux relations privées. Il y est sans objet parce que la laïcité dans sa conception traditionnelle républicaine est une série d'obligations des personnes publiques, notamment, mais pas seulement leur neutralité, qui permet précisément de donner un cadre à l'expression de toutes les religions, à égalité. La sphère privée

discussion¹⁰. À l'unisson des voix de la doctrine il peut être intéressant d'opposer la cacophonie qui règne dans les définitions de la laïcité. Et l'on constatera que, comme du nez de *Cyrano*, de la laïcité, on a pu dire bien des choses en somme. En variant le ton — par exemple :

Paradoxal : « la laïcité constitue l'essence de la religion »¹¹.

Provocant : « Être laïque, c'est boire du vin et manger du saucisson. »¹².

Exigeant : la laïcité, c'est « pratiquer son culte avec l'humble discrétion qui témoigne [...] du respect fraternel qu'[on] éprouve vis-à-vis de celui qui ne pense pas comme [soi] »¹³.

Nihiliste : « La laïcité, c'est le refus du paternalisme, du moralisme, et de toute imposition d'un sens que l'homme ne pourrait se donner lui-même. »¹⁴.

Belliciste : « L'idéologie laïque est avant tout une idéologie de combat »¹⁵.

Aimable : « La laïcité, c'est le vivre-ensemble »¹⁶.

est celle de l'expression libre des opinions et manifestations religieuses, dans le respect, bien sûr, des lois et de l'ordre public. La laïcité n'y a pas sa place. » V. également F. DE LA MORENA, *Les frontières de la laïcité*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes Perspectives », 2016, p. 75. Également, M. LE ROUX, « Usager du service public et laïcité », *RFDA* 2013. 727 : « La laïcité est enserrée dans les limites de la sphère publique » ; dans le cas contraire, « la laïcité serait dénaturée et perdrait [...] en cohérence, en légitimité, donc en efficacité. » Plus nuancée, v. G. CALVES, *Territoires disputés de la laïcité. 44 questions (plus ou moins) épineuses*, Paris, PUF, 2018, p. 35 : « La critique contemporaine de la "laïcité agressive", du "néo-laïcisme" ou des "laïcards" (car la vieille injure maurassienne a repris du service) pointe un mouvement d'expansion de la laïcité hors de la sphère légitime : la sphère publique [...] Cette critique a le mérite de rappeler que la distinction entre public et privé est au centre du régime laïque. Et elle vise juste quand elle dénonce le brouillage contemporain, entretenu par un certain discours public, très anxiogène et déstabilisant. Mais un tel discours tourne largement à vide : il n'est pas (encore ?) traduit par de réelles modifications de l'état du droit. »

¹⁰ Mais les spécialistes de droit privé ne sont pas en reste : v. par ex., J.-B. SEUBE, « Les clauses "religion compatible" en droit des contrats : aspects de droit positif et de droit prospectif », *LPA* 2017, n° 121j2, p. 53 : « Il faut ici faire une précision sémantique pour dire que ces questions n'ont rien à voir avec la laïcité. La laïcité est en effet un concept qui affirme la neutralité de l'État vis-à-vis des religions et qui exclut l'influence religieuse de la sphère de l'État. La laïcité intéresse avant tout le droit public. Or, nous sommes ici dans des relations de droit privé. Des questions relatives aux convictions religieuses peuvent certes se poser, mais cela n'a rien à voir avec laïcité. Il s'agit bien plus ici de respecter les droits fondamentaux de chacun. »

¹¹ Y. BEN ACHOUR, « Islam et laïcité. Propos sur la recomposition d'un système de normativité », *Pouvoirs*, n° 62, 1992, p. 15, spéc. p. 16.

¹² Dénonçant cette définition « aberrante », v. G. CALVES, *Territoires disputés de la laïcité. 44 questions (plus ou moins) épineuses*, Paris, PUF, 2018, p. 29 : « La laïcité identifiée à une valeur du vivre ensemble n'a plus de limites clairement assignables, ce qui ouvre la voie à des définitions aberrantes du type "être laïque, c'est boire du vin et manger du saucisson." »

¹³ N. SARKOZY, *Le Monde*, 9 déc. 2009. Dans le même sens, v. A. LOUVARIS, « La laïcité française, telle qu'en elle-même sa singularité la change », in *Justice & Cassation*, dossier « Laïcité », Paris, Dalloz, 2019, p. 11, spéc. p. 49 : « La laïcité est une méthode d'enseignement ou de promotion doctrinale permettant au citoyen et au futur citoyen de dépasser ses *a priori* originels, notamment religieux, pour entrer dans une sociabilité tolérante, apaisée, en adaptation constante aux évolutions sociétales, et fondées, en dernière analyse, sur le respect d'autrui. »

¹⁴ H. PEÑA-RUIZ, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Actuel », 2003, p. 271.

¹⁵ J. RIVERO, « De l'idéologie à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative », in *La laïcité*, Paris, PUF, 1960, p. 263, spéc. p. 265. L'auteur ajoute : « C'est dans une commune hostilité à l'Église catholique que ses composantes se rejoignent. Seulement, cette hostilité n'a pas, chez tous les laïques, les mêmes objets. Beaucoup distinguent, et limitent soit leur hostilité profonde, soit tout au moins leurs attaques, à un élément particulier de la structure ou de la doctrine de l'Église. D'où les multiples facettes de la pensée laïque, d'où aussi ses équivoques pour le juriste. » J. RIVERO était loin d'être le seul auteur à avoir adopté une conception belliqueuse de la laïcité : v. par ex., G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, p. 72 et 73.

¹⁶ *Rapport sur la proposition de loi constitutionnelle visant à garantir la prééminence des lois de la République*, présenté par Ch.-A. FRASSA, 14 oct. 2020, p. 6. Sur ce synonyme, v. V. RIBOULOT-THIERY, « Cinq questions sur l'histoire du mot laïcité », in *La*

Œcuménique : « La laïcité n'est pas une opinion parmi d'autres mais la liberté d'en avoir une. Elle n'est pas une conviction mais le principe qui les autorise toutes »¹⁷.

Étymologique : « "laïcité" dérive de λαός, qui signifie peuple »¹⁸.

Juridique : « La religion ne doit pas être un facteur du droit ; voilà la vraie doctrine de la laïcité »¹⁹.

Français : la laïcité est « la neutralité confessionnelle de la République [...] procédant de la séparation des Églises et de l'État [...] qui implique le caractère non-théocratique de l'État français [...], le monopole des pouvoirs publics dans l'exercice des fonctions étatiques [...] et l'exclusion de toute participation des autorités religieuses dans ce domaine [ainsi que] le respect de la liberté de conscience »²⁰.

L'inventaire des définitions pourrait encore être allongé²¹, mais, craignant de décourager trop vite le lecteur, nous nous limiterons à la réflexion suivante. On prête à Camus d'avoir dit que « mal nommer les choses, c'est ajouter au malheur de ce monde »²². De toute évidence, les définitions nombreuses et contradictoires de la laïcité en font un concept mal nommé, dont l'imprécision a concouru à attirer le malheur sur son sanctuaire, l'Observatoire de la laïcité. Deux conceptions antagonistes de la laïcité, laïcité « ouverte » et laïcité « combattive »²³, ont engendré des

laïcité dans la tourmente (dir. R. LETTERON), Paris, Presse Sorbonne Université, coll. « Sorbonne Essais », 2019. En faveur d'une telle synonymie, v. également H. PEÑA-RUIZ, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Actuel », 2003, p. 185.

¹⁷ Observatoire de la laïcité, *V*° « Qu'est-ce que la laïcité ? », en ligne : <https://www.gouvernement.fr/qu-est-ce-que-la-laicite>.

¹⁸ *Dictionnaire Littré*, *V*° « laïque ».

¹⁹ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, p. 77.

²⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2020, 13^{ème} éd., *V*° « Laïcité ». Ce dictionnaire précise que l'acception qui vient d'être reproduite est un « concept français ». On remarquera que l'édition de 2020 diffère sensiblement de la définition de l'édition de 2002 (3^{ème} éd.), dans laquelle il est sobrement dit que la laïcité est un « principe qui caractérise un État dans lequel toutes les compétences politiques et administratives sont exercées par des autorités laïques sans participation ni intervention des autorités ecclésiastiques et sans immixtion dans les affaires religieuses », qu'il correspond au caractère « non-confessionnel de l'État associé à sa neutralité religieuse », et qu'il peut se résumer, *in fine*, à la « séparation des Églises et de l'État ».

²¹ V. par ex. A. SUPIOT, « Commentaire de l'Avis sur la laïcité de la Commission nationale consultative des droits de l'homme », in *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme* (dir Ch. Lazerges), Paris, Dalloz, 2016, p. 292.

²² A. CAMUS, « Sur une philosophie de l'expression », in *Poésie* 44, n° 17, déc. 1943 – févr. 1944, p. 22. En réalité, la citation complète est : « Mal nommer un objet c'est ajouter au malheur de ce monde, car le mensonge est justement la grande misère humaine, c'est pourquoi la grande tâche humaine correspondante sera de ne pas servir le mensonge. »

²³ L'opposition des qualificatifs accolés à la notion de laïcité n'est pas récente : on peut remonter au moins jusqu'à l'affaire des « foulards de Creil » (sur cette affaire, cf. *infra*, n° 248). Deux camps s'étaient formés parmi les intellectuels, opposant, d'un côté, Élisabeth Badinter, Régis Debray, Alain Finkielkraut, Élisabeth de Fontenay et Catherine Kintzler, qui dénonçaient un « Munich de l'école républicaine » dans une lettre ouverte parue le 2 nov. 1989 dans le *Nouvel Observateur*. De l'autre côté, le camp constitué par Joëlle Brunnerie-Kauffmann, Harlem Désir, René Dumont, Gilles Perrault et Alain Touraine, plaidait, dans une lettre ouverte du 9 nov. 1989 parue dans la revue *Politix*, « Pour une laïcité ouverte ». Ces derniers y opposaient la laïcité d'« une école qui craindrait par-dessus tout les différences : la laïcité de la blouse grise, qui ne supporterait ni foulard, ni kippas, ni crucifix. Et celle plus ouverte, d'une école laïque et obligatoire au-dessus des particularismes, dans le respect de ceux-ci ». V. *Le Monde*, 10 nov. 1989, « Appel pour une

tiraillements au sein de cette institution créée en 2007 par le Président de la République, poussant de nombreux membres à la démission²⁴. Il faut dire que, tout à la fois principe constitutionnel et valeur de la République²⁵, la laïcité se prête, en raison de l'ambiguïté de sa nature, à des interprétations divergentes.

3. Les trois conséquences de la laïcité selon le Conseil constitutionnel. De ces définitions, aucune n'est suffisamment consensuelle pour servir de point de départ à notre étude, en-dehors de la dernière, issue du *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu. Et s'il est une caractéristique qu'elles partagent toutes, même les moins partisanses, c'est que la laïcité ne peut pas s'entendre d'une règle claire possédant un champ d'application bien déterminé. La définition du Conseil constitutionnel²⁶, qui synthétise les éléments de définition qu'en avait donné le Conseil d'État²⁷ et dont s'est certainement inspiré le *Vocabulaire juridique*, indique plutôt que la laïcité serait une attitude officielle de la République française vis-à-vis des religions, à laquelle seraient attachées plusieurs conséquences, à la fois politiques et juridiques.

Ces conséquences peuvent être réduites à trois sortes²⁸. La première consiste dans un modèle constitutionnel de séparation : depuis la loi du 9 décembre 1905²⁹, qui mit fin au système concordataire et constitue en quelque sorte l'acte de divorce entre l'Église catholique et l'État, les

«laïcité» ouverte», en ligne : https://www.lemonde.fr/archives/article/1989/11/10/un-appel-pour-une-laicite-ouverte_4134927_1819218.html. Accolant d'autres qualificatifs à la notion de laïcité — « laïcité de compensation et laïcité de combat » —, v. J. ROBERT, « Liberté de religion, de pensée et de croyance », in *Libertés et droits fondamentaux* (dir. R. CABRILLAC), Paris, Dalloz, coll. « CRFPA », 2020, n° 563 et s., p. 468 et s., spéc. n° 587, p. 481.

²⁴ *Le Monde*, 21 janv. 2016, « Nouvelle démission à l'Observatoire de la laïcité » : « l'Observatoire voit s'affronter deux conceptions de la laïcité. L'une, apaisée, que souhaite incarner Jean-Louis Bianco, le président de l'observatoire ; l'autre, plus offensive, défendue par ceux qui veulent donner un coup d'arrêt aux « petits accommodements » avec l'islam. » (https://www.lemonde.fr/religions/article/2016/01/21/nouvelle-demission-a-l-observatoire-de-la-laicite_4851433_1653130.html)

²⁵ Observatoire de la laïcité, *V*° « Qu'est-ce que la laïcité ? », en ligne : <https://www.gouvernement.fr/qu-est-ce-que-la-laicite>.

²⁶ Cons. constit., déc. n° 2012-297 QPC, 21 févr. 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité* : « la laïcité implique la neutralité de l'État, il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte, que le principe de laïcité impose [...] le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes »

²⁷ Conseil d'État, *Rapport public 2004. Un siècle de laïcité*, Paris, La Documentation française, coll. « Études et documents », 2004, n° 55, p. 272 et s. Le Conseil d'État évoque trois aspects de la laïcité : la neutralité, la liberté religieuse et le pluralisme (religieux). Comp. CE, 6 avr. 2001, n° 219379, 221699 et 221700, *Syndicat national des enseignants du second degré*, *AJDA* 2002. 63, note B. TOULEMONDE.

²⁸ Comp. M. PHILIP-GAY, *Droit de la laïcité*, Paris, Ellipses, coll. « Mise au point », 2016. L'auteur parle de trois « éléments constitutifs » de la laïcité, reprenant les trois volets exposés.

²⁹ L. du 9 déc. 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, art. 2 : « La République ne reconnaît, ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1er janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes. Pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons. Les établissements publics du culte sont supprimés, sous réserve des dispositions énoncées à l'article 3. »

communautés religieuses ne sont plus des personnes morales de droit public. Il en résulte que l'activité culturelle ne peut être directement financée que par des personnes privées, et plus généralement, que l'organisation interne des cultes relève d'associations de droit privé. Le droit privé recueille donc désormais les questions d'organisation interne des cultes, lesquels sont, en principe, placés sous le signe de la liberté d'association, dont le garant est le juge judiciaire³⁰.

La deuxième conséquence concerne l'attitude de neutralité religieuse à laquelle s'astreint tout service public — sujet de dispute interminable, ayant alimenté le contentieux intarissable des crèches de Noël des établissements publics³¹ ou du voile islamique des « collaborateurs occasionnels », c'est-à-dire des mères accompagnant les sorties scolaires³². Les restrictions à la liberté religieuse des individus sont ici justifiées par la neutralité religieuse de l'État, qui doit se propager à tous ceux qui le représentent — afin, dit-on, de préserver la liberté de chacun³³. Les agents publics deviennent ainsi « des incarnations de la puissance publique »³⁴. Ces restrictions ont fini par être assimilées au principe qui les inspire, si bien qu'il est devenu courant de confondre

³⁰ Sans doute parce que la loi du 9 décembre 1905 jouait cette fonction de pivot, mettant fin au régime de droit public, pour rejeter désormais les affaires religieuses dans le droit privé, Saleilles a jugé que « la loi du 9 déc. 1905 n'est pas seulement une loi de droit public. Elle est à la frontière des deux domaines. Elle règle des questions de propriété et des questions d'association ; je crois même que, sans trop s'en rendre compte, elle a réglé une question de fondation. Ce sont là, au moins par certains côtés, des matières de droit privé. » V. R. SALEILLES, « Étude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.* 1906. 847, spéc. p. 848.

³¹ CE, ass. plén., 9 nov. 2016, n° 395122, *Commune de Melun*, et CE, ass. plén., 9 nov. 2016, n° 395223, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, M.-Ch. DE MONTECLER, « Le Conseil d'État ménage l'âne et le bœuf », *AJDA* 2016. 2135 ; L. DUTHEILLER DE LAMOTHE et G. ODINET, « La crèche entre dans les Tables », *AJDA* 2016. 2375 ; D. MAUS, « La crèche est-elle un objet cultuel ou culturel ? », *D.* 2016. 2456 ; N. DISSAUX, « Religion, où es-tu ? », *D.* 2017. 345 ; F. DE LA MORENA et M. YAZI-ROMAN, « Installation d'une crèche de Noël sur un emplacement public : regards croisés », *AJCT* 2017. 90 ; J. MORANGE, « Les crèches de Noël : entre cultuel et culturel », *RFDA* 2017. 127.

³² V. par ex. O. BUI-XUAN, « Les ambiguïtés de l'étude du Conseil d'État relative à la neutralité religieuse dans les services publics », *AJDA* 2014. 249 ; Conseil d'État, *Étude demandée par le défenseur des droits le 20 sept. 2013*, 19 déc. 2013 (en ligne : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_avis_20130909_laicite.pdf) Il semble que, contrairement aux accompagnatrices des sorties scolaires, les membres d'une congrégation religieuse, collaborant occasionnellement au service public pénitentiaire, puissent porter des signes religieux s'ils s'abstiennent de tout prosélytisme : CE, 27 juill. 2011, *Syndicat national pénitentiaire Force ouvrière direction et autres*, n° 215550, J. MEKHANTAR, « Les primes accordées aux surveillants "congréganistes" de l'administration pénitentiaire », *AJFP* 2002. 39.

³³ V. Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur la laïcité*, 26 sept. 2013, A. SUPLOT, « Commentaire de l'Avis sur la laïcité de la Commission nationale consultative des droits de l'homme », in *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme* (dir Ch. Lazerges), Paris, Dalloz, 2016, p. 292 ; CE, 8 déc. 1948, *Demoiselle Pasteau* ; CE, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet* ; CE, avis, 3 mai 2000, *Demoiselle Marteaux*, n° 217017, *GADLF*, 2019, 2^{ème} éd., n° 57, p. 479 ; *AJDA* 2000. 602, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *D.* 2000. 747, note G. KOUBI ; *RFDA* 2001. 146, concl. R. SCHWARTZ. Sur l'ensemble de ces décisions, v. par ex. Conseil d'État, *Rapport public, Un siècle de laïcité*, La Documentation française, 2014 ; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et M. LONG, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien/ Lextenso, 2016, 4^{ème} éd., n° 665 et s., p. 274 et s. ; C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2011. Également J. ROBERT, « La liberté religieuse », *RIDC* 1994, n° 2, p. 627, spéc. p. 633.

³⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Séparation, garantie, neutralité... les multiples grammaires de la laïcité », in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2016/4, n° 53.

neutralité religieuse et laïcité. C'est l'aspect le plus médiatique de la laïcité, qui est en principe strictement cantonné au droit public.

La troisième conséquence de la laïcité, vue comme attitude officielle de la République française vis-à-vis des religions, n'a, contrairement aux deux premières, rien de spécialement français. Il s'agit de la liberté religieuse des individus³⁵, qui ne saurait être restreinte que pour des considérations d'ordre public. La nécessité d'ordre public qui inspirera ces restrictions devra être recherchée dans des considérations totalement étrangères à la laïcité. Par exemple, un exorciste a pu être condamné pour actes de torture et de barbarie, sans que le motif tiré des pratiques de sa religion aient pu servir de fait justificatif³⁶. De même, les parents qui s'étaient accordés pour donner une éducation religieuse à leurs enfants et les envoyer en Inde, où ils reçurent de mauvais traitements, ont été condamnés par les tribunaux français³⁷. Les restrictions à leur liberté religieuse étaient dictées par des motifs de protection de l'enfance — loin, donc, de préoccupations en lien avec la neutralité religieuse de l'État.

4. Facteurs de complications. De toute évidence, les restrictions imposées aux agents du service public et celles que l'ordre public ordonne aux simples particuliers sont d'une nature très différente. Et si la doctrine se refuse aussi constamment à associer la laïcité au droit privé, c'est parce qu'elle entend maintenir la clôture infranchissable qui sépare ces deux genres de restrictions. En effet, les restrictions que subit le simple particulier dans l'exercice de sa liberté religieuse sont en principe fort éloignées de l'idée de la neutralité religieuse de l'État, alors que les restrictions que subit le représentant d'un service public sont justifiées par la neutralité de l'État, qu'il représente. Que cette fonction de représentation de l'État disparaisse, et l'individu, devenu simple particulier contraint de garantir la neutralité religieuse, subirait une atteinte aussi grave — d'autant plus grave qu'elle ne serait plus limitée dans le temps — qu'injustifiée. Il est en effet absurde de faire peser la garantie de la neutralité religieuse de l'État sur un quidam dépourvu de fonction représentative — surtout si la justification ultime de cette restriction est d'assurer la liberté religieuse d'autrui³⁸. Aussi bien, faisant des deux types de restrictions le critère distinctif de la deuxième et de la troisième conséquence de la laïcité, les commentateurs déclarent que la « sphère

³⁵ Garantie que rappelle solennellement l'art. 1^{er} de la L. de 1905 mais qui était depuis longtemps acquise en droit français.

³⁶ Cass. crim. 3 sept. 1996, *Dr. pénal*, 1996, comm. 4, obs. VERON.

³⁷ Cass. crim., 11 juill. 1994, *Sabaja Yoga*, *JCP* 1995. II. 22441, note F. EUDIER, rejetant le pourvoi formé contre CA Rennes, 18 févr. 1993, *JCP* 1994. II. 22210, note J.-Y. CHEVALLIER. Comp. l'affaire de « La Citadelle », T. corr. Versailles, 8 févr. 1995, *JDJ* 1995, n° 146, p. 32, condamnant trois membres de La Citadelle pour violences volontaires envers des mineurs de quinze ans.

³⁸ En ce sens, v. les références précitées, n° 3.

privée » doit être placée sous le signe de la liberté, tandis que la neutralité religieuse doit rester cantonnée à la « sphère publique ». On remarquera le glissement de sens, de l'individu à la « sphère privée », et du représentant de l'État à la « sphère publique »³⁹. Ajoutons, à ce glissement de sens, l'assimilation courante de la neutralité religieuse et de la laïcité, et la conclusion s'impose : faire produire à cette laïcité des effets dans les relations de droit privé serait attentatoire à la liberté religieuse des individus.

Nous n'entendons pas critiquer une telle construction, qui, en dépit des assimilations inexactes et des glissements de sens, est inspirée par une inquiétude fondée. C'est à un autre niveau que nous nous interrogeons. Il existe désormais trop de poussées contrariant la notion classique de laïcité, et lutter contre leur existence pour revenir à son « vrai sens » équivaut à prêcher dans le désert.

Remarquons, d'abord, que le domaine de la neutralité religieuse tend à déborder du cercle restreint des représentants du service public pour se propager aux usagers. C'est l'exemple de la loi de 2004 qui impose aux élèves de l'enseignement public de s'abstenir de revêtir des signes religieux ostentatoires⁴⁰. La liste des usagers du service public débiteurs de l'obligation de neutralité pourrait s'allonger⁴¹ : en témoignent les propositions de loi visant à étendre la loi de 2004 à tout le service public d'enseignement supérieur⁴², et celle qui suggère d'y inclure tous les usagers du service public⁴³. En outre, de nombreuses « chartes de la laïcité » émaillent la documentation des établissements publics⁴⁴. Elles comprennent habituellement deux volets : le premier regarde les agents du service public, le second a trait aux usagers. En somme, s'il est toujours rappelé que l'utilisateur ne s'astreint pas à des obligations de la même intensité que celles de l'agent, il est devenu

³⁹ Sur ces « sphères » et leur signification, v. J.-P. DUBOIS, « Pluralisme, laïcité, sphères publiques et sphère privée », in *Arch. phil. dr.*, vol. 49 « Le Pluralisme », Paris, Dalloz, 2006, p. 171.

⁴⁰ L. n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. V. par ex. R. LIBCHABER, « À la croisée des interprétations : le voile et la loi », *RTD civ.* 2004. 161 ; également E. T. BELLER, « The Headscarf Affair : The Conseil d'État on the Role of Religion and Culture in French Society », *Texas International Law Journal*, vol. 39 (2004), p. 581 et s.

⁴¹ Sur cette tendance, v. M. LE ROUX, « Usager du service public et laïcité », *RFDA* 2013. 727. L'auteur parle d'une « laïcité-sujétion ».

⁴² Proposition de L. n° 1009 du 30 mai 2018 visant à étendre le principe de laïcité aux établissements publics d'enseignement supérieur ; et la proposition de L. n° 2595 du 18 févr. 2015, ayant le même objet. Aux termes de l'exposé des motifs de celle-ci, « sans le respect du principe de laïcité, il ne peut y avoir dans notre pays de cohésion nationale ».

⁴³ Proposition de L. constitutionnelle n° 3874 du 24 juin 2016, visant à étendre le principe de laïcité aux entreprises privées et aux usagers du service public, car « le modèle français exige des individus de confiner à la sphère privée ce qui relève de leurs croyances religieuses. »

⁴⁴ Sur cette pratique, v. la circulaire n° 5209/SG du 13 avr. 2007 du Premier ministre, relative à la Charte de la laïcité dans les services publics, et J.-B. BOUET, « La "Charte de la laïcité dans les services publics" et les établissements publics de santé : une occasion manquée », *RDSS* 2007. 1023.

courant de considérer que l'usager soit désormais soumis à certaines restrictions qui découlent de la laïcité⁴⁵. Leur justification ne peut plus être trouvée dans la représentation de l'État ; elles seront recherchées dans l'existence d'une « sphère publique ». Dans cette notion, qui n'a rien de juridique, ont été inclus les locaux des entreprises, ce qui permet commodément de franchir le Rubicon, et de proposer d'étendre l'obligation de neutralité à tous ceux qui fréquentent la « sphère publique ». Désormais, il n'est pas rare que des entreprises privées possèdent une « charte de laïcité »⁴⁶ ou un règlement intérieur stipulant que les salariés s'obligent à un devoir de neutralité religieuse⁴⁷. La pratique pourrait se banaliser avec l'article L. 1321-2-1 du Code du travail, introduit par la loi « El Khomri » du 8 août 2016⁴⁸, qui autorise l'employeur à inscrire, dans le règlement intérieur, « le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés »⁴⁹. Désormais,

⁴⁵ On lit ainsi, dans le modèle de charte de laïcité à destination des hôpitaux préconisée par le gouvernement, que « Tous les usagers sont égaux devant le service public. Les usagers des services publics ont le droit d'exprimer leurs convictions religieuses dans les limites du respect de la neutralité du service public, de son bon fonctionnement et des impératifs d'ordre public, de sécurité, de santé et d'hygiène. Les usagers des services publics doivent s'abstenir de toute forme de prosélytisme. Les usagers des services publics ne peuvent récuser un agent public ou d'autres usagers, ni exiger une adaptation du fonctionnement du service public ou d'un équipement public. Cependant, le service s'efforce de prendre en considération les convictions de ses usagers dans le respect des règles auxquelles il est soumis et de son bon fonctionnement. Lorsque la vérification de l'identité est nécessaire, les usagers doivent se conformer aux obligations qui en découlent. Les usagers accueillis à temps complet dans un service public, notamment au sein d'établissements médico-sociaux, hospitaliers ou pénitentiaires, ont droit au respect de leurs croyances et de participer à l'exercice de leur culte, sous réserve des contraintes découlant des nécessités du bon fonctionnement du service ». En ligne : https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/charte_laicite.pdf.

⁴⁶ Par ex., l'art. 5 de la charte des Restos du cœur, qui impose « d'abandonner ses positions politiques et religieuses à la porte des Restos », ou encore la Charte de la laïcité de l'entreprise Paprec (art. 5, 6 et 7 : « 5. La laïcité en entreprise implique que les collaborateurs ont un devoir de neutralité : ils ne doivent pas manifester leurs convictions politiques ou religieuses dans l'exercice de leur travail ; 6. Conformément à la loi, nul ne peut se prévaloir de son appartenance religieuse pour refuser d'exécuter sa mission ou pour perturber le bon fonctionnement de l'entreprise ; 7. Au sein de l'entreprise et dans l'exercice de leurs fonctions, les règles de vie des différents espaces, précisées dans le règlement intérieur de chaque établissement, sont respectueuses de la laïcité. Ainsi, le port de signes ou tenues par lesquels les collaborateurs manifestent ostensiblement une appartenance religieuse n'est pas autorisé. »). Sur cette pratique, v. par ex. Ch. RADE, « L'entreprise privée et les chartes de laïcité », *D.* 2014. 816.

⁴⁷ L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, 19 mars 2013, n° 11-28845, reproduit en ces termes la « clause laïque », telle que contenue dans le règlement intérieur et les statuts de l'association Baby Loup : « les statuts de l'association précisent que celle-ci a pour but de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier, qu'elle s'efforce de répondre à l'ensemble des besoins collectifs émanant des familles, avec comme objectif la revalorisation de la vie locale, sur le plan professionnel, social et culturel sans distinction d'opinion politique ou confessionnelle, que conformément à ces dispositions la crèche doit assurer une neutralité du personnel dès lors qu'elle a pour vocation d'accueillir tous les enfants du quartier quelle que soit leur appartenance culturelle ou religieuse, que ces enfants, compte tenu de leur jeune âge, n'ont pas à être confrontés à des manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse, que tel est le sens des dispositions du règlement intérieur entré en vigueur le 15 juillet 2003, lequel, au titre des règles générales et permanentes relatives à la discipline au sein de l'association, prévoit que le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche » (nous soulignons).

⁴⁸ L. n° 2016-1088 du 8 août 2016, dite « loi Travail » ou « loi El Khomri ».

⁴⁹ C. trav., art. L. 1321-2-1 : « Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché. »

L'opinion dominante tend à considérer que tous, particulièrement les salariés⁵⁰, ont des devoirs inspirés de la laïcité, qui, tout en étant apparentés à ceux des agents publics, sont d'une intensité moindre.

On le voit : face à l'ampleur du phénomène et avec les alertes soulevées par la doctrine, il n'est plus possible de faire l'économie d'une étude d'ensemble, sauf à se rendre coupable d'une cécité condamnable. Mais afin de mener à bien une telle recherche, il est nécessaire d'abandonner la définition de la laïcité avec les conséquences qui lui sont classiquement attachées. Revenant à l'idée incontestée de la séparation des Églises et de l'État, nous retiendrons provisoirement que la laïcité doit s'entendre de *l'attitude générale des pouvoirs publics de la République française face à la religion, telle qu'elle résulte de la séparation*⁵¹. S'agissant de la recherche des manifestations de cette attitude en droit privé, il conviendra donc de garder en mémoire les cas de laïcité-neutralité évoqués en droit du travail, sans se fermer à l'existence éventuelle d'autres types de manifestations, émergeant en d'autres domaines du droit privé.

5. Manifestations de la laïcité dans tout le droit privé. Prenant un peu de hauteur, il semble qu'aux manifestations positives de la laïcité en droit du travail doivent s'ajouter des manifestations négatives⁵². Coulombel, dans une étude fondatrice publiée à la *Revue trimestrielle de droit civil*, avait écrit que la laïcité implique, en droit privé, que la religion ne soit pas un élément de l'état des personnes⁵³. Aujourd'hui, des auteurs comme MM. Jacques Ghestin et Hugo Barbier considèrent que la laïcité est un principe général du droit ayant des implications en droit privé⁵⁴, particulièrement en droit de la famille⁵⁵. Demain, le législateur constitutionnel inscrira sans doute au frontispice de la Constitution que « nul individu ou nul groupe ne peut se prévaloir de son

⁵⁰ V. par ex., S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Paris, LGDJ, coll. « Exégèses », 2014, spéc. p. 41.

⁵¹ En ce sens, v. J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », *D.* 1949. 30.

⁵² J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, t. 1, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p. 136.

⁵³ P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.* 1956. 1.

⁵⁴ J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale au droit civil. Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 2018, 5^{ème} édition, p. 170.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 171.

origine ou de sa religion pour s'exonérer de la règle commune »⁵⁶. Ce rappel de la prééminence des lois de la République sera renforcé, au besoin, par de nouvelles sanctions pénales⁵⁷.

Ces manifestations négatives de la laïcité en droit privé, le doyen Carbonnier avait tâché d'en dresser le bilan, pour conclure qu'en droit privé, le législateur avait « laïcisé par le silence »⁵⁸. La religion, dit-il, y est traitée par prétériorité⁵⁹, et si le Code civil est un code laïque, « il l'est dans un certain style, un style de discrétion, ce qui ne devrait pas être sans conséquence. »⁶⁰.

La première des conséquences, en ce qui nous concerne, réside dans la difficulté à faire parler ces silences⁶¹. Elle sera surmontée en interrogeant le droit comparé : les solutions données, à l'étranger, aux mêmes problèmes que ceux qui se posent en France, peuvent, par comparaison, fournir les premiers éléments d'une analyse.

6. L'horizontalisation des droits fondamentaux. Quels sont ces problèmes ? La montée en puissance des droits fondamentaux, et avec eux, de la liberté religieuse, fournit une matière première assez dense, tout en posant le problème simplement. À l'origine, les droits fondamentaux étaient conçus comme une obligation négative pesant sur les États, par laquelle ceux-ci devaient s'abstenir de légiférer en violation directe des droits fondamentaux. Le mouvement d'« horizontalisation » des droits fondamentaux a sensiblement alourdi l'obligation qui pèse sur les États, en élargissant l'abstention de naguère à une obligation positive. Désormais, les

⁵⁶ Proposition de L. constitutionnelle n° 46 du 14 oct. 2020, visant à garantir la prééminence des lois de la République, faisant suite à la proposition de L. constitutionnelle n° 293 du 3 févr. 2020. Remarquons toutefois qu'une telle proposition de loi ne changerait rien au droit existant : Cons. const., 19 nov. 2004, déc. n° 2004-505 DC, § 16 : « Considérant, en deuxième lieu, que, conformément au paragraphe 4 de l'article II-112 du traité, dans la mesure où la Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, "ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions" ; que sont dès lors respectés les articles 1^{er} à 3 de la Constitution qui s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance ».

⁵⁷ Projet de loi confortant les principes républicains, 16 nov. 2020, NOR : INTX2030083L/ROSE-1, art. 4, proposant de créer un art. 433-3-1 dans le C. pén. : « Est puni de cinq ans d'emprisonnement de 75 000 euros d'amende le fait d'user de menaces, de violences ou de commettre tout autre acte d'intimidation à l'égard d'un agent public ou de toute autre personne chargée d'une mission de service public, afin de bénéficier d'une exemption totale ou partielle ou d'une application différenciée des règles qui régissent le fonctionnement dudit service pour des motifs tirés des convictions ou des croyances religieuses. »

⁵⁸ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 19, p. 46.

⁵⁹ J. CARBONNIER, « La sécularisation du droit civil par le Code civil des Français », in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1384. En effet, ajoute-t-il, « le mot ne s'y rencontre pas, non plus qu'aucun des mots apparentés, si l'on met à part une allusion fugitive, dans l'article 909, dernier alinéa, au ministre du culte, placé dans la même ligne de suspicion que le médecin, quand il faut protéger les familles contre les captations d'héritage. »

⁶⁰ J. CARBONNIER, *ibid.*, p. 1385-1386.

⁶¹ Faisant état de ces difficultés, v. A. GOUËZEL, « Laïcité et droit civil », *Justice & Cassation*, dossier « Laïcité », Paris, Dalloz, 2019, p. 121.

droits fondamentaux doivent être respectés, même dans les relations de droit privé⁶². Qu'une disposition du droit étatique permette la violation d'un droit fondamental, et l'atteinte sera juridiquement constituée, quand bien même l'action de l'État serait très lointaine, se bornant généralement à avoir produit le droit — en l'occurrence, le droit privé — à la faveur duquel la violation a été commise. En un mot, l'horizontalisation des droits fondamentaux s'analyse en une « extension de l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports interindividuels »⁶³.

Ce changement de perspective a eu pour conséquence que les plaideurs sont de plus en plus nombreux à demander judiciairement le respect de leur liberté religieuse. Un des exemples les plus célèbres fut donné, en jurisprudence, par l'affaire dite « des digicodes »⁶⁴, dans laquelle le locataire d'un immeuble à usage d'habitation avait agi contre le bailleur, qui avait installé, à l'entrée commune, une serrure électrique. Étant de confession juive, il entendait respecter la prescription qui prohibe l'usage de l'électricité le jour de shabbat. L'installation de ce « digicode » produisait un conflit entre deux prescriptions : celle de sortir de chez lui pour se rendre à son culte, et celle de respecter la disposition relative à l'électricité. Sa prétention, fondée sur son droit fondamental de liberté religieuse, visait donc à exiger l'enlèvement de cette serrure électrique.

Cette affaire est loin d'être un cas isolé : le contentieux des juridictions judiciaires regorge de prétentions analogues, par lesquelles de simples particuliers réclament le respect de leur liberté religieuse dans leurs relations de droit privé — qui à son employeur, qui à son ex-épouse, qui à ses copropriétaires ou à une agence de voyage. Se fondant généralement sur des instruments internationaux, comme l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁵, ils se

⁶² Cour EDH, 3^{ème} sect., 12 juin 2003, req. n° 35968/97, *van Kück c/ Allemagne* ; J.-P. MARGUENAUD, « Transsexualisme : droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme dans les relations contractuelles », *RTD civ.* 2004. 361. V. également E. RIPOCHE, *La liberté et l'ordre public contractuels à l'épreuve des droits fondamentaux* (th. dactyl.), 2019.

⁶³ L. MILANO, F. SUDRE, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 14^{ème} éd., 2019, spéc. n° 164, p. 254, citant J.-P. MARGUENAUD (dir.), *CEDH et droit privé*, Paris, La Documentation française, 2001, p. 77.

⁶⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *GADLF*, 2019, 2^{ème} éd., n° 68, p. 580, comm. P. DEUMIER ; *RJPF* avr. 2003, n° 4, p. 9, note GARAUD ; J. MESTRE et B. FAGES, « Les pratiques dictées par les convictions religieuses », *RTD civ.* 2003. 290 ; J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, « Digicode, liberté de religion et effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ.* 2003. 383 ; R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD civ.* 2003. 575 ; A. MARAIS, « Liberté religieuse et bail » *RDC* 2003. 220 ; J. ROCHFELD, « Contrat et Convention européenne des droits de l'homme », *RDC* 2004. 231 ; G. LARDEUX, « Liberté contractuelle du bailleur et liberté fondamentale du preneur », *RDC* 2004. 348 ; *AJDI* 2003. 182, obs. O. GUERIN et Y. ROUQUET.

⁶⁵ Conv. EDH, art. 9 : « 1. 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 individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

plaignent en substance de ce que le droit privé applicable ne permette pas de respecter les prescriptions religieuses auxquelles leur foi leur commande de se soumettre. Parfois, l'argument du droit fondamental trouve du renfort dans la nationalité étrangère du plaideur, et du statut personnel religieux auquel il est soumis. De la sorte, le juge judiciaire se trouve confronté à une demande tendant à réclamer l'application, dans la relation de droit privé, de normes qui sont inconnues du droit français⁶⁶.

7. Délimitation matérielle de la réflexion. Notre étude se concentrera donc sur les points de contact, dans les relations de droit privé, entre le droit privé officiellement applicable, qui est le droit français, et les prescriptions religieuses. Ces dernières seront prises dans leur sens le plus vaste, quelle que soit leur nature — pratiques, même minoritaires, prescriptions, normes positives — et quelle que soit leur source — conscience individuelle, coutume, code religieux officiel ou droit confessionnel étranger.

Cette double précision implique certaines exclusions. Par exemple, la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public⁶⁷, prohibe une pratique, le port du voile intégral⁶⁸, qui pourrait entrer dans notre conception des normes religieuses⁶⁹. Certes, qualifier cette coutume de « prescription religieuse » a suscité d'intenses débats⁷⁰, dans lesquels nous n'entrerons pas : d'une manière générale, nous retiendrons que dès lors que celui qui se prévaut de sa religion pour justifier une pratique, celle-ci sera considérée, dans le champ de l'étude, comme une prescription religieuse — fût-elle minoritaire, contestée par les coreligionnaires ou *contra legem*. Toutefois, les deux infractions créées par la loi précitée⁷¹ se situent en-dehors de tout rapport de

⁶⁶ Ce résultat de la liberté religieuse — la prétention à soumettre une partie de sa relation privée à des règles religieuses — fut parfois appelée le « second sens » de la liberté religieuse. En ce sens, I. AUGSBERG et S. KORIOTH, « The Interplay Between State Law and Religious Law in Germany », in *Religious Rules, State Law and Normative Pluralism. A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI, S. FERRARI), Springer, 2016, p. 175, spéc. p. 183.

⁶⁷ L. n° 2010-1192 du 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

⁶⁸ Comp. A. GERIN et E. RAOULT, Rapport d'information sur la pratique du voile intégral sur le territoire national, n° 2262, 26 janv. 2010 ; Conseil d'État, Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, 25 mars 2010.

⁶⁹ Dans le même sens, v. par ex. L. MILANO, F. SUDRE, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 14^{ème} éd., 2019, n° 140, p. 214.

⁷⁰ V. Rapport d'information sur la pratique du voile intégral sur le territoire national, préc.

⁷¹ Contravention de deuxième classe : L. préc., art. 1 et 3 et circ. du 11 mars 2011 NOR : JUSD1107187C ; et délit : C. pén., art. 225-4-10. Sur l'élaboration de la loi, v. par ex. D. DE BECHILLON, « Voile intégral : éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux », *RFDA* 2010. 467 ; O. CAYLA, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires », *D.* 2011. 1166 ; F. DESPREZ, « Brèves remarques sur l'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public », *Gaz. Pal.* 2 sept. 2010. 7 ; F. DIEU, « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *JCP A* 2010. 2355 ; « La dissimulation du visage : la confirmation d'une interdiction de large portée. À propos des circulaires du 2 mars et du 31 mars 2011 », *JCP A* 2011. 2144, n° 31 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI et X. PHILIPPE, « Le Conseil constitutionnel face à la loi anti-burqa : entre garantie des droits fondamentaux, sauvegarde de l'ordre public et stratégie politique », *RFD const.* 2011. 548 ; J.-P. FELDMANN, « Burqa : une loi dangereuse et inutile », *D.* 2010. 387 ; R. HANICOTTE,

droit privé : elles ont trait aux libertés publiques, non au droit privé. N'entrant pas dans le champ du droit privé, la loi visée sera en conséquence exclue de l'étude.

Précisons, en outre, que nous nous limiterons à l'hypothèse où un conflit émerge entre le contenu du droit privé officiellement applicable et les prescriptions religieuses. Seront donc également écartés de la recherche tous les litiges dans lesquels une coloration religieuse s'aperçoit, sans engendrer de conflit. Ainsi, par exemple, la commercialisation de produits manufacturés par des congrégations religieuses — liqueur « Chartreuse », bonbons, onguents — n'implique aucun conflit normatif : le droit étatique des affaires est suffisant pour protéger les intérêts commerciaux de la congrégation ; l'application de la coutume cartusienne par un juge étatique n'est pas nécessaire⁷². La présence d'une « partie religieuse » à la relation de droit privé ne permet pas, *a priori*, de « tester » la particularité du traitement que lui donnera le juge français : le point de contact entre droit privé et religion est trop secondaire. Un autre exemple d'exclusion peut être trouvé dans la célèbre jurisprudence *Jojema*⁷³. Dans cette affaire, l'adepte d'une secte avait obtenu la nullité de la donation qu'il avait consentie à son groupe religieux, parce que son consentement avait été extorqué par la violence. Le facteur religieux n'a derechef rien de spécifique : le simple fait d'être l'adepte d'un groupe religieux marginal ne permet pas de présumer l'état de sujétion psychologique — pas plus qu'il ne constitue, *per se*, une cause d'incapacité⁷⁴. Comme dans toute autre circonstance, le demandeur a dû prouver que son consentement n'avait pas été libre. Là encore, la dimension religieuse est secondaire, et peut être vue comme un fait quelconque. En réalité, le droit privé français ne révélera pleinement sa particularité que lorsqu'un conflit internormatif éclatera dans

« Visage caché, œil policier... La dissimulation du visage au regard de l'ordre public », *AJDA* 2010. 417 ; « Belpégor ou le fantôme du Palais Royal. L'avis du Conseil d'État sur le voile intégral », *JCP A* 2010. 2142 ; M. LACAZE, « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public : incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », *Dr. pén.* 2012, ét. 5 ; A. LEVADE, « Le refus de la République. Prologue d'un débat national ? », *JCP G* 2010. 142 ; « Voile intégral : consensus sur une résolution parlementaire », *JCP G* 2010. 551 ; « Épilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée ! », *JCP G* 2010. 1043 ; J.-P. MARGUENAUD, « La liberté de porter des vêtements religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *D.* 2010. 682 ; B. MATHIEU, « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur le voile intégral. La reconnaissance implicite d'un ordre public immatériel », *JCP G* 2010. 1018 ; J.-M. PASTOR, « Voile intégral : le refus de la République », *AJDA* 2010. 124 ; F. ROME, « La "burqattitude" », *D.* 2009. 1585 ; « L'Europe, le voile et les valeurs », *D.* 2010. 561 ; M. VERPEAUX, « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre liberté et un nouvel ordre public », *AJDA* 2010. 2373.

⁷² Sur la commercialisation de la liqueur « Chartreuse » et le contentieux de nature purement commerciale qu'elle suppose, v. J. COUARD, *L'entreprise congréganiste en droit des affaires* (préf. Ph. LE TOURNEAU), Paris, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », 2010, n° 497, p. 343 et s.

⁷³ Cass. civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, n° 96-18.309, Ch. WILLMANN, « Violence, contrat et religion », *D.* 2000. 76.

⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 2 oct. 2001, n° 00-15.577 : cassation d'un jugement du TI de Nantes du 30 avr. 1998 au visa des articles 490 et 508 du Code civil, au motif qu'il résulte de ce texte que l'altération des facultés mentales justifiant la mise sous curatelle doit être causée par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge. Le jugement attaqué avait retenu que, sans souffrir de maladie, l'intéressée présentait une altération de ses facultés personnelles médicalement constatée, qu'elle était membre d'une secte et donnait tous ses revenus à la secte ; ses parents avaient essayé de la mettre sous curatelle.

toute sa force, opposant franchement les dispositions du droit étatique à la prescription religieuse dont une partie se prévaut.

8. Les conflits internormatifs. Notre hypothèse de travail, le conflit internormatif, consiste donc dans « la collision de deux ordres juridiques »⁷⁵, en l'occurrence, l'ordre étatique laïc et l'ordre religieux. Bien que le doyen Carbonnier ait rattaché ce genre de conflit à la psychologie sociale plutôt qu'au droit⁷⁶, ils doivent désormais, avec la montée en puissance des droits fondamentaux, être vus comme d'authentiques conflits de droits⁷⁷. Toute religion, pourvu qu'elle possède un corpus normatif dont le contenu est susceptible d'entrer en conflit avec le droit français, sera donc examinée. La sélection parmi les religions se fera d'elle-même : seuls seront examinés les conflits qui auront été portés devant les tribunaux. Or, les trois grands monothéismes — le judaïsme, le christianisme et l'islam — se partagent l'essentiel du contentieux, laissant dans l'ombre le traitement qu'auraient reçu les demandes émanant des adeptes de sectes *new age* et des autres religions, comme le bouddhisme, le shintoïsme ou l'hindouisme. Dans ce contentieux riche, une particularité française se dessinera peut-être, par comparaison avec les solutions étrangères.

9. Le droit comparé, révélateur du droit français. Cette matière a déjà suscité de nombreux commentaires, certainement en raison de son abondance et peut-être à cause de « la perplexité toute particulière que nous éprouvons devant le phénomène religieux. »⁷⁸. Du reste, s'il s'est trouvé un grand nombre de commentateurs français pour déclarer sobrement que le droit privé français accueillait paisiblement le fait religieux⁷⁹, tel n'est pas exactement le bilan des études

⁷⁵ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 20.

⁷⁶ J. CARBONNIER, « Les phénomènes d'internormativité », in *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 2^{ème} éd., 1995, p. 287, spéc. p. 291. V. cep., du même auteur, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 20 : « Tels sont, très typiquement, les conflits d'un droit laïc avec un droit religieux. On connaît le problème étudié, en droit et en théologie, sous la rubrique de l'objection de conscience. En sociologie, le phénomène peut être analysé comme un phénomène de pluralisme juridique. Tout au moins, lorsque, d'après la théologie compétente pour le qualifier, l'impératif religieux doit être considéré comme ayant une valeur juridique, comme étant pour de vrai une règle de conduite sociale autoritairement sanctionnée. L'objection de conscience ainsi entendue est la collision de deux ordres juridiques dans la conscience individuelle. »

⁷⁷ À notre connaissance, le premier à avoir explicitement formulé le problème en terme de conflit internormatif a été D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille* (préf. F. TERRE), Paris, LGDJ, 2000, n° 618.

⁷⁸ P. MANENT, *Situation de la France*, Paris, Desclée de Brouwer, 2015, p. 17. Soulignons que l'usage du terme « perplexité » a tous les traits d'un euphémisme. Le législateur français semble faire de la religion un tabou, frisant parfois le ridicule : en témoigne la suppression de l'adverbe « religieusement » du serment des magistrats, par la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature. Désormais, les magistrats et auditeurs de justice ne s'engagent plus qu'à « garder le secret des délibérations » (Ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958, art. 6 et 20). Sur cette suppression, v. N. DISSAUX, « Religion, où es-tu ? », *D.* 2017. 345.

⁷⁹ Certains auteurs parlent d'une simple « prise en considération » du fait religieux : P. COULOMBEL, « Le droit privé devant le fait religieux », *RTD cin.* 1956, p. 1 et s. D'autres affirment que le fait religieux est « intégré » à la vie juridique française : M. PENDU, *Le fait religieux en droit privé* (préf. P. KERNALEGUEN), Defrénois, coll. « Doctorat et notariat », 2008, n° 29 et s., p. 21 et s. ; ou qu'il prend la place d'un « fait social parmi d'autres » : C. DUVERT, « Droit et religion(s) :

menées par les chercheurs étrangers. Ces derniers concluent généralement leurs études en faisant part d'une intuition : si, en droit britannique, américain ou canadien par exemple, les prescriptions religieuses sont plus facilement accueillies par le juge qu'elles ne le sont en France, c'est probablement parce que les raisonnements respectifs des juges français ou étrangers sont sous-tendus par des valeurs différentes⁸⁰. Et, s'interrogeant sur les valeurs qui diffèrent tant, du Québec à la France, un comparatiste décèle ici « les valeurs proclamées dans les chartes canadiennes et québécoises »⁸¹, le multiculturalisme, et là, « l'expression de la souveraineté de la majorité qui impose aux minorités de s'adapter aux valeurs de la République laïque »⁸². Que la laïcité s'aperçoive en filigrane dans les décisions de droit privé n'aurait rien d'étonnant, étant donné qu'en France, le recours au juge, davantage « organe de l'État » qu'arbitre des litiges⁸³, transforme même les rapports entre particuliers en une « relation mixte droit privé et droit public »⁸⁴. En tout état de cause, on n'aurait pu trouver meilleure invite à approfondir l'enseignement du droit comparé.

10. Problématique. Au-delà d'une comparaison ponctuelle du droit privé français avec un autre ordre juridique donné, comme l'étude franco-québécoise précitée, il convient de se demander s'il est possible de placer le système français dans un tableau plus global. Certains auteurs, ayant fait une étude générale de la gestion du fait religieux par différents États, ont observé que

genèse et devenir d'un rapport méconnu », *RRJ* 1996-3, p. 737, spéc. p. 763. Dans le même sens, v. J. CARBONNIER, *D.* 1960, jur. 673, note sous *CA Paris*, 30 avril 1959 ; L. DE NAUROIS, « Aux confins du droit privé et du droit public, la liberté religieuse », *RTD civ.* 1962. 241 ; Ch. ATIAS, « Les convictions religieuses dans la jurisprudence en matière de divorce », *JCP G* 1984. I. 3151, n°7-14 ; B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Droit et religion en France », *RIDC* 1998. 335, spéc. p. 366 ; et particulièrement, R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD civ.* 2003. 575. Ayant une vision un peu plus critique cependant, Y. ALHALEL-ESNAULT, *Les problèmes religieux de la famille en droit privé français* (th. dactyl.), 1975. Également, v. L. VARAINE, *La religion du cocontractant* (préf. J.-B. SEUBE), Paris, LGDJ, 2019 ; C. DELMAS, *L'appréhension des convictions religieuses par les juges judiciaires* (th. dactyl.), 2019 ; J. FLAUSS-DIEM, « Le droit privé est-il laïc ? », in *De Georges Clémenceau à Jacques Chirac, l'état et la pratique de la loi de Séparation* (dir. R. VANDENBUSSCHE), Publications de l'Institut de recherches historiques du Septentrion, 2008, spéc. n° 10, p. 194-215.

⁸⁰ Par exemple, comparant la liberté religieuse dans les relations privées entre la France, d'une part, et le Royaume-Uni et les États-Unis, d'autre part, v. B. S. TURNER, « Legal Pluralism : Freedom of Religion, Exemptions and the Equality of Citizens », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 61 et s., spéc. p. 71. V. également, côté Canada, le « Rapport Boyd », rendu au sujet de l'opportunité des tribunaux arbitraux religieux, *Dispute Resolution. Protecting Choice, Promoting Inclusion*, 20 déc. 2004, p. 82.

⁸¹ Et sur la comparaison franco-québécoise, Ch. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, (préf. L. AYNES et P. GLENN), Cowansville, Bruylant/ Yvon Blais, 2007, n° 824, p. 541, n° 962, p. 622, n° 963, p. 622 et 623.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Sur la différence de l'office du juge, entre le juge français et allemand, d'une part, et le juge de *common law*, v. O. BEAUD, « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande », in *La volonté générale, Jus Politicum*, n° 10, 2014.

⁸⁴ *Ibid.*

selon le modèle constitutionnel adopté, il pouvait résulter des conséquences distinctes sur la liberté religieuse (cf. schéma 1).

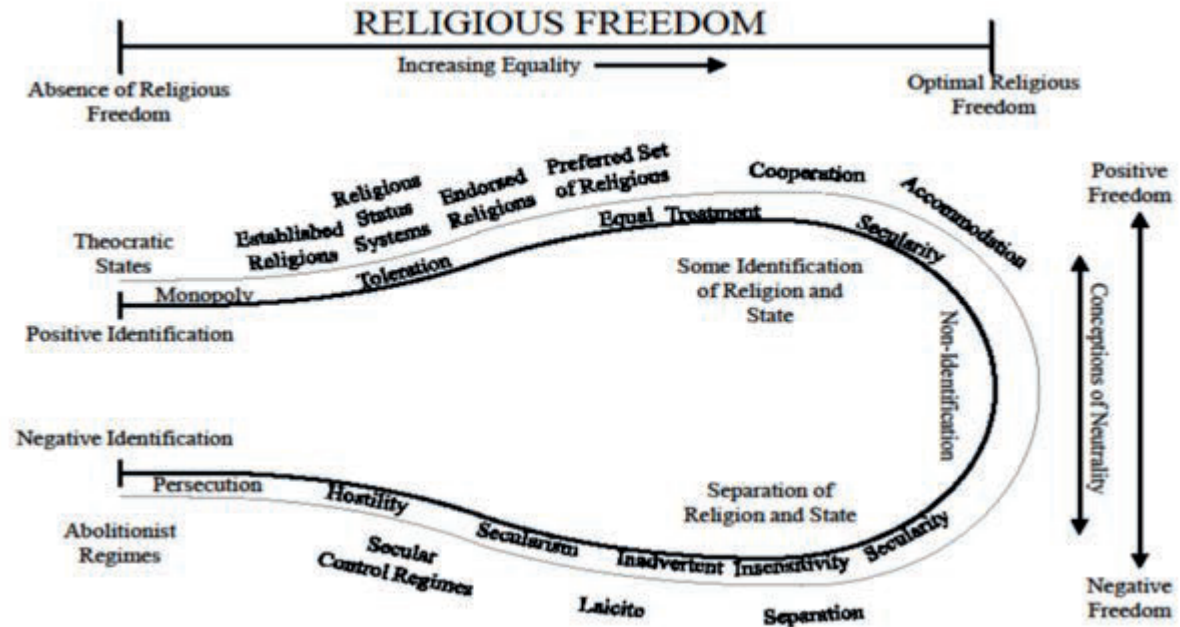


Schéma 1⁸⁵

Qu'on nous permette d'expliquer brièvement les différents axes de cette figure. L'axe horizontal représente les degrés de liberté religieuse, de l'intolérance à la liberté la plus totale. L'axe vertical représente l'identité religieuse de l'État : au plus bas figurent les régimes dits « abolitionnistes », c'est-à-dire pratiquant l'athéisme militant ; au plus haut figurent les États théocratiques, promouvant une foi officielle. Ces deux axes, celui de la liberté reconnue aux individus (horizontal) et celui de l'identité religieuse de l'État (vertical), se combinent. De leur combinaison résulte cette figure en lacet, où un État idéalement abolitionniste offrirait le même degré de liberté individuelle qu'un État idéalement théocratique — c'est-à-dire aucun. En ce qui concerne le degré de liberté reconnu aux individus dans un système constitutionnel de laïcité, le moins qu'on puisse dire est qu'il n'offre pas le maximum de liberté, contrairement aux systèmes des « accommodements » ou de « coopération », que pratiquent, par exemple, le Royaume-Uni, le Canada et les États-Unis d'Amérique.

⁸⁵ J. MARTINEZ-TORRON et W. C. DURHAM, Jr. (dir.), *Religion and the Secular State : National Reports / La religion et l'État laïque : rapports nationaux*, « Rapport général », 18^{ème} congrès international de droit comparé (25 – 31 juill. 2010), Provo, International Center for Law and Religion Studies, Brigham Young University, 2010, p. 1 et s., spéc. p. 9.

Bien qu'il soit, à notre sens, très instructif, ce schéma relève d'une intuition de comparatiste, et ne permet pas de mesurer exactement le degré d'ouverture ou de fermeture de l'ordre juridique français aux prescriptions religieuses individuelles. Existe-t-il un moyen de vérifier quantitativement si l'ordre juridique français est plus restrictif que d'autres dans l'accueil des prescriptions religieuses ? Pour le savoir, une unité de comparaison, capable d'évaluer le degré d'ouverture ou de fermeture, serait l'outil idéal. Pour rechercher cette unité, une explication de la méthode est nécessaire.

II. La méthode

11. La recherche d'une unité de comparaison. Les études consacrées aux points de contact entre droit privé et religion se bornent généralement à constater qu'en France, la religion est seulement « prise en considération »⁸⁶. Elle serait intégrée au syllogisme judiciaire en n'y prenant que la place du fait⁸⁷, contrairement à d'autres pays, où elle aurait la dignité d'une règle de droit⁸⁸. Cette place de « fait » contraste avec le caractère juridique des prétentions : de toute évidence, il est demandé au juge de trancher un conflit internormatif. Or, le phénomène d'internormativité est un phénomène connu, et pour lequel la doctrine a produit une notion d'une grande utilité : la *relevance*.

Développée par le constitutionnaliste italien Santi Romano⁸⁹, la notion de *relevance* sert à concevoir les points de contact entre différents ordres juridiques. Toutefois, pour que ce concept romanien puisse être appliqué aux interférences entre la norme religieuse et la norme étatique, il est préalablement nécessaire de montrer que les prescriptions religieuses sont des règles de droit issues d'un ordre juridique à part entière, l'ordre juridique religieux (**A**). La dimension normative des règles religieuses étant acquise, il sera possible d'interpréter les prétentions religieuses des parties à une relation de droit privé au travers du prisme des conflits internormatifs, et de leur appliquer le concept de *relevance*. La démarche peut sembler théorique, mais elle correspond à une réalité concrète du contentieux. Ainsi, un fait ne parvient à se frayer un chemin dans le raisonnement du juge qu'au moyen d'une règle de droit étatique, la « majeure » du syllogisme. Le fait religieux n'échappe pas à la règle, et à défaut de règle d'introduction, il sera déclaré « irrelevant ». Cette règle de droit introduisant la norme religieuse, nous l'appellerons « norme de *relevance* ». L'utilisation d'une norme de *relevance* n'est pas une particularité française : les ordres juridiques

⁸⁶ Cf. les références citées *supra*, n° 9.

⁸⁷ Ch. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, (préf. L. AYNES et P. GLENN), Cowansville, Bruylant/ Yvon Blais, 2007, n° 667 et s., p. 444 et s.

⁸⁸ *Ibid.*, n° 701 et s., p. 468 et s.

⁸⁹ S. ROMANO, *L'ordre juridique* (présentation P. MAYER, introduction Ph. FRANCESCOAKIS), rééd., Paris, Dalloz, 2002.

étatiques ayant dans l'ensemble un droit formel, c'est par une règle de leur propre droit, une *norme de relevance*, que les prescriptions religieuses prennent une place dans le droit applicable. La norme de relevance constituera cette « unité de comparaison ». Lorsque la ou les normes de relevance de chaque État sera identifiée, et son fonctionnement analysé, il sera possible de procéder à la comparaison, et d'évaluer l'accueil que réserve l'ordre juridique français aux prescriptions religieuses (B).

A. L'interférence de la règle religieuse dans les relations de droit privé étatique

12. La qualification de droit religieux. Si l'on considère que le droit est constitué d'une collection de règles, qui se caractérisent elles-mêmes notamment par une structure déterminée, une source et des destinataires⁹⁰, les prescriptions religieuses sont certainement une déclinaison du genre « juridique »⁹¹. L'existence du droit religieux n'est d'ailleurs guère mise en doute⁹². En principe, la règle de droit se caractérise par son caractère hypothétique, « qui procède de ce que la règle relie des conditions d'application à un effet juridique »⁹³. Dans la conception moderne, une règle de droit est donc faite d'un présupposé et de l'imputation d'une conséquence. Certes, il y aurait beaucoup à dire sur la structure de la règle de droit religieux : de nombreuses règles du droit hébraïque ne se présentent pas sous la forme d'un présupposé et d'une imputation claire⁹⁴. M. Rémi Brague mentionne ainsi « un certain nombre de commandements [...] pour ainsi dire évidents, au point qu'il n'y a pas à la limite à les formuler », et « d'autres [qui] ne sont pas clairs, pour ne pas dire bizarres, car on n'en voit pas la raison. »⁹⁵. En dépit de ces divergences avec la structure contemporaine de la règle de droit, les règles hébraïques ont été collectées dans un ensemble qui porte le nom de *halakha*, et dont le recueil le plus célèbre est le *Schulchan Arouch*, constitué par Joseph Karo au XVI^{ème} siècle⁹⁶. Le recueil a tous les traits d'un code de lois, dont la

⁹⁰ Ph. JESTAZ, *Le droit*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2012, 7^{ème} éd., p. 16 et s.

⁹¹ En faveur d'une telle « juridicisation », v. R. MICHAELS, « Religiöse Rechte und postsäkuläre Rechtsvergleichung », in *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung* (Hrsg. R. ZIMMERMANN), Heidelberg, Mohr Siebeck, 2016, t. CXIII, p. 43.

⁹² V. R. BRAGUE, *La loi de Dieu. Histoire philosophique d'une alliance*, Mesnil-sur-l'Estrée, Gallimard, coll. « L'esprit dans la cité », 2005.

⁹³ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, Paris, LGDJ, 2013, n° 217, p. 288. Sur la structure de la règle de droit, v. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* (préf. P. ROUBIER), Paris, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 2002, n° 16, p. 18 : « Le Droit est utilitaire ; la possibilité de sanction est une de ses caractéristiques ; du moment qu'un acte n'a pas de conséquence pratique, il n'intéresse point le Droit. Dès lors, la règle de Droit n'est complète et ne mérite ce nom que si elle rattache un effet à une conduite [...] Il n'y a, nous semble-t-il, qu'une seule formule qui soit apte à définir la structure de la règle de droit : c'est celle de Stammler, qui distingue la "présupposition" (*Voraussetzung*) de "l'effet juridique" (*Rechtsfolge*). »

⁹⁴ R. BRAGUE, *op. cit.*, p. 80-81.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 81. Comp., sur une réflexion du droit présent dans la Bible, Ph. MALAURIE, « La Bible et le droit », *RTD civ.* 2000. 525.

⁹⁶ De l'hébreu שולחן ערוך, « une table est dressée ». La translittération peut varier : *Choulban Aroukh. Choulb'ane Arouch...* Joseph KARO (1488-1575) est un des plus importants talmudistes, kabbalistes et législateurs du judaïsme.

division en quatre parties obéit à un souci de rationalité et d'accessibilité du droit. La première partie est réservée aux prières, à la synagogue et aux fêtes religieuses ; la deuxième est consacrée en particulier aux règles de la *cherout*⁹⁷ ; la troisième a trait au droit de la famille, et la quatrième, aux obligations pécuniaires et à l'organisation judiciaire.

Des observations similaires peuvent être faites au sujet du droit canonique, si ce n'est que la réserve tenant à la structure de la règle doit être écartée. Le Code de droit canonique ayant été modernisé en 1983, la structure de la règle de droit canonique a tout d'une règle de droit contemporaine : elle possède un présupposé — l'énoncé d'une hypothèse — et une imputation — la conséquence⁹⁸.

Enfin, l'existence du droit musulman ne semble guère devoir être remise en question. Certes, de nombreux auteurs considèrent que le droit musulman n'existe pas « à l'état pur », qu'il serait plus exact de dire que certains droits étatiques sont d'inspiration musulmane⁹⁹. Il y aurait donc autant de droits musulmans que de droits étatiques puisant leur inspiration dans les préceptes du Coran et de la *sunna* du Prophète. Nous n'entendons pas contester cette fine lecture, dont l'objet principal est, semble-t-il, de lutter contre une tendance « essentialiste » dans la compréhension de l'islam. Le présent propos est plus modeste : il s'agit seulement de soutenir que si certains États s'inspirent du droit musulman, c'est qu'il existe, quelque part, un corpus juridique de droit musulman qui sert de référence¹⁰⁰, qui est constitué de règles précises, régissant les domaines les plus variés de la vie en société¹⁰¹. Ce que les États font de ce corpus est *a priori* sans conséquence sur son existence.

⁹⁷ Elle comprend aussi les règles relatives à la menstruation de la femme mariée, ainsi que celles qui ont trait à la conversion religieuse.

⁹⁸ Par ex., le canon 1142 dispose : « Le mariage non consommé entre des baptisés ou entre une partie baptisée et une partie non baptisée peut être dissous par le Pontife Romain pour une juste cause, à la demande des deux parties ou d'une seule, même contre le gré de l'autre. » On reconnaît le présupposé, l'hypothèse d'un mariage non consommé entre baptisés ou entre un baptisé et un non-baptisé, et la conséquence, la dissolution du mariage.

⁹⁹ Par ex., B. DUPRET et L. BUSKENS, « De l'invention du droit musulman à la pratique contemporaine », in *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique* (dir. B. DUPRET), Paris, La Découverte, coll. « Recherches », 2012, p. 9, spéc. p. 16.

¹⁰⁰ Par ex., v. W. HALLAQ, *Shari'a : Theory, Practice and Transformation*, Cambridge University Press, 2009.

¹⁰¹ Et parfois, les plus humbles, ce qui a suscité des commentaires amusés : v. par ex., R. BRAGUE, *La loi de Dieu. Histoire philosophique d'une alliance*, Mesnil-sur-l'Estrée, Gallimard, coll. « L'esprit dans la cité », 2005, p. 131 : « Ces catalogues prévoient certes une catégorie d'actes indifférents — comme se tourner les pouces ou se gratter la barbe. Mais, en principe, rien n'est jamais totalement indifférent. De larges domaines de la vie quotidienne sont soumis à des règles [...] Au Moyen-Âge, al-Ghazali interdit aux enfants certains jeux. Et, de nos jours, l'ultime déclaration officielle du dernier rabbin de Loubavitch fut pour bannir des berceaux les peluches représentant des animaux non-conformes aux prescriptions rituelles du judaïsme. Et cela va jusqu'aux activités les plus humbles. Les gestes de la prière peuvent-ils être accomplis aux latrines ? Maïmonide s'interroge sur le moment où, si l'on a gardé les phylactères par inadvertance en y entrant, il faut cesser d'émettre pour les ôter [...] Quant à Joseph Caro, le grand codificateur du XVIème siècle,

Enfin, soulignons qu'un des éléments caractéristiques de la règle de droit, la sanction¹⁰², ne fait pas défaut dans les règles religieuses. Pour ne citer que les sanctions les plus célèbres des grands monothéismes, mentionnons le canon 1311, qui affirme que « l'Église a le droit inné et propre de contraindre par des sanctions pénales les fidèles délinquants ». Le droit hébraïque n'est pas en reste, puisqu'il frappe d'ostracisme les fidèles qui contreviennent aux règles de la *cachérouth*¹⁰³. Quant au droit musulman classique, il est inutile de s'appesantir sur ses sanctions pénales, qui sont probablement à l'origine de sa très grande exposition médiatique¹⁰⁴.

13. La qualification d'ordre juridique religieux. Pour appliquer le concept romanien de *relevanță* aux interférences entre la règle religieuse et le droit privé étatique, il faut encore démontrer que la règle religieuse soit l'émanation d'un authentique ordre juridique. Or, il y a loin entre un agrégat de normes et un ordre juridique, et rien ne dit que, du simple fait que les communautés religieuses produisent du droit, elles seraient des ordres juridiques. Ce point, d'ailleurs, ne fait pas l'unanimité¹⁰⁵. Si les auteurs reconnaissent généralement la qualité d'ordre juridique à l'Église catholique, ils sont partagés sur la question de savoir si les autres communautés religieuses doivent recevoir cette qualification¹⁰⁶. On s'interrogera donc sur les éléments constitutifs d'un ordre juridique, pour déterminer si des ordres juridiques peuvent être rattachés au judaïsme et à l'islam.

Nombreux sont les auteurs qui ont tâché d'identifier ces éléments constitutifs¹⁰⁷. Nous nous référerons à l'étude contemporaine de M. Rémy Libchaber, pour qui un ordre juridique est nécessairement composé de quatre éléments : des sujets de droit, une charte organisatrice, une instance d'apaisement des conflits ainsi qu'une instance de commandement¹⁰⁸.

[...] « il prêche l'amour de Dieu, enseigne comment nouer ses lacets, et quelles fautes d'orthographe invalident un document de divorce ». »

¹⁰² Quoique cet élément caractéristique de la règle de droit fasse l'objet de contestations : en ce sens, R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, Paris, LGDJ, 2013, n° 108 et 109, p. 132 et 133.

¹⁰³ V. par ex., G. KOUBI, « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ? », *JCP* 1987. I. 3292.

¹⁰⁴ Par ex., *La Croix*, 13 juill. 2020, « Le Soudan met fin à la peine de mort pour apostasie ».

¹⁰⁵ En faveur de l'analogie entre communauté religieuse et ordre juridique, v. par ex., S. ROMANO, *op. cit.*, § 29, p. 84 et § 42, p. 139 ; F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI* 1989-I, vol. 213, n° 35 et s., p. 51 et s. ; D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in *Les minorités et leurs droits depuis 1789* (dir. A. FENET et G. SOULIER), L'Harmattan, 1989, p. 111 et s. ; E. FOREY, *État et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, PU Strasbourg, 2007.

¹⁰⁶ V. par ex., R. LIBCHABER, *op. cit.*, n° 192, p. 257.

¹⁰⁷ Comp. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1955, 2^{ème} éd., n° 3, p. 23 et 24.

¹⁰⁸ R. LIBCHABER, *op. cit.*, n° 154, p. 201 et s.

Assurément, ni les sujets de droit ni la charte organisatrice ne font défaut¹⁰⁹ : dans toutes les religions, les fidèles, étant les destinataires des règles religieuses, sont les sujets de droit. La charte organisatrice ne pose pas davantage de problème : pour les religions du livre, elle sera trouvée dans la Bible ou dans le Coran, voire dans des textes plus spécialisés¹¹⁰, et pour toute autre religion, dans les principes fondateurs qui ne manqueront jamais d'exister, au moins sous la forme d'une coutume. Le troisième élément constitutif de l'ordre juridique, les instances d'apaisement des conflits, est également présent, bien qu'on puisse observer une certaine discontinuité dans leur existence et leur activité. Dans le catholicisme, la rote romaine est connue : c'est l'instance qui connaît des appels interjetés des tribunaux ordinaires présidés par les évêques, dont l'essentiel du contentieux se concentre, aujourd'hui, sur les affaires matrimoniales. Dans le protestantisme, la « jurisprudence des consistoires »¹¹¹ appartient désormais à l'histoire européenne ancienne. Leur existence, cependant, indique que les communautés protestantes ont vu la nécessité d'établir des juridictions qui leur soient propres. Dans le judaïsme, les *Beth Din*, en hébreu « maison du jugement », ont des attributions en affaires matrimoniales, auxquelles s'ajoutent des compétences en matière de certification casher. Ils officient en Israël comme en diaspora. Concernant l'islam, il n'y a pas si longtemps que la justice musulmane a été abrogée à Mayotte¹¹² : la compétence attribuée aux cadis concernait toute la matière du statut personnel. La justice musulmane continue d'avoir une existence officielle dans certains pays dits « de statut personnel », comme le Liban, mais dans la plupart des pays méditerranéens de tradition musulmane, les juges sont désormais laïcs, bien qu'ils appliquent, souvent, le droit musulman de leur État. On le voit : l'instance d'apaisement des conflits est loin de faire défaut ; et bien que la justice religieuse semble avoir quelque peu perdu du terrain en droit positif, il suffit, pour le propos, de constater qu'à toute communauté religieuse, des juges religieux peuvent virtuellement être rattachés. À suivre la nomenclature de M. Rémy Libchaber, le troisième élément constitutif d'un ordre juridique est donc bien présent, pour les ordres juridiques religieux.

C'est en réalité le quatrième élément constitutif de l'ordre religieux, l'instance de commandement, qui fait difficulté. Toute désignée dans le souverain pontife pour l'Église

¹⁰⁹ Comp. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Université de Saint Louis, 2002, p. 189.

¹¹⁰ Par ex., le Code de droit canonique de 1983 regroupe, dans le livre II (« le peuple de Dieu »), trois livres qui détaillent l'organisation interne de l'Église catholique.

¹¹¹ Sur l'activité de ces tribunaux dans le Saint Empire romain germanique, cf. *infra*, n° 311.

¹¹² Par l'ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, ratifiée par la loi n° 2010-1487 du 7 déc. 2010. Sur cette question, cf. *infra*, n° 57.

catholique, l'instance de commandement est plus délicate à identifier pour les autres religions. Peut-on sérieusement soutenir que les Églises protestantes, dont l'organigramme est en perpétuelle recomposition¹¹³ selon les pays où elles sont représentées, culminent en une instance unique de commandement, et voir dans le synode national « le véritable gouvernement de l'Église »¹¹⁴ ? L'organisation pyramidale des Églises réformées semble bien plus le résultat d'une exigence du régime français des cultes, que celui d'une doctrine religieuse, dont un des traits caractéristiques semble être la « diversité tant ecclésiologique que culturelle [...], fondamentalement hostile à toute structure monolithique et fortement hiérarchisée »¹¹⁵. Des remarques analogues peuvent être faites au sujet du judaïsme, de l'islam ou de certaines Églises chrétiennes orientales : il est évident que le Grand rabbin de France, président du consistoire central, n'est pas le « pape des juifs » ; de même que le recteur de la Mosquée de Paris n'est pas le commandeur des croyants. Instinctivement, c'est en-dehors des frontières de la France que le regard se porte, pour essayer de se représenter le chef de ces communautés. Pourtant, sorti des cadres structurés exigés par le régime français des cultes, le regard se perd entre les multiples diffractions des courants du judaïsme, de l'islam, ou des chrétiens d'orient. Lequel des courants du judaïsme est-il le « véritable », celui à la tête duquel un chef incontesté serait obéi par toutes les sectes : les massorti ou les haredim ? Les hassidim, les mizrahim ou les mitnagdim ? Plus encore que le judaïsme, l'islam se caractérise par des courants schismatiques réputés pour leurs guerres fratricides : de toute évidence, l'autorité suprême fait défaut, quelle que soit la ramification que l'observateur cherche à examiner.

Certains auteurs, ne désarmant pas, ont entrepris de démontrer que l'*Oumma* musulmane, la communauté des croyants, est un ordre juridique au plein sens du terme parce que, comme tout ordre juridique, elle posséderait, elle aussi, une structure pyramidale¹¹⁶. On remarquera que la pierre angulaire de la démonstration est moins l'existence d'un chef suprême, que l'adhésion sans réserve de tous les croyants aux préceptes reçus et aux avis sollicités auprès des *fuqaha*, ulémas et ayatollahs, qui jouissent d'une autorité effective, parce qu'elle dérive de l'obéissance due, « dans l'ordre, à Dieu, au Prophète, aux Compagnons (Sahâba) et, dans le temps présent, aux docteurs et jurisprudents, les ulémas »¹¹⁷. Or c'est bien, selon nous, le sentiment d'appartenance à une communauté légitime,

¹¹³ En France, la dernière réforme date de 2013, ayant uni l'Église réformée de France et l'Église évangélique luthérienne de France.

¹¹⁴ E. FOREY, *État et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, PU Strasbourg, 2007, p. 12.

¹¹⁵ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, Paris, LexisNexis, 2013, 2^{ème} éd, n° 543, p. 325.

¹¹⁶ Y. BEN ACHOUR, « Islam et laïcité. Propos sur la recomposition d'un système de normativité », *Pouvoirs* n° 62, 1992, p. 15, spéc. p. 20-22.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 20.

et l'obéissance qui en résulte, qui permettent, s'il le faut, de remonter à une instance de commandement, et qui donne à un système la qualification d'ordre juridique¹¹⁸. Ce sentiment de légitimité serait même « au rang des facteurs déterminants »¹¹⁹ qui fait qu'« au sens d'une société donnée, un ordre normatif l'emporte ainsi sur les autres »¹²⁰. On achèvera de se convaincre de ce que les communautés religieuses évoquées doivent être considérées comme des ordres juridiques, par le fait que l'ordre juridique par excellence, l'État, n'est plus lui-même représenté par une pyramide aux arêtes bien nettes. Certains auteurs ont en effet montré qu'il était préférable de lui substituer l'image d'un « rhizome »¹²¹, d'une « polycentricité »¹²², d'une « structuration réticulaire »¹²³ ou d'un « réseau »¹²⁴, parce qu'elle serait plus proche de la réalité de l'ordre juridique étatique¹²⁵.

14. L'existence autonome de l'ordre religieux. Ces brèves réflexions permettent donc de concevoir que les communautés religieuses, lorsqu'elles ont ces caractères, sont des ordres juridiques à part entière. Même lorsqu'une communauté religieuse se fond dans la structure d'un État — auquel cas on dira qu'il s'agit d'un « État confessionnel » — l'ordre étatique et l'ordre religieux sont toujours conceptuellement séparables. C'est ce qui permet à certains États confessionnels de faire évoluer le droit de la confession qu'ils embrassent¹²⁶ ; et c'est aussi ce qui permet aux partis religieux traditionalistes de critiquer ces évolutions comme trahissant la pure

¹¹⁸ Comp. P. MANENT, *Situation de la France*, Paris, Desclée de Brouwer, 2015, p. 60. L'auteur avertit de l'erreur qui serait de persister à refuser de prendre l'*Oumma* au sérieux comme ordre juridique véritable : « Mœurs installées avec la force d'une coutume immémoriale et jamais sérieusement contestée dans son principe, thème déterminant de la conscience de soi collective, visée d'une action immense en cours ou à venir qui ramènera la gloire des commencements, l'islam remplit et rassemble trois dimensions du temps des hommes, donnant à l'*oumma* stabilité, compacité, complétude. Qui ne perçoit pas la force associative de l'islam montre peu d'attention aux besoins de l'homme social. L'hétérogénéité du monde musulman, sa fragmentation, ses divisions ou même ses guerres intestines, n'entament pas cette force associative. Or cet immense corps que nous croyons voué à l'immobilité, ou même à l'étiollement, s'est mis en mouvement. Ce mouvement ne se situe pas dans l'ordre économique, ni dans l'ordre scientifique, et c'est pourquoi nous sommes enclins à le sous-estimer. Il s'agit d'imposer l'islam comme un protagoniste à prendre en compte dans ces épreuves matérielles et spirituelles où se décide le sort du monde. Il s'agit de faire entrer les musulmans dans cette lice d'où ils étaient depuis si longtemps exclus. »

¹¹⁹ S. BOLLEE, « Retour au cap des tempêtes », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 65, spéc. p. 73.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 69.

¹²¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Université de Saint Louis, 2002, p. 50.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Comp. R. LIBCHABER, *op. cit.*, n° 68 et s.

¹²⁶ Sur ces évolutions, v. Y. BEN ACHOUR, art. préc., p. 27.

tradition religieuse et de prôner des retours aux origines. La référence à ce qui est vu comme le « vrai » droit religieux ne disparaît jamais¹²⁷.

Étant dès lors admis que l'ordre religieux aura toujours, au moins intellectuellement, une existence séparée de l'ordre étatique, il est possible de voir surgir d'authentiques conflits internormatifs sur la tête d'une même personne. Ces conflits seront utilement analysés par la grille de lecture proposée par Santi Romano, qui permet d'envisager tous types d'effets donnés aux règles religieuses dans le droit étatique en termes de *relevance* et d'*irrelevance*.

B. Le concept de relevance

15. La relevance et l'irrelevance. Santi Romano décrivait la relevance juridique d'abord par son contraire : l'irrelevance. Ainsi, « si un ordre juridique est irrelevant selon tel autre, cela signifie qu'il n'y a aucune relation entre eux. »¹²⁸. L'idée de relation est donc centrale. Pourtant, il ne saurait être question de n'importe quel type de relation : « l'importance de fait qu'un ordre peut avoir pour un autre, ou encore l'uniformité matérielle de plusieurs ordres juridiques » n'illustrent pas ce qu'est, selon lui, la relevance juridique. Aussi bien la relation implique-t-elle du droit, et non du fait, ainsi qu'un emprunt de ce droit, et non une appropriation. L'appropriation matérielle d'une règle religieuse par un ordre juridique étatique, comme l'article 371 du Code civil français¹²⁹ qui reprend le quatrième commandement du Décalogue¹³⁰, n'illustre donc pas un cas de relevance juridique. Au contraire, pour qu'il y ait relevance juridique, il est nécessaire que la règle « étrangère » demeure étrangère, quoique, d'une manière ou d'une autre, elle soit reçue par l'ordre juridique d'accueil. Résumant sa pensée, l'auteur italien écrit : « pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un titre défini par ce dernier. »¹³¹.

¹²⁷ Comp. l'exposé des motifs du roi du Maroc, Dahir n° 1.04.22 du 3 févr. 2004 portant promulgation de la loi n° 70.03 portant Code de la famille) : « Je ne peux en ma qualité d'*Amir Al Mouminine* (commandeur des croyants), autoriser ce que Dieu a prohibé ni interdire ce que le Très-Haut a autorisé. »

¹²⁸ S. ROMANO, *L'ordre juridique* (présentation P. MAYER, introduction Ph. FRANCESCAKIS), rééd., Paris, Dalloz, 2002, § 34, p. 106.

¹²⁹ C. civ., art. 371 : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. »

¹³⁰ *Deutéronome*, 5 : 16 « Honore ton père et ta mère comme l'Éternel, ton Dieu, te l'a ordonné [...] », et *Livre de l'Exode*, 20 : 12 : « Honore ton père et ta mère, afin que tes jours se prolongent dans le pays que l'Éternel, ton Dieu, te donne. »

¹³¹ S. ROMANO, *ibid.*

Illustrant son concept par un exemple, Santi Romano mentionne les effets civils que de nombreux États attribuent à la célébration religieuse du mariage¹³². Il en va ainsi notamment du Royaume-Uni¹³³, de l'Italie¹³⁴, de l'Espagne¹³⁵, du Portugal¹³⁶, des États-Unis¹³⁷, du Canada¹³⁸... Dans ces pays, la loi étatique déclare que le mariage religieux vaut mariage civil. Toutefois, cette équivalence est soumise à certaines conditions posées par l'ordre juridique d'accueil. Ainsi, seuls certains ministres du culte seront habilités à unir légalement des époux, ce qui exclut, par exemple, les « unions consacrées par les ministres d'une secte. »¹³⁹. Les conditions de la relevance juridique seront donc prévues par l'ordre étatique, tant pour l'accueil de la norme religieuse — la célébration religieuse du mariage suppose l'application du droit religieux¹⁴⁰ — que pour les effets que produiront la norme relevante — le mariage conclu en application du droit religieux est pourvu d'efficacité dans l'ordre étatique¹⁴¹. En dépit de cette mise en conformité de la règle religieuse aux conditions édictées par l'ordre juridique d'accueil, la norme religieuse conserve son intégrité de règle de droit : ses conditions ne seront pas modifiées par l'ordre juridique étatique. Par exemple, un mariage célébré par un ministre du culte sera relevant en droit québécois¹⁴² ; et l'article 367 du Code civil

¹³² *Ibid.*, § 40, p. 131-132.

¹³³ V. *Matrimonial Causes Act* de 1973, sect. 10 A. Les prêtres anglicans, les rabbins, les ministres du culte quaker sont habilités à enregistrer les mariages s'ils ont été spécialement habilités à le faire. Pour les autres cultes, comme l'islam, le mariage célébré religieusement sera doté d'effets civils s'il a été célébré dans un établissement autorisé.

¹³⁴ C. civ. italien, art. 82 (pour le culte catholique) et 83 (pour les cultes reconnus). La doctrine parle de « droit d'option entre le système civil et le système confessionnel » : v. R. MAZZOLA, « Modifications et contradictions de la réalité socioreligieuse en Italie », in *Religious Rules, State Laws, and Normative pluralism — A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 229, spéc. p. 240. V. également, M. VENTURA, *Religion and law in Italy*, Alphen-sur-le-Rhin, Wolter Kluwers, 2013, p. 157 et s.

¹³⁵ MARTINEZ-TORRON, « Striking the balance between religious rules and state law : Spain », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, *op. cit.*, chapitre n° 13.

¹³⁶ P. ADRAÇÃO et A. LEÃO, « Portugal : religious rules and state law », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, *op. cit.*, p. 298-300. Ces auteurs parlent à ce sujet de « choice of law ».

¹³⁷ E. L. MILNE, « Marriage and the Religion Clauses », *St John's Law Rev.* 2011, vol. 85, n° 4, p. 1451, spéc. p. 1467.

¹³⁸ V. L. canadienne du 20 juill. 2005 sur le mariage civil, art. 3. Les autorités religieuses doivent, comme au Royaume-Uni, être préalablement habilitées à célébrer les mariages.

¹³⁹ R. LIBCHABER, *op. cit.*, n° 76, p. 92.

¹⁴⁰ C'est ce que Santi Romano désigne par la *relevance quant au contenu*. V. S. ROMANO, *op. cit.*, § 40, p. 123, spéc. p. 131-132 : « Quand un État reconnaît la compétence de l'Église pour régler le mariage et attribue des effets civils au mariage religieux, cela n'emporte évidemment pas la transformation de celui-ci en un mariage civil qui serait réglementé au moyen de normes étatiques simplement semblables par le contenu à celles de l'Église : l'État veut plutôt que le mariage reste un sacrement qu'il se déclare incompetent pour régler mais auquel il attribue relevance pour son propre droit. »

¹⁴¹ Ce que Santi Romano appelle la *relevance quant aux effets*. V. S. ROMANO, *op. cit.*, § 42, p. 135, spéc. p. 139 : « L'État non seulement reconnaît, dans des limites qu'il n'est pas nécessaire de préciser ici, les effets que l'ordre ecclésiastique confère à ses lois et aux actes accomplis en vertu de celles-ci, mais à ces effets il en ajoute d'autres, que l'on appelle précisément "civils" ou "étatiques", et auxquels le droit de l'Église n'aurait pu prétendre. ». Comp., P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », in *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, 2007, n° 327, p. 53.

¹⁴² C. civ. Québec, art. 366 : « Sont des célébrants compétents pour célébrer les mariages, les greffiers et greffiers-adjoints de la Cour supérieure désignés par le ministre de la Justice, les notaires habilités par la loi à recevoir des actes notariés ainsi que, sur le territoire défini dans son acte de désignation, toute autre personne désignée par le ministre de la Justice, notamment des maires, d'autres membres des conseils municipaux ou des conseils d'arrondissements et des fonctionnaires municipaux. »

du Québec précise que ces ministres du culte ne seront pas contraints de célébrer les unions que l'ordre juridique religieux prohibe¹⁴³. Les conditions d'application de la règle religieuse sont donc respectées.

Poursuivant sur l'exemple des effets civils d'un mariage religieux, nous observons que l'ordre juridique français se caractérise non par la relevance mais par l'*irrelevance*¹⁴⁴. C'est la figure inverse. En France, la célébration religieuse du mariage est dépourvue d'effets civils ; l'ordre religieux est donc, sur ce point, irrelevant. Mais cette irrelevance peut « prendre des formes agressives quand des individus se rallient spontanément à des règles d'un ordre autre, dont ils invoquent la légitimité »¹⁴⁵, alors que l'État entend « réprimer ces manifestations divergentes qui empiètent sur le champ juridique »¹⁴⁶. L'ordre juridique français manifeste ce genre d'agressivité en punissant le ministre du culte qui unit des époux qui se seraient passés de la célébration civile préalable¹⁴⁷. L'empiètement sur le champ juridique réservé à l'État est donc défendu, au besoin par la loi pénale.

Il est intéressant de constater que les concepts de relevance et d'*irrelevance* trouvent leurs illustrations les plus topiques dans les relations entre l'État et les ordres religieux. Plus encore, ces illustrations indiquent l'ouverture dont font preuve de nombreux États, et la fermeture dont témoigne, à l'inverse, l'ordre juridique français. Tout se résumerait-il à la formule « relevance pour

Le sont aussi les ministres du culte habilités à le faire par la société religieuse à laquelle ils appartiennent, pourvu qu'ils résident au Québec et que le ressort dans lequel ils exercent leur ministère soit situé en tout ou en partie au Québec, que l'existence, les rites et les cérémonies de leur confession aient un caractère permanent, qu'ils célèbrent les mariages dans des lieux conformes à ces rites et aux règles prescrites par le ministre de la Justice et qu'ils soient autorisés par ce dernier.

Les ministres du culte qui, sans résider au Québec, y demeurent temporairement peuvent aussi être autorisés à y célébrer des mariages pour un temps qu'il appartient au ministre de la Justice de fixer.

Sont également compétentes pour célébrer les mariages sur le territoire défini dans une entente conclue entre le gouvernement et une communauté mohawk les personnes désignées par le ministre de la Justice et la communauté. »

¹⁴³ C. civ. Québec, art. 367 : « Aucun ministre du culte ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe quelque empêchement selon sa religion et la discipline de la société religieuse à laquelle il appartient. »

¹⁴⁴ Comp. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Université de Saint Louis, 2002, p. 199 : « L'*irrelevance* consistera, tantôt en une indifférence radicale, tantôt en un refus des prétentions d'un système juridique à l'existence, qui consistera à le traiter comme un simple fait, éventuellement illicite, tel qu'une association de malfaiteurs ou un mouvement terroriste. »

¹⁴⁵ R. LIBCHABER, *op. cit.*, n° 76, p. 93 : « La figure inverse, celle de l'*irrelevance*, est également intéressante en ce qu'elle présente de même des états gradués. La situation doit *a priori* être décrite par l'état d'indifférence absolue que professe un ordre à l'égard d'un autre. Mais elle se trouble pour prendre des formes agressives quand des individus se rallient spontanément à des règles d'un ordre autre, dont ils invoquent la légitimité. L'État peut tenter de réprimer ces manifestations divergentes qui empiètent sur le champ juridique, qu'il s'agisse de les interdire ou de les étouffer – voire de les récupérer, si la tension qui s'exerce sur l'État est trop forte. Rappelons à cet égard que jusqu'à la loi de 1901, tout regroupement organisé de vingt personnes formant une association s'exposait à des peines délictuelles : l'organisation de la société civile par elle-même faisait alors l'objet d'une répression féroce ! »

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ C. pén., art. 433-21.

les États libéraux, irrelevance pour la République laïque » ? Les choses ne sont pas si simples, car, rappelons-le, l'ordre juridique français ménage tout de même une place aux prescriptions religieuses individuelles¹⁴⁸. Un minimum de relevance existe donc en France, et c'est ce degré d'ouverture qu'il convient d'évaluer.

16. Les normes de relevance et leur fonction. Le moyen le plus sûr de mesurer le degré d'ouverture des ordres étatiques aux ordres religieux est de partir de la norme étatique qui permet l'accueil du droit religieux. Comme nous l'avons déjà écrit, cette norme étatique, qui varie d'un État à l'autre, sera appelée « norme de relevance ». Jouant le rôle d'une valve d'ouverture, la norme de relevance, véritable « norme secondaire », pour reprendre le vocabulaire de Norberto Bobbio¹⁴⁹, est à la source de toute relevance. Ce concept, bien qu'il soit un néologisme, semble sous-jacent à la plupart des études consacrées au pluralisme juridique¹⁵⁰. Certains auteurs ont ainsi remarqué que divers instruments juridiques permettaient d'ouvrir le droit étatique aux règles religieuses, allant de « l'autonomie des individus ou des entités légalement reconnues »¹⁵¹ aux « exemptions religieuses » ou « accommodements raisonnables »¹⁵², en passant par la règle de conflit interne de lois, la règle de conflit internationale de lois, les concordats et les lois spéciales¹⁵³. Ces divers mécanismes de relevance peuvent être ordonnés.

17. Norme de relevance conflictuelle et coordination. Santi Romano lui-même, multipliant les parallèles entre le droit international privé et le système concordataire¹⁵⁴, évoque la règle de conflit, et son rôle dans la relevance entre ordre du for et ordre étranger. Dans les rapports privés internationaux, la règle de conflit joue le rôle de norme de relevance, parce qu'elle est susceptible d'introduire, dans l'ordre du for, du droit étranger. Qu'on nous permette de pousser plus loin l'analogie, et de soutenir que, dans le droit de la plupart des États du monde, le droit religieux est introduit en droit étatique par le truchement d'un genre de règle de conflit — par une norme de relevance « conflictuelle ». Cette analyse a largement été approfondie par la doctrine, particulièrement par les travaux du doyen Pierre Gannagé relatifs aux rapports entre l'ordre

¹⁴⁸ Cf. *supra*, n° 9.

¹⁴⁹ V. N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *Essai de théorie du droit* (trad. M. GUERET), Bruxelles, Bruylant/ LGDJ, 1998, p. 159, spéc. 165.

¹⁵⁰ Par ex., X. MAGNON, « Repenser la frontière droit externe – droit interne au profit d'une approche unitaire du droit », in *Traité des rapports entre ordres juridiques* (dir. B. BONNET), Paris, LGDJ Lextenso, 2016, p. 653, spéc. p. 659.

¹⁵¹ S. FERRARI, « Religious Rules and Legal Pluralism : An Introduction », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, *op. cit.*, p. 1, spéc. p. 16.

¹⁵² *Ibid.*, p. 17.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ S. ROMANO, *op. cit.*, § 40, p. 123 et s. ; § 42, p. 136 et s.

juridique libanais et les communautés religieuses¹⁵⁵. Au Liban, la règle en vertu de laquelle les individus sont soumis, en ce qui concerne les questions de statut personnel, au droit de leur communauté religieuse, est une règle de conflit de lois. L'élément d'extranéité faisant défaut, il est d'usage de préciser qu'il s'agit d'une règle de conflit *interne* de lois. Cette règle, contenue en divers textes, principalement l'arrêté n° 60/LR du 13 mars 1936, modifié par l'arrêté n° 146 du 18 novembre 1938¹⁵⁶, est une norme de relevance. En effet, en invitant les diverses communautés reconnues à présenter au législateur central leurs codes de lois et de procédure applicables à leurs fidèles, cette règle d'origine étatique désigne un droit religieux, que le législateur étatique ne produira pas lui-même.

Le choix d'une telle norme de relevance est d'ailleurs intimement lié au type de rapport entre ordre étatique et ordre religieux. La règle de conflit de lois est un outil de coordination des ordres juridiques. Or, l'action de coordonner suppose un nivellement des deux ordres juridiques en conflit, qui sont mis sur un pied d'égalité¹⁵⁷. L'égalité des deux ordres en conflit se ressent encore dans le statut de la règle reçue dans l'ordre juridique d'accueil. Celle-ci conserve sa dignité de règle de droit — sans pour autant devenir du droit étatique¹⁵⁸. Pour l'essentiel, donc, la règle religieuse, introduite dans l'ordre juridique étatique au moyen d'une norme de relevance conflictuelle, conservera son statut de norme.

Tirant toutes les conséquences du statut de la norme religieuse, M. Ralf Michaels propose de faire un usage plus étendu de la règle de conflit de lois, et de raisonner suivant un schéma « international-privatiste » lorsqu'une partie demande le respect d'une prescription religieuse. En quelque sorte, l'élément religieux constituerait l'élément d'extranéité qui appellerait le raisonnement « international-privatiste ». Dans cette perspective, il faudrait intégrer la règle religieuse *via* un

¹⁵⁵ Par ex., P. GANNAGE, *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette Antoine/ Presses de l'Université Saint-Joseph, 2019, 2^{ème} éd.

¹⁵⁶ Sur l'histoire de ces arrêtés, v. E. RABBATH, *La formation historique du Liban politique et constitutionnel*, Beyrouth, Publications de l'université libanaise, 1986.

¹⁵⁷ Sur l'égalité des ordres juridiques en présence que suppose la coordination par la règle de conflit de lois, v. par ex. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI* 2017, vol. 387, n° 51, p. 84, et n° 71, p. 110. Application aux conflits internes de lois, et à la coordination entre ordre étatique et ordres religieux, v. P. GANNAGE, « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette Antoine/ Presses de l'Université Saint-Joseph, 2019, 2^{ème} éd., p. 89, spéc. p. 90. V. également, V. PARISOT, « Les classifications des conflits internes de lois à l'épreuve de leurs solutions », *Rev. crit. DIP* 2014. 469.

¹⁵⁸ V. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », in *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, 2007, n° 224 et n° 225, p. 241.

arbitrage qui aurait tout d'une règle de conflit de lois¹⁵⁹. On imagine aisément que les États accueillant les règles religieuses par le truchement d'une norme de relevance conflictuelle témoigneront d'une assez grande ouverture au droit religieux.

18. La norme de relevance du droit français. Sans surprise, certains auteurs, comme Mme Valérie Parisot, ont énergiquement affirmé que tel ne peut pas être le cas du droit français. L'ouverture qui en résulterait envers les règles religieuses serait trop grande, et éventuellement contraire au principe de laïcité¹⁶⁰. Ce serait donc en vertu d'une autre norme de relevance que l'ordre juridique français ménagerait une place aux règles religieuses, permettant de limiter son ouverture aux ordres juridiques religieux. Certains travaux ont suggéré que le mécanisme par lequel les règles religieuses trouvent une place en droit privé français serait celui, connu des méthodes du droit international privé¹⁶¹, de la « prise en considération »¹⁶². D'autres, sans déterminer la norme de relevance qui est à la source de l'intégration de la règle religieuse dans le syllogisme judiciaire, considèrent que la règle religieuse est introduite en droit français par « subsumption » ou « incorporation »¹⁶³. Tels autres considèrent encore que l'introduction des règles religieuses s'inspirerait d'une philosophie, celle de l'*integration*, contrairement à la philosophie de l'*accommodation* qui permet un plus grand respect des particularismes¹⁶⁴. On le voit : l'identité de la norme de relevance de prédilection du droit français semble des plus incertaines. L'on ne saurait s'en étonner,

¹⁵⁹ R. MICHAELS, « Religiöse Rechte und postsäkuläre Rechtsvergleichung », in *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung* (Hrsg. R. ZIMMERMANN), Mohr Siebeck, 2016, t. CXIII, p. 43, spéc. p. 96.

¹⁶⁰ Comp. V. PARISOT, *Les conflits internes de lois* (préface P. LAGARDE), Paris, IRJS éditions, 2013, vol. 2, n° 205, p. 348-349 : « Il peut être tenu compte de la religion de l'individu tout en respectant le principe de laïcité en recourant au mécanisme juridique de la prise en considération — et non à celui de l'application — des règles confessionnelles. L'analogie, fréquemment relevée, entre la reconnaissance par l'ordre juridique étatique de l'ordre normatif religieux et l'application par le juge français de lois étrangères se heurte donc à une limite qui n'est pas seulement théorique : tandis que les lois étrangères sont appliquées en tant que règles de droit, les règles religieuses, dont on ne nie pas qu'elles constituent, du point de vue de la communauté qui les pose, de véritables ordres juridiques, sont considérées comme de simples faits par l'ordre juridique laïque. »

¹⁶¹ V. P. KINSCH, *Le fait du prince étranger* (préf. J.-M. BISCHOFF), Paris, LGDJ, 1994, spéc. n° 243 et s., p. 328 et s. ; E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères* (préf. B. AUDIT), Paris, LGDJ, 2008, n° 5, p. 4-5.

¹⁶² V. PARISOT, *ibid.*

¹⁶³ Ch. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, (préf. L. AYNES et P. GLENN), Cowansville, Bruylant/ Yvon Blais, 2007, n° 667 et s., p. 444 et s. Par la méthode de la subsumption, « le juge français ne répond pas à la demande de reconnaissance directe de la règle religieuse des parties [...], il reconstruit son propre objet du litige en respectant la seule cohérence des règles de droit civil et considère la teneur de la règle religieuse comme un simple élément de fait [...] Par cette technique de la subsumption, le juge français se contente d'aborder le contentieux religieux comme n'importe quel autre contentieux, en niant toute juridicité directe à la règle religieuse. » La méthode de l'incorporation « consiste pour le juge français à ne considérer l'existence et la teneur de la règle religieuse qu'après avoir incorporé cette dernière dans une source du droit qu'il reconnaît officiellement comme telle », comme « la loi, la coutume ou l'intention des parties », lorsque ces sources y font référence (*ibid.*, n° 684, p. 453). Nous savons que le droit français ne fait, à une exception près — l'article 909 du Code civil — jamais référence à la religion : il s'agit donc toujours d'un renvoi implicite, qu'impliquent seulement les faits de l'espèce.

¹⁶⁴ R. SANDBERG, « Conclusion : In Pursuit of Pluralism », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, *op. cit.*, p. 395, spéc. p. 405, note 14.

dans la mesure où les travaux, en général, se sont plus intéressés aux restrictions supposées du droit français, qu'à la source juridique de telles restrictions. La norme de relevance de prédilection du droit français est en quelque sorte l'inconnue, qui ne se laisse deviner qu'en saisissant sa fonction, qui est restrictive.

Sur ce point, les auteurs suggèrent que la fonction en question est à l'opposé de la fonction de coordination — opposition qui est esquissée dans les travaux de M. Rémy Libchaber¹⁶⁵. Raisonnant en termes généraux sur les conflits entre ordres juridiques, l'auteur met en regard la technique de la règle de conflit, qui « ne postule aucune hiérarchie entre les ordres en présence », et l'hypothèse inverse, celle où « les systèmes en conflit [ne] se reconnaissent [pas] une vocation égale à régir la situation donnée », parce qu'ils ne « s'éprouvent [pas] réciproquement comme dignes ». L'inégalité entre « l'autorité surplombante » et les « sous-ordres juridiques » n'empêche pas que la première, l'État, ménage ponctuellement une place au second ; mais le mode de régulation sera à l'image du rapport hiérarchique entre les deux ordres : les « techniques [...] détermin[ant] les hypothèses où une délégation peut être admise » seront restrictives.

Dans le vocabulaire international-privatiste, cette fonction est connue sous le terme d'« incorporation » : en droit international privé, la loi « incorporée » a un statut fort différent de la loi désignée par une règle de conflit¹⁶⁶. Il en va de même des autres phénomènes d'internormativité : le statut de la règle religieuse accueillie au terme d'un processus d'incorporation diffère fondamentalement du statut de la règle religieuse accueillie *via* un mécanisme de coordination. C'est donc en toute probabilité par le mode de l'intégration que le droit religieux reçoit une place en droit français.

¹⁶⁵ Qu'on nous permette de reproduire *in extenso* l'explication que nous allons découper, de R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n° 201, p. 268 : « C'est ainsi que la méthode [du conflit de lois] n'est pas utilisable dans le conflit entre le droit et les autres systèmes normatifs qui parcourent une société : il arrive que le droit ne se sente pas très à son aise pour réglementer, et préfère ponctuellement laisser d'autres systèmes s'exprimer ; jamais il ne consentira à reconnaître qu'il ne disposait d'aucune compétence, ou à tout le moins que la compétence d'intervention était partagée entre eux. Au mieux, le droit accepte de *déroger*, toutes les fois que le relais par un autre discours lui paraît plus efficace. » Ce refus d'arbitrer entre sa propre normativité et la normativité d'un ordre juridique qu'il ne considère pas comme son égal est encore accentué en cas de conflit : « La méthode du conflit de lois n'est pas davantage utilisable quand le droit étatique se trouve en conflit avec des droits émanant de sous-ordres, dont la légitimité peut être acquise. Car l'État considèrera toujours que ces derniers n'existent que par la place qu'il leur a aménagée, pour quoi il refusera de ne pas avoir le dernier mot — au moins dans l'élaboration du mode de régulation. Car ceux-ci sont le plus souvent prévus, qui procèdent d'une volonté unilatérale : principe de spécialité, de subsidiarité, d'effectivité... autant de techniques émanant de l'autorité surplombante pour déterminer les hypothèses où une délégation peut être admise. »

¹⁶⁶ Sur cette opposition, v. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, t. 327, spéc. p. 248, n° 231 et p. 249 n° 232.

Aussi bien, décrivant les fonctions qui sont assignées aux normes de relevance, nous opposerons *la coordination* à *l'incorporation* ; et décrivant le type de norme auquel ces fonctions sont attachées, nous opposerons le modèle de la *règle de conflit* à celui du *contrat*.

19. Plan. Tolstoï écrivait que « l'homme ne parvient à comprendre les lois de n'importe quel mouvement que lorsqu'il l'a fractionné en unités arbitrairement choisies »¹⁶⁷. Mais, ajoute-t-il, « c'est précisément de ce fractionnement arbitraire du mouvement continu en unités discontinues que proviennent la plupart des erreurs humaines. »¹⁶⁸. Nonobstant cet avertissement plein de sagesse, il faut admettre que le droit fonctionne par catégories, et qui dit catégories dit fractionnement en unités qui, pour paraître arbitraires, n'en sont pas moins utiles pour parvenir à la compréhension de « la continuité absolue du mouvement humain »¹⁶⁹, auquel le mouvement du droit prend part. Partant donc de l'opposition précédemment exposée, qui, peut-être, s'avèrera être une véritable *summa divisio*¹⁷⁰ des normes de relevance, la présente étude se propose d'examiner ces deux normes de relevance qui permettent d'introduire le droit religieux dans le droit étatique.

La première, qui est adoptée par la plupart des ordres juridiques étatiques, présente de fortes similitudes avec la règle de conflit de lois. Bien que la France l'ait pratiquée en Algérie et à Mayotte, cette norme de relevance dite « conflictuelle » a été énergiquement repoussée par le législateur et le juge français (**chapitre préliminaire**). C'est donc en s'intéressant à l'autre catégorie de l'ébauche de *summa divisio* que sera trouvée la norme de relevance de prédilection du système français. Qu'on nous permette d'annoncer qu'elle s'apparente à la figure du contrat. L'utilisation exclusive de la norme de relevance dite « contractuelle » est justement à l'origine des restrictions du droit français, que les études étrangères avaient remarquées : elle permet une adaptation du principe de laïcité au droit privé. Celui-ci s'y décline de deux manières. En certains domaines, l'ordre étatique accepte de s'ouvrir aux règles religieuses, à condition qu'elles passent exclusivement par la norme de relevance contractuelle, faute de quoi l'ordre étatique se referme sur lui-même, promouvant un modèle de normalité dans lequel les règles religieuses n'ont pas leur place — c'est la laïcité dispositiva (**partie 1**). D'autres domaines sont résolument fermés à la normativité religieuse : aucune norme de relevance ne saurait permettre l'introduction d'une règle religieuse — c'est la laïcité impérative (**partie 2**).

¹⁶⁷ L. TOLSTOÏ, *La guerre et la paix*, Paris, Gallimard, coll. « Folio classique », t. II, p. 356.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Comp., D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », in *Arch. phil. dr.*, Paris, Dalloz, 2006, t. 49 « Le Pluralisme », p. 275, spéc. p. 284-298.

- Chapitre préliminaire : La norme de relevance conflictuelle
- Partie 1 : La laïcité dispositive
- Partie 2 : La laïcité impérative

Chapitre préliminaire :

La norme de relevance conflictuelle

20. Définition de la norme de relevance conflictuelle. Partant des divers mécanismes permettant l'accueil des normes religieuses dans le droit étatique¹⁷¹, nous avons fait le choix de tous les englober sous le vocable de « norme de relevance ». La norme de relevance désignera donc la norme par laquelle l'État ouvre son propre droit à des règles religieuses, dont la source est, par définition, hétéronome : la production de ce droit dépend d'une entité qui n'est pas l'État. Parmi les « mécanismes » identifiés par la doctrine, il en est au moins deux qui relèvent de la catégorie de la règle de conflit : la règle de conflit internationale et la règle de conflit interne.

Même en France, une règle de conflit internationale peut aboutir à l'accueil du droit religieux. Examinons, par exemple, la règle contenue à l'article 202-1 du Code civil français, qui dispose que « les qualités et conditions requises pour contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle ». Lorsque l'un des époux est libanais, l'article 202-1 désigne l'application du droit libanais. Or, chaque Libanais se trouve soumis, en vertu d'une règle de conflit interne, à la loi de sa communauté religieuse. L'article 202-1 du Code civil français, et plus largement toute règle de conflit internationale désignant la loi nationale d'une partie¹⁷², permet donc virtuellement l'introduction du droit religieux dans un prétoire français, de sorte que cette disposition peut être vue comme une « norme de relevance conflictuelle ». Tel est le résultat de la combinaison de la règle française de conflit international et de la règle libanaise de conflit interne.

Toutefois, le caractère exceptionnel du droit international privé, par rapport au droit interne privé, interdit de voir dans la règle de conflit internationale une norme de relevance d'usage général. C'est donc dans les rapports de droit interne que le modèle de la norme de relevance conflictuelle doit être recherché. À ce propos, la doctrine parle indifféremment de « conflits interpersonnels » et de « droit intercommunautaire », dans le contexte d'États

¹⁷¹ Pour rappel (cf. *supra*, n° 16), M. Silvio Ferrari en avait identifié sept types : « l'autonomie des individus ou des entités légalement reconnues » aux « exemptions religieuses » ou « accommodements raisonnables », en passant par la règle de conflit interne de lois, la règle de conflit internationale de lois, les concordats et les lois spéciales. V. S. FERRARI, « Religious Rules and Legal Pluralism : An Introduction », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 1, spéc. p. 16.

¹⁷² V. par ex., C. civ., art. 3, al. 3.

multicommunautaires¹⁷³. Pour la présente étude, nous choisirons un autre terme, et désignerons par « norme de relevance conflictuelle » le mécanisme par lequel un conflit internormatif impliquant du droit religieux est tranché, dans l'ordre interne, au moyen d'une règle de conflit — et ce, afin d'ébaucher une *summa divisio* des normes de relevance. La parenté terminologique de toutes les normes de relevance facilitera la comparaison entre elles, afin de déterminer si la norme de relevance du droit français, qui n'est pas conflictuelle, est particulièrement restrictive dans l'accueil du droit religieux.

Avant d'en brosser les grands traits, il convient de s'interroger : pourquoi consacrer un développement à l'étude de la norme de relevance conflictuelle, s'il est déjà établi que telle n'est pas la norme de relevance de prédilection du droit français ?

21. Intérêt de l'étude *de lege lata*. L'intérêt d'une telle étude est double. Le droit français, qui connaît cette norme de relevance pour l'avoir pratiquée en Algérie française, et pour la pratiquer encore résiduellement à Mayotte, a construit tout son système de relevance par opposition à la norme de relevance conflictuelle. En effet, l'article 75 de la Constitution, qui pose que « 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 », répartit la compétence entre le statut civil de droit commun, et les statuts personnels coutumiers qui existent dans les collectivités d'outre-mer. Parmi les statuts coutumiers d'outre-mer, certains sont religieux : c'est le cas des musulmans de Mayotte, comme c'était le cas des indigènes d'Algérie française¹⁷⁴. L'article 75 de la Constitution française est donc une règle de conflit interne¹⁷⁵, et bien qu'elle ne le nomme pas, la règle ne vise en réalité, pour Mayotte et l'Algérie à partir de 1870¹⁷⁶, que le droit musulman.

¹⁷³ Préférant le terme « intercommunautaire », v. par ex., P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, t. 327, p. 215, n° 200. Employant « intercommunautaire » et « interpersonnel », v. P. GANNAGE, « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette Antoine/ Presses de l'Université Saint-Joseph, 2019, 2^{ème} éd., p. 89, spéc. p. 90, et V. PARISOT, « Les classifications des conflits internes de lois à l'épreuve de leurs solutions », *Rev. crit. DIP* 2014. 469.

¹⁷⁴ L'art. 75 de la Constitution de 1958 reprend, en le modifiant, l'ancien art. 82 de la constitution de 1946, qui avait été édicté à l'intention des Algériens. Aux termes de cet art. 82 : « Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. Ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français. ».

¹⁷⁵ V. E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *Rev. crit. DIP* 2012. 733, spéc. p. 743, qui parle d'une « véritable règle de conflit constitutionnelle entre le statut civil de droit commun et les autres statuts civils possibles. ».

¹⁷⁶ Le décret « Crémieux » du 24 oct. 1870, a octroyé la citoyenneté aux juifs d'Algérie, et les a soumis, du même coup, au Code civil français. Le législateur métropolitain n'a jamais osé prendre semblable disposition à l'égard des musulmans.

En dépit de son assise constitutionnelle, cet « apartheid à la française »¹⁷⁷ n'a jamais suscité que des réactions allergiques des pouvoirs publics¹⁷⁸, ce qui contraste singulièrement avec les solutions du droit comparé.

En dehors de France, cette norme de relevance conflictuelle est extrêmement répandue. Nous avons désigné le Liban. Il faudrait ajouter le cas du Maroc¹⁷⁹, de l'Égypte¹⁸⁰, d'Israël¹⁸¹, mais aussi celui de la Grèce, qui édicte à l'intention des musulmans de Thrace une règle de conflit interne¹⁸²; ou encore celui de Singapour¹⁸³, de Malaisie¹⁸⁴ et de l'Afrique du Sud¹⁸⁵, et même de certains États qui se disent laïcs, comme le Cameroun¹⁸⁶ et le Sénégal¹⁸⁷. À cette liste, incomplète quoique déjà longue, il faudrait ajouter tous les pays qui, sans consacrer d'authentique statut personnel religieux, permettent des options de statut personnel, restreintes à certaines questions,

¹⁷⁷ N. ROULAND, « Les statuts personnels et les droits coutumiers », in *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, (dir. A.-M. LE POURHIET), Aix-en-Provence, PUAM-Economica, 1999, p. 145.

¹⁷⁸ Cf. *infra*, n° 27, 28, 29, 52 et 57.

¹⁷⁹ Ainsi, d'un côté, l'art. 1^{er}, al. 2 du Code de la famille du 5 février 2001, pose que « Les dispositions du présent Code s'appliquent : à tous les Marocains », apparemment sans distinction de religion, mais l'art. 2 du même Code réintroduit le pluralisme juridico-religieux en précisant que : « les Marocains de confession juive sont soumis aux règles du statut personnel hébraïque marocain. »

¹⁸⁰ Qui découle de l'art. 2 de la Constitution égyptienne, repris par la proclamation constitutionnelle de 2011. V. N. BERNARD-MAUGIRON, « Charia et hiérarchie des normes », in *La charia aujourd'hui* (dir. B. DUPRET), Paris, La Découverte, 2012, p. 51 et s., spéc. p. 56.

¹⁸¹ A. MAOZ, « The Application of Religious Law in a Multi-Religion Nation State: The Israeli Model », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, *op. cit.*, p. 109.

¹⁸² Les musulmans vivant à Thrace sont soumis au statut personnel musulman et relèvent d'une juridiction communautaire, le Mufti, ce qui résulte du Traité de Lausanne de 1923. Ils sont d'ailleurs aujourd'hui la seule minorité religieuse soumise à un statut religieux. V. S. AKGÖNÜL, « Le statut personnel des musulmans de Grèce. Vestiges ottomans et réalités contemporaines », in *Les statuts personnels en droit comparé. Évolutions récentes et implications pratiques* (dir. M. AOUN), Louvain, Peeters, 2009, cité par S. FERRARI, « Religious Rules and Legal Pluralism : an Introduction », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁸³ De l'interprétation donnée de l'art. 152 de la Constitution de Singapour, qui promeut le droit des minorités, et de l'art. 153, qui intéresse le culte musulman, il résulte que la population musulmane est régie par la loi musulmane, loi produite par les autorités compétentes. V. L.-A. THIO, « Irreducible Plurality, Indivisible Unity: Singapore Relational Constitutionalism and Cultivating Harmony Through Constructing a Constitutional Civil Religion », *German Law Journal* (2019), 20, p. 1007 ; A. A. JAMAL, « Managing Religion Through “Religious Harmony”: The Case of Singapore », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, *op. cit.*, p. 325 et s.

¹⁸⁴ Ch. L. H. NURJANAHH, « Legal Pluralism and Conflicts in Malaysia : The Challenge of Embracing Diversity », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, *op. cit.*, p. 251.

¹⁸⁵ P. COERTZEN, « Religion and the Constitutional Experience of South Africa », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, *op. cit.*, p. 343.

¹⁸⁶ En droit camerounais, bien que la Constitution du 2 juin 1972, modifiée le 18 janv. 1996, proclame que « l'État est laïc. La neutralité et l'indépendance de l'État vis-à-vis de toutes les religions sont garanties », la formation et la dissolution du mariage des musulmans relève de la loi musulmane, auquel renvoie un arrêté en date du 26 mai 1934, modifié en 1936, et toujours en vigueur. V. V. PARISOT, *Les conflits internes de lois* (préf. P. LAGARDE), Paris, IRJS éditions, 2013, vol. 2, n° 216, p. 365 et s.

¹⁸⁷ L'art. 1^{er} de la Constitution du Sénégal du 7 janv. 2001 dispose que « la République du Sénégal est laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion. Elle respecte toutes les croyances. » Cependant, l'arrêté du 28 févr. 1961 retenait une liste de soixante-huit coutumes applicables, dont : « les coutumes islamisées et musulmanes, les coutumes fétichistes et animistes, les coutumes catholiques et enfin les coutumes dont l'attache n'est pas précisée. » En outre, l'art. 571 du Code de la famille permet d'opter en faveur du droit musulman des successions. V. PARISOT, *op. cit.*, n° 193, p. 330 et s.

comme le mariage ou le divorce religieux¹⁸⁸, et qui fonctionnent également suivant le modèle de la règle de conflit.

On le voit : la norme de relevance conflictuelle, utilisée dans les relations de droit interne, est extrêmement répandue. Son immense succès tient au fait qu'elle est respectueuse des traditions locales et de la diversité religieuse de la population. Sa vertu pacificatrice a convaincu la conquête musulmane d'en faire une règle d'organisation locale, qui se matérialisera à travers les conventions de *dhimma* et ultérieurement des capitulations¹⁸⁹ ; les mêmes motifs ont inspiré le colonisateur français, reconduisant, dans les constitutions républicaines, l'ordonnance royale de 1766 instituant le régime légal des colonies¹⁹⁰.

Le premier intérêt de l'étude de cette norme de relevance est donc de comprendre le système français *de lege lata*, en l'opposant à ce contre quoi il s'est construit.

22. Intérêt de l'étude de *lege ferenda*. Mais il est un intérêt plus pressant de comprendre comment fonctionne la norme de relevance conflictuelle. Certains mouvements poussent à adopter cette norme de relevance, en atténuant sa filiation avec l'ancien système des capitulations¹⁹¹. L'illustration la plus insolite de cette tendance peut être trouvée dans la proposition

¹⁸⁸ Cf. *supra*, n° 15.

¹⁸⁹ Dans l'ordre interne de la Cité islamique, les relations entre les musulmans et les autres monothéistes était réglée suivant un traité appelé *Akd Ed-Dhimma*. Les communautés juives et chrétiennes, soumises à un impôt payé au gouvernement impérial, le *jizya*, restaient soumises à leurs propres lois et justiciables de leurs propres tribunaux : v. M. CHARFI, *RCADI*, 1987, p. 361 : « les musulmans doivent laisser les tribunaux chrétiens et israélites appliquer chacun sa propre loi à ses propres adeptes [...] Il implique selon le texte coranique non seulement l'adoption de la personnalité des lois mais aussi que la loi musulmane sera appliquée par un tribunal non musulman. Le parallélisme législatif est doublé d'un parallélisme juridictionnel. » V. également, R. JAMBU-MERLIN, « Essai sur l'histoire des conflits de lois au Levant et en Afrique du Nord », *Rev. crit. DIP.* 1958. 1 ; J. LAFON, « Les capitulations ottomanes, un droit para-colonial ? » *Droits* 1999. 155.

¹⁹⁰ L'ord. royale du 18 mars 1766, qui institua le régime légal des colonies, fut réitérée par le constituant révolutionnaire par les lois des 8 – 10 mars 1790, décidant que les lois métropolitaines ne sont pas applicables de plein droit aux colonies, et de ne pas assujettir les colonies « à des lois qui pourraient être incompatibles avec leurs convenances locales et particulières. » Pour qu'une loi métropolitaine s'applique aux colonies, il fallait d'abord que le roi et la souveraineté populaire s'expriment en ce sens ; il fallait en outre que la loi devant ainsi être étendue à l'outre-mer fit l'objet d'une promulgation locale. Ce « principe de spécialité législative » devait assurer l'adaptation du droit aux colonies, éloignées de la capitale et dont les mœurs étaient réputées évoluer à un rythme fort différent de celui de la métropole. Fidèle à cette tradition séculaire, la France n'a pas imposé le statut civil à ses conquêtes coloniales du XIX^{ème} siècle, en dépit de l'idéologie révolutionnaire laïque dont le Code Napoléon était imprégné. Une autre raison vient en renfort du maintien du statut coutumier des peuples colonisés : les traités internationaux conclus par la France avec l'autorité vaincue contenaient un engagement en ce sens. Ainsi, dans le traité d'armistice signé le 5 juill. 1830 par le maréchal de Bourmont et le dey d'Alger, et dans l'acte de cession de l'île de Mayotte, signé en avril 1841 par le capitaine Passot et le sultan Andriantsouli, la France déclare solennellement que les coutumes du peuple colonisé seront respectées. Sur l'acte de cession de Mayotte, v. J.-R. BINET, « Le croissant et la balance : de quelques spécificités du droit applicable à Mayotte au crépuscule de la justice cadiale », in *RIDC* 2002. 787. V. également, en faveur d'une conception renouvelée des conflits internes de lois, S. SANA-CHAILLE DE NERE, « Les conflits internes de lois, ou les quêtes d'appartenance », *Trav. com. fr. DIP.*, 2016-2018, éd. A. Pedone, p. 285.

¹⁹¹ Comp. W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La découverte, coll « Textes à l'appui/ politique et sociétés », 2001, p. 232.

visant à créer un « code européen de droit musulman »¹⁹². Certes, cette proposition n'a pas eu le succès escompté, mais un autre type de norme de relevance conflictuelle, très répandu en Amérique du Nord, peut être désigné sous l'appellation de « l'obligation d'accommodement raisonnable »¹⁹³. Cette obligation, par laquelle le droit religieux peut recevoir une application dans une relation de droit privé normalement soumise au droit étatique, doit être rangée parmi les normes de relevance conflictuelles. Le plaidoyer de M. Ralf Michaels va dans ce sens, proposant d'appliquer la grille de lecture international-privatiste aux prétentions demandant le respect de la liberté religieuse¹⁹⁴. Cette lecture est assurément innovante, et nous tâcherons de la défendre. Ainsi, lorsque la prétention soutenue par la liberté fondamentale d'une partie est couronnée de succès, le droit religieux est déclaré applicable au terme d'un raisonnement inspiré des méthodes international-privatistes. Il est donc possible de voir dans la norme étatique qui permet ce raisonnement, l'obligation d'accommodement raisonnable, une norme de relevance conflictuelle.

Vantée parce qu'elle assurerait une protection efficace du droit fondamental de liberté religieuse, l'obligation d'accommodement raisonnable a fait une entrée récente quoique relativement timide dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹⁵. Les États signataires de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont donc pas encore obligés d'adopter cette norme de relevance — mais la marge nationale d'appréciation, qui permet à la France de lui en préférer une autre, ressemble à un sursis¹⁹⁶.

L'étude des normes de relevance conflictuelles est donc doublement justifiée : *de lege lata*, pour comprendre contre quoi le modèle français de « relevance religieuse » s'est construit, et *de lege ferenda*, pour essayer d'entrevoir son éventuel destin.

23. Étude des ressemblances. Qu'on nous permette un avertissement : l'objet des développements qui vont suivre est moins de dresser un tableau détaillé des normes de relevance conflictuelles, que de montrer en quoi la règle de conflit des systèmes multicommunautaires — la « règle de conflit intercommunautaire » — et l'obligation d'accommodement raisonnable se

¹⁹² V. la proposition de F. RIAD, « Pour un code européen de droit musulman », in *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 379.

¹⁹³ Certains auteurs parlent plus volontiers d'un « droit à l'objection de conscience » : Ch. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, (préf. L. AYNES et P. GLENN), Cowansville, Bruylant/ Yvon Blais, 2007, n° 414 et s., p. 272 et s.

¹⁹⁴ R. MICHAELS, « Religiöse Rechte und postsäkuläre Rechtsvergleichung », in *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung* (Hrsg. R. ZIMMERMANN), Mohr Siebeck, 2016, t. CXIII, p. 43, spéc. p. 96, cf. *supra*, n° 17.

¹⁹⁵ Cour EDH, 4^{ème} sect., 15 janv. 2013, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, *Eweida et alii c/ Royaume-Uni*.

¹⁹⁶ Pour une adaptation dans le droit des pays européens, v. *Revue du droit des religions*, 2019, n° 7, dossier « Convictions religieuses et ajustement de la norme ».

ressemblent. L'une et l'autre permettent le raisonnement en deux temps, caractéristique du problème conflictuel : « premièrement, déterminer la norme applicable parmi les normes en concurrence ; deuxièmement, appliquer cette norme pour résoudre le litige »¹⁹⁷. Nous nous contenterons donc de saisir ces ressemblances, qui s'aperçoivent dans le premier temps, l'énoncé de ces deux normes de relevance conflictuelles, qui désigne la règle religieuse (**section 1**) ainsi que dans le second temps du raisonnement, l'application de la règle religieuse désignée (**section 2**).

Section 1 : La désignation de la règle religieuse applicable

24. Structure de la règle de conflit. La structure de la règle de conflit ne diffère pas de celle de la règle de droit. Ainsi, s'il est entendu que toute règle de droit comporte nécessairement une hypothèse, ou présupposé, et une conséquence¹⁹⁸, « dans le cas de la règle de conflit, l'hypothèse est une relation juridique d'un type donné ; la conséquence, son attribution à un ordre juridique particulier »¹⁹⁹. En droit international privé français contemporain, « il est entendu que cet ordre doit être celui avec lequel la situation présente les liens les plus étroits »²⁰⁰. L'étroitesse de ces liens suppose, bien souvent, de localiser la situation, afin de la rattacher à l'ordre juridique ayant le plus de titres à la régir. Transposé à la norme de relevance conflictuelle désignant le droit religieux, le critère de l'étroitesse des liens devra être recherché ailleurs que dans une localisation géographique de la situation litigieuse — on sait en effet que les ordres juridiques religieux sont transnationaux, ce qui les rend, le plus souvent, impropres à la localisation géographique. L'adaptation, toutefois, ne semble pas insurmontable : l'étroitesse des liens de la situation avec l'ordre religieux sera recherchée dans la légitimité du droit religieux à s'appliquer.

L'appréciation de la légitimité variera, bien entendu, du tout au tout, suivant que l'État qui possède cette norme de relevance sera d'inspiration multiconfessionnelle — auquel cas le titre du droit religieux à s'appliquer devra être cherché dans l'importance historique des communautés religieuses²⁰¹ — ou s'il doit être rangé dans les États résolument sécularisés — auquel cas le titre du droit religieux à s'appliquer devra être cherché dans la liberté religieuse reconnue aux individus. Dans le premier cas, le modèle du genre sera désigné par « règle de conflit intercommunautaire », dont l'énoncé a tout d'une authentique règle de conflit (§ 1) ; dans le second, c'est l'obligation

¹⁹⁷ P. DEUMIER, « Repenser les outils des conflits de normes entre systèmes », in *Traité des rapports entre ordres juridiques* (dir. B. BONNET), Paris, LGDJ/ Lextenso, 2016, p. 497, spéc. p. 498.

¹⁹⁸ Cf. *supra*, n° 12.

¹⁹⁹ B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n° 171, p. 152.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Cf. *supra*, n° 21.

d'accommodement raisonnable qui emprunte quelques traits à l'énoncé d'une règle de conflit, bien qu'elle s'en distingue à d'autres égards (§ 2).

§ 1 L'énoncé de la règle de conflit intercommunautaire

25. Mise à égalité des droits en concurrence. Nous n'envisagerons que deux règles de conflit intercommunautaires : la libanaise, parce qu'elle constitue un modèle du genre, et la française, afin de montrer que les pouvoirs publics français n'ont eu de cesse de lutter contre elle. En dépit d'une similarité très forte entre la règle de conflit intercommunautaire et la règle de conflit internationale de lois²⁰², il faut noter certaines différences. La plus frappante consiste certainement dans l'objet désigné par la première. Alors que la règle de conflit internationale « est [...] susceptible de désigner aussi bien la loi de l'autorité qui la met en œuvre [...] que les lois étrangères »²⁰³, les règles de conflit intercommunautaires se bornent en général à désigner l'autorité compétente pour se prononcer sur le point de droit considéré. Une fois que l'autorité compétente est déterminée, cette dernière appliquera sa propre loi. La doctrine international-privatiste prévoit une qualification spéciale pour ces règles, qu'elle appelle « règles de conflit d'autorités »²⁰⁴. Au Liban, cette règle dérive de l'arrêté n° 60 L.R. de 1936 modifié par l'arrêté n° 146 L.R. de 1938²⁰⁵ ; la loi du 2 avril 1951, qui règle la compétence des autorités non-musulmanes en est un bon exemple²⁰⁶. Des remarques analogues pourraient être faites au sujet de l'application du statut personnel musulman à Mayotte, ou, naguère, en Algérie française — du moins jusqu'à l'abrogation de la justice cadiale à Mayotte²⁰⁷, et bien qu'il faille les assortir de sérieux tempéraments — : les décrets qui servent de norme de relevance conflictuelle sont des textes qui organisent, tant en Algérie²⁰⁸ qu'à Mayotte²⁰⁹, la justice musulmane, qui, seule, commande l'application du droit religieux.

²⁰² Similarité qui a maintes fois été soulignée en doctrine : V. PARISOT, « Les classifications des conflits internes de lois à l'épreuve de leurs solutions », *Rev. crit. DIP* 2014, 469 ; P. GANNAGE, « La distinction des conflits internes et internationaux de lois », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette Antoine/ Presses de l'Université Saint-Joseph, 2019, p. 199, spéc. p. 207 ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, t. 327, p. 215, n° 200 ; L.-A. BARRIERE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Éditions universitaires, 1993, p. 71 et s.

²⁰³ B. AUDIT et L. D'AVOUT, *op. cit.*, n° 172, p. 153 : les auteurs préfèrent le terme « multilatéral » à « bilatéral ».

²⁰⁴ Sur ces règles, v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Paris, PUF, 2017, 4^{ème} éd., t. I, n° 583 et s., p. 727 et s. La paternité du nom donné à ces règles serait attribuée à J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1944, t. III, n° 850 et s., p. 29.

²⁰⁵ Il sera encore question, cf. *infra* n° 51.

²⁰⁶ L. du 2 avril 1951, art. 14 : « L'autorité confessionnelle compétente pour statuer sur le contrat de mariage et ses effets est celle devant laquelle le mariage a été célébré [...] »

²⁰⁷ Cf. *infra*, n° 57.

²⁰⁸ D. du 10 sept. 1886 et du 17 avr. 1889 organisant la justice musulmane.

²⁰⁹ D. du 1^{er} juin 1939, art. 6 : « Les cadis jugent d'après le droit musulman et les coutumes indigènes. Le code musulman *Minibadji el Talibir* est seul officiel et applicable dans l'archipel ».

Les différences, entre la règle de conflit intercommunautaire et la règle de conflit internationale, ne remettent toutefois pas en question le postulat suivant : les droits virtuellement en concurrence — statuts religieux, dans le cas du Liban, statut civil et statut musulman, dans le cas de la France — sont placés sur un pied d'égalité. Ce postulat d'égalité, qui est l'âme de la règle de conflit de lois, fait de la règle de conflit intercommunautaire un sous-genre de la première²¹⁰. Comme elle, la règle de conflit intercommunautaire désigne son champ d'application — autrement appelé la catégorie de rattachement — et comporte l'élément de rattachement, par lequel la situation est reliée à la loi religieuse. Ces deux composantes de la règle de conflit ne varient presque pas : la catégorie de rattachement est toujours limitée au statut personnel **(I)**, et l'élément de rattachement est systématiquement recherché dans l'appartenance religieuse des parties à la relation de droit privé **(II)**.

I. La catégorie de rattachement du statut personnel

26. Conception extensive de la catégorie au Liban. Au Liban, comme d'ailleurs dans l'essentiel des pays qui possèdent la même norme de relevance, la catégorie de rattachement du statut personnel est très vaste²¹¹. L'étendue varie toutefois selon les communautés religieuses dont il est question. Alors que le statut personnel des communautés musulmanes²¹² englobe l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions ainsi que les libéralités, la catégorie est plus limitée pour les autres communautés : les successions en ont été retranchées par une loi du 29 juin 1959. Le droit des successions des treize communautés religieuses non-musulmanes est donc régi par une loi étatique²¹³. Le caractère extensif de la catégorie vise ainsi à garantir l'homogénéité et l'indivisibilité du droit religieux.

²¹⁰ Sur l'égalité des statuts que postule la règle de conflit intercommunautaire, v. P. GANNAGE, « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, *op. cit.*, p. 89, spéc. p. 90.

²¹¹ Ainsi, la doctrine considère en général que « concernant en premier lieu les catégories de rattachement, la particularité de la règle de conflit interne, généralement affirmée par la doctrine, résiderait dans le fait que le statut personnel serait entendu de manière beaucoup plus extensive pour le règlement des conflits internes que pour celui des conflits internationaux. Loin de se limiter à l'état et à la capacité des personnes, il engloberait non seulement les régimes matrimoniaux, les libéralités, les successions mais également le droit des biens et des contrats. » V. V. PARISOT, « Les classifications des conflits internes de lois à l'épreuve de leurs solutions », *Rev. crit. DIP* 2014. 469.

²¹² Les communautés musulmanes existant au Liban sont au nombre de cinq : les Sunnites, les Chiïtes, les Druzes, les Alaouites et les Ismaéliens.

²¹³ Sur cette loi, v. par ex. E. RABBATH, *op. cit.*, p. 102-103 : « L'annexe I à l'arrêté n°60 L.R. donne une énumération limitative [des communautés]. Les communautés chrétiennes comprennent ainsi, selon l'énumération et la qualification donnée à chacune d'elles, les Patriarcats, maronite, grec-orthodoxe, catholique-melkite, arménien-grégorien (orthodoxe), arménien-catholique, syrien-orthodoxe, syriaque ou syrien-catholique, assyro-chaldéen (nestorien), chaldéen, ainsi que l'Église latine. On pourrait observer que cette annexe avait, dans cette énumération, omis d'indiquer la communauté protestante. Aussi cet oubli fut-il réparé par l'arrêté de 1938 qui, en son article 28, a disposé que « la communauté protestante est comprise dans l'annexe I de l'arrêté n° 60 L.R. du 13 mars 1936 [...] Les communautés

Telle ne pouvait pas être la position du droit français, dans lequel plusieurs stratégies ont été développées pour limiter l'étendue du statut personnel musulman.

27. Stratégies limitant l'étendue du droit musulman *ratione personae*. Bien que la puissance coloniale française s'était engagée à respecter l'intégrité des statuts religieux locaux, le législateur métropolitain avait, dès l'origine, placé de grands espoirs dans un mécanisme conçu pour diminuer, *ratione personae*, l'emprise du droit musulman en Algérie et à Mayotte : il s'agissait de la renonciation au statut personnel religieux.

Mise en place dès les textes fondateurs, la renonciation devait être générale et irréversible, et faire l'objet d'une procédure judiciaire. Elle ne pouvait être que personnelle : un père ne saurait renoncer pour son enfant existant, même mineur. Pour l'Algérie, le sénatus-consulte²¹⁴ de 1865 ne posait qu'une condition, celle de la majorité de l'indigène²¹⁵. À Mayotte, la renonciation emporte changement de registre de l'état civil²¹⁶. En tout état de cause, « la porte [...] ne s'[ouvre] que dans un sens : la renonciation s'[opère] toujours en faveur du droit commun »²¹⁷.

Les auteurs du sénatus-consulte de 1865 ainsi que ceux de l'article 75 de la Constitution partageaient une certitude, à savoir que « le sens de l'histoire [était] la renonciation au statut »²¹⁸. Tôt ou tard, pensait-on alors, les indigènes reconnaîtraient la supériorité juridique et politique du Code civil français, et abandonneraient leurs statuts personnels religieux. En effet, « l'on n'était pas loin de considérer comme contraire à l'humanité et au droit naturel de refuser à des habitants des colonies ce que l'on appelait le bénéfice des lois françaises »²¹⁹. Henri Solus croyait prophétiser, lorsqu'il s'écriait que les statuts religieux s'éteindront « sans que le peuple colonisateur le veuille expressément, et presque à l'insu du peuple colonisé, plus ou moins rapidement suivant le génie du

musulmanes englobent les communautés sunnite, chiite (jafaarite), alaouite, ismaïliennes et druze [...] Les communautés israélites se composent, dit l'annexe, des synagogues d'Alep, de Damas et de Beyrouth. »

²¹⁴ Un sénatus-consulte est un avis du Sénat ayant, sous la période du Consulat ainsi que du Premier et du Second Empire, force de loi.

²¹⁵ Sénatus-consulte du 14 juill. 1865. V. L.-A. BARRIERE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Éditions universitaires, 1993, p. 158.

²¹⁶ L. n° 2001-616 du 11 juill. 2001 relative à Mayotte, art. 57, et D. n° 2002-1168 du 11 sept. 2002 portant application de ladite loi. Sur les doubles registres de l'état civil, cf. *infra* n° 30.

²¹⁷ N. ROULAND, « Les statuts personnels et les droits coutumiers », in *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, (dir. A.-M. LE POURHIET), Aix-en-Provence, PUAM-Economica, 1999, p. 145, spéc. p. 156.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 146.

²¹⁹ H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Sirey, n° 8, cité par L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, p. 33.

premier et l'aptitude du second. »²²⁰. On sait à quel point ces enthousiastes du Code civil se sont trompés : les musulmans d'Algérie et de Mayotte tenaient à leur statut religieux²²¹.

Face à cet échec, le législateur métropolitain a proposé une voie médiane : la renonciation partielle. Les musulmans d'Algérie et de Mayotte pouvaient décider, par convention, de soumettre une question au droit civil laïc. En Algérie, l'option restreinte de législation fut pratiquée pour placer un mariage sous l'empire du droit français ou bien pour permettre l'adoption d'un enfant²²². À Mayotte, la renonciation partielle, ou option restreinte de législation, a été mise en place par l'ordonnance du 3 juin 2010²²³.

La renonciation générale n'ayant pas eu le succès escompté, et la renonciation partielle étant impropre à supprimer le droit religieux, il fallut trouver des moyens détournés pour diminuer son emprise.

28. Stratégies limitant l'étendue du droit musulman *ratione materiae*. Ces moyens détournés résultent de l'action conjointe de la jurisprudence et du législateur : ils consistent tous à réduire l'emprise du droit religieux, en proposant des modifications de l'énoncé de la règle de conflit.

La manière la plus évidente fut de multiplier les règles de conflit, de manière à concurrencer celle qui donnait tant d'emprise au droit musulman. L'occasion fut donnée dans les nombreux conflits de coutume qui ont vu le jour tant en métropole que sur le sol algérien. Ils auraient pu être résolus selon le droit musulman, c'est-à-dire par la règle de conflit du privilège de religion²²⁴. En effet, en reconnaissant compétence au droit musulman, l'ordre étatique français

²²⁰ H. SOLUS, « Le respect des coutumes indigènes », *Rec. Daresté*, 1933, doct. p. 425, cité par N. ROULAND, « Les statuts personnels et les droits coutumiers », in *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, (dir. A.-M. LE POURHIET), Aix-en-Provence, PUAM-Economica, 1999, spéc. p. 156.

²²¹ D'après le rapport au Sénat présenté à Mayotte, seule une vingtaine de personnes par an fait usage de la possibilité de renonciation au statut personnel : v. J.-P. SUEUR, Ch. COINTAT, F. DESPLANTS, « Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis », *Rapport d'information au Sénat*, 18 juill. 2012.

²²² Cette possibilité exista dès l'ord. du 10 août 1834 organisant la justice musulmane en Algérie. Pour le mariage : CA Alger, 29 déc. 1885, *J.R.* 1886, p. 74, cité par L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, p. 141. Pour l'adoption : Trib. civ. de Bône, 24 déc. 1957, *R. A.* 1958, II, p. 75, cité par L.-A. BARRIERE, *ibid.*

²²³ Ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 1^{er} et 5.

²²⁴ Le privilège de religion peut être défini comme la garantie faite au plaideur d'être toujours soumis au juge et à la loi de sa confession — sans doute convient-il d'ajouter : et quelle que soit la religion ou la nationalité des autres parties au litige. Par exemple, en vertu de ce privilège, le mari français et musulman d'une Française pourrait valablement contracter un second mariage sans dissolution du premier : son appartenance religieuse détermine, pour la haute juridiction marocaine, le droit qui lui est applicable. Le droit musulman tel qu'interprété par le législateur marocain autorise la polygamie ; l'action en nullité de sa première femme, française et non musulmane, est irrecevable : Cour suprême marocaine, 24 nov. 1964, *JDI* 1966, p. 389, note P. DECROUX. La solution est remarquable en ce que le jeu normal de la règle de conflit marocaine aurait dû conduire à l'application de la loi substantielle française, qui ne permet

pouvait également accepter les règles de conflit du droit musulman. Tel ne fut pas le choix des juges français, qui ont, dès que l'occasion se présentait, créé des règles spéciales de conflit interpersonnel²²⁵. Ces règles spéciales, qui doublent la règle de conflit interne de l'article 75 de la Constitution, peuvent se résumer de la façon suivante : étant destinées à permettre l'application la plus fréquente et la plus étendue du droit étatique laïc, elles pourraient être appelées « privilège de laïcité », en écho au privilège de religion²²⁶. Ainsi, le juge de droit commun se disait compétent du fait de la présence dans le litige d'une seule personne de statut laïc, ce qui permettait l'application du droit laïc, et de là, la diminution de l'emprise du droit religieux²²⁷.

Une autre manière, plus radicale, de modifier l'énoncé de la règle de conflit fut de prendre prétexte du processus de « départementalisation » de Mayotte, pour dire que les Mahorais ne relevaient plus de l'article 75 de la Constitution. En effet, en application du principe dit « d'identité législative », mis en œuvre par la loi du 7 décembre 2010²²⁸, ratifiant l'ordonnance du 3 juin 2010, le droit applicable à l'île devrait être identique au droit métropolitain. Le droit commun serait désormais applicable de plein droit aux collectivités et territoires d'outre-mer, ce qui mettrait définitivement fin à l'héritage de l'ordonnance du 18 mars 1766, instituant le régime légal des colonies²²⁹. Pourtant, le fait que Mayotte devienne un département ne suffit pas à justifier l'application du Code civil aux Mahorais. On avance, en sens contraire, que l'Algérie était un

pas la polygamie. L'appartenance religieuse du mari prime sur toute autre considération : « pour les ressortissants d'États laïques soumis d'après leur loi d'origine à un statut civil, la portée de la règle est considérable, puisqu'elle aboutit à leur imposer, au seul vu de leur religion, un changement complet de statut du seul fait de leur présence sur le territoire de l'État musulman. » V. J. DEPRESZ, « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », *RCADI*, 1988, vol. 211, Nijhof, Leiden, p. 132. Sur le privilège de religion, v. par ex., A. K. ELGEDDAWY, *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé* (préf. H. BATIFFOL), Paris, Dalloz, 1971, n° 224, p. 170, qui reformule ainsi le privilège de religion : « l'étranger musulman serait soumis au droit musulman et l'étranger non-musulman régi par sa loi nationale », étant précisé qu'en outre, les rapports mixtes seraient soumis à la loi musulmane ; également : L. GANNAGE, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », in *RCADI*, 2013, vol. 357, n° 53, p. 276 : en droit musulman, le « privilège de religion [...] conduit à garantir aux plaideurs de confession musulmane la possibilité d'être toujours soumis à leur propre juge et à leur propre loi. »

²²⁵ En ce sens, L.-A. BARRIERE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Éditions universitaires, 1993, p. 80 et s.

²²⁶ En ce sens, v. V. PARISOT, « Les classifications des conflits internes de lois à l'épreuve de leurs solutions », *Rev. crit. DIP* 2014. 469 : « En réalité, l'application du statut civil français — ou de droit moderne — ne repose sur aucune justification véritable autre que celle de vouloir asseoir la prééminence d'un droit sur les autres. Le système peut, dans une certaine mesure, être comparé au privilège de religion des États musulmans du Maghreb et du Moyen-Orient lequel consiste, dans l'ordre interne comme dans l'ordre international, à appliquer le droit musulman dans tout rapport mettant en cause soit un musulman, soit deux personnes non musulmanes mais qui ne partagent pas le même rite. » Sur les raisons qui ont amené le juge de droit commun à faire obstacle au privilège de religion, et à d'autres dispositions du droit musulman particulières, cf. *infra*, n° 422 et s.

²²⁷ CA Alger, 16 mai 1949, R. A. 1950, II, p. 121 : « Par la présence en la cause de personnes de statut civil français, les parties deviennent toutes justiciables de la juridiction française, et toute la succession du Sieur O... de statut personnel, doit être obligatoirement régie par la loi française », cité par L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, p. 135.

²²⁸ L. n° 2010-1487 du 7 déc. 2010.

²²⁹ Cf. *supra*, n° 21.

département français, et qu'on appliquait pourtant aux Algériens leur statut personnel religieux²³⁰ ; que le statut administratif d'une collectivité est sans effet sur l'état des personnes²³¹ ; qu'enfin, « la véritable question [...] est de déterminer si l'article 75 de la Constitution a vocation à s'appliquer dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution. »²³². Bref : le nouveau statut administratif de Mayotte l'exclut-il du champ d'application de la règle de conflit interne de l'article 75 de la Constitution ? La réponse à cette question semble, à ce jour, encore incertaine. Pour notre propos, il suffit de dresser le constat suivant : à Mayotte, le droit musulman tend à être supprimé, que ce soit pour de bonnes ou de mauvaises raisons juridiques.

29. Droit musulman résiduel à Mayotte. Aussi convient-il de faire le bilan : que reste-t-il du droit religieux de Mayotte ? D'après l'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010²³³, le statut religieux reste le statut applicable en principe. Cependant, l'ordonnance a tant « rapproché » le statut local du droit civil qu'il ne s'y trouve plus les dispositions typiques du droit musulman, comme la répudiation²³⁴, le mariage polygamique²³⁵ et les discriminations successorales²³⁶. La formation et la dissolution du mariage sont désormais régies par le Code civil. Seules les obligations nées du mariage, c'est-à-dire le régime primaire impératif — exception faite de la pleine capacité

²³⁰ C'est le sens de l'argumentation de F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel et la consultation de Mayotte », note sous Cons. const., 4 mai 2000, déc. n° 2000-428 DC, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, RJP 2000-3, t. 54, p. 250.

²³¹ J.-B. SEUBE, « Questions de droit privé à Mayotte », *RJOI* 2009, numéro spécial *Mayotte 2009 : questions sur l'avenir du 101^{ème} département*, doct. spéc. p. 137 : « le statut personnel est un élément de l'état des personnes et, en tant que tel, est indifférent au statut administratif de l'île. Théoriquement donc, il n'est pas inconcevable que Mayotte, département français, conserve un statut civil de droit local. ». Pourtant, le processus de départementalisation, qui a été amorcé depuis l'accord bilatéral du 27 janv. 2000 passé entre l'île et la France métropolitaine (*JORF* n° 32 du 8 févr. 2000, p. 1985, texte n° 8), devait laisser intact le principe de spécialité législative. La métropole s'y était à nouveau engagée au point 4 de l'accord ainsi rédigé : « Mayotte continuera de bénéficier de la spécialité législative : les lois ne s'y appliqueront que sur mention expresse et après avis du conseil général. Dans certains domaines, l'identité législative sera progressivement instaurée. Le conseil général pourra solliciter l'extension ou l'adaptation des lois et règlements. L'objectif est d'étendre à Mayotte le principe d'identité législative à l'horizon 2010. Le droit applicable à Mayotte fera l'objet d'un effort soutenu de modernisation et d'adaptation dans le sens du droit commun. »

²³² V. PARISOT, *Les conflits internes de lois* (préf. P. LAGARDE), Paris, IRJS éditions, 2013, p. 530.

²³³ Ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte, art. 1^{er} : « Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités. L'exercice des droits, individuels ou collectifs, afférents au statut civil de droit local ne peut contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français. En cas de silence ou d'insuffisance du statut civil de droit local, il est fait application, à titre supplétif, du droit civil commun. Les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local. »

²³⁴ Abrogée par la L. n° 2001-616 du 11 juill. 2001, art. 52-3, al. 2 et 3 : « La rupture unilatérale de la vie commune par l'un des époux est une cause de divorce. Les époux sont égaux dans les conditions et les effets de la dissolution du mariage. »

²³⁵ Abrogée par la L. préc., art. 52-2, reprise par l'ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 9 : « on ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du ou des précédents mariages. »

²³⁶ Abrogée par la L. préc., art. 52-4, reprise par l'ord. préc., art. 12.

de la femme mariée —, sont encore sous l'empire de la loi religieuse, que désigne l'élément de rattachement, l'appartenance religieuse.

II. L'élément de rattachement objectif de l'appartenance religieuse

30. La religion, élément de l'état des personnes. Dans toute question de droit se rapportant au statut personnel, la loi désignée sera celle qui correspondra à l'autorité confessionnelle compétente : les litiges successoraux des communautés musulmanes sont résolus par les tribunaux charaïques²³⁷ ; la loi applicable au mariage sera celle de l'autorité confessionnelle l'ayant enregistré²³⁸ ; *idem* pour les divorces, etc. L'appartenance religieuse joue le rôle de l'élément de rattachement, permettant de désigner objectivement l'autorité compétente, et, partant, la loi religieuse applicable. En raison de son importance, l'appartenance religieuse constitue un élément de l'état des personnes, et à ce titre, elle figure sur les registres de l'état civil, au Liban comme en Algérie française et à Mayotte.

Dans l'outre-mer français, en raison de la dualité des statuts civil et religieux, les pouvoirs publics français ont mis en place un système de doubles registres. Deux registres de l'état civil coexistent ainsi, qui avaient été mis en place en Algérie française²³⁹, et qui subsistent à Mayotte : le registre « coranique » et le registre « européen »²⁴⁰.

²³⁷ En ce sens, v. P. GANNAGE, « Droit intercommunautaire et droit international privé (à propos de l'évolution du droit libanais face aux droits proche-orientaux) », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette Antoine, coll. « Presses de l'Université Saint-Joseph », 2019, p. 235, spéc. p. 255-256.

²³⁸ Pour le Liban, L. du 2 avril 1951, art. 14 et 15.

²³⁹ Lorsque la France a pris possession de l'Algérie, elle a mis en place un système de recensement populaire, laissant la tenue des registres de l'état civil au cadî, en vertu d'une loi de 1836. Cependant, il fut rapidement question de transférer cette compétence à des autorités municipales non religieuses par les D. impériaux des 8 août et 20 sept. 1854, art. 10 et 11, alignant la tenue de l'état civil algérien sur les critères de l'état civil de France métropolitaine. Ainsi, les mariages et répudiations *more islamico* ont dû être consignés dans l'état civil tenu par les municipalités algériennes vers la fin de l'année 1875, et la L. n° 11.63 du 23 mars 1882 qui constitue l'état civil des indigènes musulmans d'Algérie impose enfin l'enregistrement d'un nom patronymique. Les mentions d'un patronyme et de la situation matrimoniale indiquent un alignement du registre musulman sur les canons français de l'état civil : on sait que les mariages et les répudiations sont en principe des actes privés n'intéressant pas l'État.

²⁴⁰ À Mayotte, la tenue de ces registres « coranique » et « européen » n'est pas identique : le premier était tenu par le cadî, alors que le second était tenu par la mairie ; les mentions qui figuraient sur les actes ne sont pas les mêmes : à l'époque où la polygamie et la répudiation étaient encore licites à Mayotte, ces événements n'étaient guère renseignés dans les registres de l'état civil coranique. De même, le nom patronymique de l'enfant n'est pas obligatoirement mentionné dans l'état civil coranique. Pour ne citer que cette particularité un peu exotique, le nom patronymique évoluait selon les étapes de la vie des individus : l'appellatif contenait « fils de » ou « fille de » accolé au prénom du père, « puis *Ba* (père) ou *Ma* (mère) de et prénom du fils aîné, et enfin *grand-père* ou *grand-mère* de). Cette identité modifiée au cours de la vie de l'individu pouvait en outre être perturbée par le fait que le père gardait souvent le nom de son enfant secret afin de le protéger contre le malheur et qu'un pseudonyme était couramment utilisé » : v. M. LAMARCHE, « État civil et statut personnel à Mayotte (de l'ordonnance de Villers-Cotterêts à la recherche d'une identité pour les Mahorais du 101^{ème} département français) », *Dr. fam.* 2009/4. Pour une présentation détaillée de la question, v. P. BROSSIER, « L'état civil à Mayotte », in *Mayotte* (dir. O. GOHIN et P. MAURICE), Actes du colloque universitaire

31. Le changement de communauté. Au Liban comme dans l'outre-mer français, la liberté religieuse implique de pouvoir changer de communauté. L'affirmation de principe doit être nuancée, car certaines restrictions empêchent la concordance idéale entre liberté religieuse et statut personnel.

Ainsi, au Liban, si les libanais sont autorisés à faire radier la mention de leur communauté religieuse²⁴¹, l'abandon par un individu de sa communauté d'origine ne produit que peu d'effet en matière de statut personnel. En effet, en l'absence de statut personnel laïc²⁴², le juge cherchera toujours à rattacher cet individu à sa communauté religieuse d'origine, afin d'éviter les dénis de justice. Plutôt que d'être rattaché à une « communauté de droit commun »²⁴³ auquel ne correspond aucun statut civil, les individus seront en pratique souvent tentés de changer de religion. Dans cette démarche, les autorités confessionnelles d'origine et d'accueil doivent être consultées²⁴⁴, principalement en raison des incidences qu'une conversion peut avoir sur le lien matrimonial²⁴⁵. La conversion, aussi libre soit-elle, ne doit pas être entachée de fraude. Le cas s'est produit entre des

de Mamoudzou, 23 et 24 avr. 1991, Université de la Réunion, 1992, p. 233 et s. V. également J. MASSIP, « Règles applicables à Mayotte », *Deffrénois*, 30 oct. 2010, n° 18, art. 39163-1, p. 2019. Depuis l'ord. n° 2000-218 du 8 mars 2000 fixant les règles de détermination des noms et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte, l'île prend le chemin qui a été celui de l'Algérie : si la dualité des registres existe encore, les registres coraniques tendent à s'aligner sur les registres européens. D'ailleurs, c'est aujourd'hui la mairie qui tient les deux registres.

²⁴¹ Circ. n° 14/1 du 6 févr. 2009 du ministre de l'Intérieur Ziad Baroud.

²⁴² Le poids politique des communautés religieuses est connu : on lui attribue la situation d'enlèvement dans laquelle se trouve le législateur étatique, qui ne peut légiférer en matière de statut personnel pour proposer un droit matrimonial non religieux, fût-il facultatif. Les résistances qu'il rencontre auprès des communautés, principalement musulmanes, sont trop fortes. C'est la raison qui a conduit les pouvoirs publics à reconnaître si facilement les mariages célébrés à l'étranger, dans le seul but d'échapper à la compétence des autorités religieuses. Les Libanais l'ont bien compris, et ont pris l'habitude de se marier non loin de la côte libanaise, à Chypre, dont la législation est laïque, afin de bénéficier de la règle de conflit libanaise, qui valide ces mariages. L'astuce est si connue que certains entrepreneurs en ont fait un marché, qui s'avère florissant : v. *L'Orient Le Jour*, 31 août 2009, « Mariage civil à l'étranger : lorsque l'ignorance des lois est source de problèmes », en ligne ; https://www.lorientlejour.com/article/629694/Mariage_civil_a_l%2527etranger%2B%253A_lorsque_l%2527ignorence_des_lois_est_source_de_problemes.html. La situation de blocage dans laquelle se trouve le législateur étatique a encore poussé les pouvoirs publics à d'autres expédients, comme par exemple, à reconnaître les mariages conclus devant notaire, s'ils désignent une loi étrangère. Prenant appui sur l'art. 10 de l'arrêté n° 60 du 13 mars 1936, le ministère de l'Intérieur fait licence au service de l'état civil d'enregistrer les mariages purement civils conclus par des époux libanais, s'ils choisissent l'application d'une loi civile étrangère : v. P. GANNAGE, « L'État libanais est-il laïque ? », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette Antoine, coll. « Presses de l'Université Saint-Joseph », 2^{ème} éd., 2019, p. 15, spéc. p. 21.

²⁴³ Arrêté n° 60 L.R. du 13 mars 1936, modifié par l'arrêté n° 146 L.R. de 1938.

²⁴⁴ Le changement de religion doit être pris en compte tant par les communautés concernées que par l'État, en vertu de l'art. 41 de la loi du 7 déc. 1951, et de l'art. 11 de l'arrêté 60 du 13 mars 1936 : v. P. GANNAGE, art. préc., spéc. p. 19.

²⁴⁵ Ainsi, l'art. 23 de l'arrêté n° 146 L.R. du 18 nov. 1938 confie à l'autorité ayant célébré le mariage de se prononcer sur les effets de la conversion d'un ou des époux sur l'union. Le texte distingue suivant qu'un seul ou les deux époux ont changé de communauté. Si un seul se convertit, l'autorité célébrante reste compétente pour la question de la dissolution du mariage, tandis que si les deux époux se convertissent au même rite, c'est l'autorité de la nouvelle communauté qui se prononcera. En ce sens, v. P. GANNAGE, « Droit intercommunautaire et droit international privé (à propos de l'évolution du droit libanais face aux droits proche-orientaux) », in *op. cit.*, p. 235, spéc. p. 265.

époux, catholiques d'origine, qui, s'étant l'un et l'autre convertis à la religion grecque-orthodoxe, ont introduit une action en divorce cinq jours après leur conversion. Ainsi que l'écrit Pierre Gannagé, « la rapidité de la présentation de l'action en divorce renseignait suffisamment sur le but du changement de communauté effectué par les époux [...] mais des solutions contraires sont données lorsque les apparences sont moins nettes. »²⁴⁶.

Dans l'outre-mer français, c'est une restriction d'un autre genre qui empêche la concordance parfaite entre liberté religieuse et statut personnel. On sait qu'en Algérie française et à Mayotte, l'option de statut personnel ne peut jouer que dans un sens : l'option est forcément une renonciation au statut musulman, et si elle ne se limite pas à une question ponctuelle, elle est irréversible²⁴⁷. Une question reste en suspens : la renonciation au statut musulman, évoquée par l'article 75 de la Constitution française, peut-elle être frauduleuse ? De toute évidence, l'adage *fraus omnia corrumpit* inciterait à une réponse affirmative. Qu'on nous permette cependant d'en douter. L'ardent désir des pouvoirs publics à voir s'amenuiser le droit musulman d'outre-mer pourrait bien les conduire à juger que ce genre de fraude est pardonnable. Si tel était le cas, le « privilège de laïcité » se rapprocherait plus encore du privilège de religion musulmane, consacré notamment en Égypte et au Koweït²⁴⁸ : ainsi, de même que le privilège de religion interdit de sanctionner la conversion frauduleuse à l'islam, le juge laïc ne sanctionnerait pas la renonciation au statut religieux, fût-elle frauduleuse.

En dépit des tensions, vraies ou supposées, qui visent à diminuer l'emprise du droit religieux dans l'outre-mer français, la règle de conflit intercommunautaire, au Liban comme en France, répartit les compétences entre ordres étatique et religieux, les mettant, du même coup, sur un pied d'égalité. Or, à bien y regarder, l'obligation d'accommodement raisonnable n'est pas étrangère à une telle philosophie.

²⁴⁶ P. GANNAGÉ, art. préc. spéc. p. 265, au sujet d'un arrêt ancien de la Cour de cassation, Cass., civ., 29 sept. 1955, *Rev. judiciaire libanaise*, 1955. 780, et *Clunet*, 1961. 174.

²⁴⁷ Cf. *supra*, n° 27. Sur l'assimilation d'un baptême chrétien à une renonciation de statut musulman, v. L.-A. BARRIERE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Éditions universitaires, 1993, p. 211. V. également E. LARCHER, « Des effets juridiques de changement de religion en Algérie », *JDI* 1908. 989 et s., spéc. p. 1001.

²⁴⁸ Dans les systèmes qui consacrent le privilège de religion, celui-ci est renforcé par la prohibition de sanctionner les conversions frauduleuses à l'islam : v. M. CHARFI, « L'influence de la religion sur le droit international privé », *RCADI*, 1987, vol. 203, Nijhof, Leiden, p. 419. L'auteur mentionne le cas du droit égyptien, L. égyptienne n° 462 du 21 sept. 1955, art. 7-2 : ainsi, peu importe que la conversion ne soit le fait que d'une des parties au litige et qu'elle ait eu lieu en cours d'instance ; la conversion à l'islam entraîne automatiquement l'application du droit musulman, alors que la conversion à une autre religion est sans effet si elle a lieu en cours d'instance. De même, le Koweït a fait le choix d'une prohibition explicite du contrôle des conversions frauduleuses : en témoigne l'article 144-b du Code de la famille koweïtien, qui dispose que : « Dans tous les cas, il n'est pas permis de rechercher la véracité des dires de celui qui se convertit à l'islam, ni les raisons pour lesquelles il se convertit. »

§ 2 L'énoncé de l'obligation d'accommodement raisonnable

32. Définition de l'obligation d'accommodement raisonnable. L'obligation d'accommodement raisonnable est une création jurisprudentielle des Cours suprêmes des États-Unis et du Canada, par laquelle toute personne est autorisée à solliciter le respect du droit de sa religion, lorsque le droit étatique normalement applicable en diffère par son contenu²⁴⁹. Tout individu qui désirerait voir appliquer le droit de sa religion à sa situation peut donc être le créancier de cette obligation, créance qu'il fera valoir contre l'autre partie à la relation de droit. Pour le dire autrement, « l'obligation d'accommodement (ou d'adaptation) oblige, dans certains cas, l'État, les personnes et les entreprises privées à modifier des normes, des pratiques ou des politiques légitimes et justifiées, qui s'appliquent sans distinction à tous, pour tenir compte des besoins particuliers de certaines minorités, principalement les minorités ethniques et religieuses. »²⁵⁰.

33. Une obligation valable en tous domaines. Née aux États-Unis d'Amérique en 1966²⁵¹, l'obligation d'accommodement raisonnable a été adoptée par la Cour suprême canadienne en 1985²⁵². Ce premier exemple de la longue série jurisprudentielle qui a suivi concernait les prescriptions religieuses d'une salariée. Fidèle de l'Église adventiste, elle se disait soumise à un sabbat strict, qui lui interdisait de travailler le samedi. Son employeur, cependant, refusait de modifier les emplois du temps des autres salariés pour faire droit à sa demande. Il a été condamné : la Cour suprême canadienne a considéré que l'employeur était débiteur d'une obligation d'accommodement raisonnable, par laquelle il était tenu, dans la mesure du raisonnable, d'intégrer les prescriptions religieuses de ses salariés dans l'organisation du temps de travail.

²⁴⁹ V. par ex., E. BRIBOSIA, I. RORIVE, F. TULKENS (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse : regards croisés, Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles/ Bern/ Berlin, P.I.E. Peter Lang, 2015 ; J. TORRES-CEYTE, « La religion et le contrat au Québec », *RIDC* 2020, n°3, p. 741.

²⁵⁰ Telle est la définition de J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) *Rev. dr. McGill* (vol. 43) 325.

²⁵¹ Les accommodements raisonnables sont une création de l'*Equal Employment Opportunity Commission*, une structure instituée par le Congrès dont l'objet était de surveiller l'application du *Civil Right Act* de 1964, interdisant les discriminations sur les lieux de travail. Se fondant sur une disposition de cette loi dont elle contrôlait l'application, l'*Equal Employment Opportunity Commission* a formulé le 15 juin 1966 une recommandation en ces termes : « L'exigence de non-discrimination du titre VII inclut le devoir des employeurs de satisfaire les besoins religieux raisonnables de leurs employés lorsqu'un tel accommodement est possible sans désagrément sérieux pour la gestion de l'entreprise. » V. A. FIORENTINO, « La liberté religieuse sur les lieux du travail : approche comparative des systèmes américain et britannique », *RDT* 2013, p. 649.

²⁵² Cour suprême du Canada, *Ontario Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears Ltd*, [1985] 2 S.C.R. 536, § 23 : « Admettant qu'une obligation d'accommodement pèse sur l'employeur, il devient nécessaire d'y mettre des limites réalistes. L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres termes, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et lui impose des frais excessifs. » (traduction libre).

Débordant du cadre du droit du travail, l'obligation a été étendue à toute personne se prévalant du droit étatique : administrations publiques invoquant leurs règlements²⁵³, fille créancière d'une obligation alimentaire²⁵⁴, consommateur réclamant la protection du droit de la consommation²⁵⁵, syndic se réclamant du règlement de copropriété²⁵⁶... Tous, face à un adversaire invoquant le droit religieux, deviennent les débiteurs de l'obligation d'accommodement raisonnable. Par le seul effet de cette obligation, leurs prétentions à s'en tenir au respect de la loi étatique sont remises en question lorsqu'elles sont confrontées à la revendication de la partie « religieuse ».

34. Une norme de relevance conflictuelle. Un tel bouleversement du droit étatique découle de la position de la liberté religieuse et du droit des minorités au sommet de la hiérarchie des normes. Garantis, au Canada, par la Charte canadienne des droits et des libertés²⁵⁷, et aux États-Unis d'Amérique, par le *Religious Freedom Restoration Act*²⁵⁸, la liberté religieuse et le droit des minorités impliquent donc que tout individu puisse exiger le respect du droit de sa religion²⁵⁹.

²⁵³ Pour le cas d'un élève sikh demandant à être exempté de la prohibition de porter des armes dans l'enceinte scolaire, afin de pouvoir se conformer à la prescription de sa religion, qui lui impose de porter un poignard en métal, v. Cour suprême du Canada, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* [2006] 1 RCS, 256. Au sujet de la demande d'accommodement des membres de la communauté huttérite, visant à être exemptés de devoir produire une photographie d'identité sur leur permis de conduire, Cour suprême du Canada, *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* [2009] 2 R.C.S., p. 567.

²⁵⁴ Cour supérieure du Québec, *Droit de la famille – 39*, [1983] RJQ 74 (C.S.), au sujet d'un père de confession catholique, qui refusait d'exécuter son obligation alimentaire à l'égard de la fille, et demandait une exemption fondée sur ses convictions religieuses.

²⁵⁵ Cour supérieure du Québec, *Église de scientologie c. Office de la protection du consommateur* [1997] RJQ 2233 (C.S.), au sujet de l'Église de scientologie, qui demandait une exemption fondée sur sa liberté religieuse afin d'échapper à la réglementation de la consommation, qui lui imposait de rembourser certaines sommes à des adhérents, qui avaient, au regard du droit étatique, la qualité de consommateurs.

²⁵⁶ Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c/ Amsellem*, [2004], 2 RCS, 551, au sujet d'un règlement de copropriété qui interdisait la construction de cabanes sur les balcons, que des copropriétaires de confession juive entendaient critiquer, et demander une exemption fondée sur une prescription de leur religion.

²⁵⁷ Charte canadienne des droits et libertés, art. 1^{er} : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique », et art. 27 : « Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. ».

²⁵⁸ Le *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) est une loi fédérale adoptée par le Sénat en nov. 1993 (Pub. L. N° 103-141, 107 Stat. 1488), qui, parce qu'elle est fédérale, ne s'applique pas directement dans les États fédérés, et n'a été transposée dans la législation que de 21 États. Son objet est de faire échec à la jurisprudence de la Cour suprême *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) et de rétablir l'état du droit antérieur, dans lequel la recherche de *religious accommodation* ou d'accommodement raisonnable est une obligation pouvant être sollicitée par toute personne titulaire de la liberté religieuse, et au sujet de toute norme étatique. Ce droit antérieur est contenu dans la jurisprudence *Sherber v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963), dans laquelle la Cour suprême avait systématisé un « test » en deux étapes, qui est similaire au « test » canadien, cf. *infra*, n° 41 et s.

²⁵⁹ Telle était la position exprimée par le gouvernement canadien en 1991 : « Dans l'histoire de notre pays, il n'a jamais été suffisant de ne protéger que les droits universels des individus. Ici, la Constitution et les lois protègent aussi les droits accordés aux personnes en tant que membres de certaines communautés. Cette conciliation des deux genres de droits donne à notre Constitution un caractère unique et une valeur typiquement canadienne ; celle d'une égalité qui admet les différences. L'existence des droits communautaires et des droits individuels dans une même constitution, la

L'obligation d'accommodement raisonnable est donc la norme étatique qui admet formellement le conflit entre le droit étatique, normalement applicable à la situation, et le droit religieux, dont se prévaut le titulaire de la liberté religieuse. Il s'agit donc bien d'une norme de relevance, puisqu'elle conduit le juge étatique à appliquer un droit religieux²⁶⁰. Mais peut-on soutenir qu'elle emprunte ses traits à la règle de conflit de lois, et puisse, en conséquence, être rangée dans la catégorie des normes de relevance conflictuelles ?

Comme la règle de conflit de lois, l'obligation d'accommodement raisonnable postule l'égalité des systèmes en présence²⁶¹. Et c'est parce qu'elle présuppose que l'ordre étatique et l'ordre religieux sont mis sur un pied d'égalité que le conflit peut naître. Si l'obligation d'accommodement raisonnable ressemble à une règle de conflit, c'est moins par la structure de son énoncé — qui ne comporte ni catégorie ni élément de rattachement — que parce qu'elle autorise expressément l'élévation d'un conflit internormatif. En outre, son énoncé contient une directive permettant, au cas par cas, de le trancher. Aux termes de celle-ci, le juge donnera la préférence à la loi dont l'application est la plus légitime. Or, comment ne pas voir dans cette directive une recherche équivalente à celle que préconise la méthode conflictuelle, qui veut que « quand [...] on recherche la loi applicable à une question, il s'agit toujours, sous une forme ou sous une autre, de déterminer le système juridique avec lequel la situation considérée a les liens les plus intimes »²⁶² ?

35. Différence avec le principe de proportionnalité de la CEDH. Toutefois, la ressemblance de l'obligation d'accommodement raisonnable avec le principe de proportionnalité pourrait faire douter de l'opportunité de la ranger dans la catégorie des normes de relevance conflictuelles — et ce d'autant plus que la doctrine juge volontiers que celui-ci ne ressemble à aucune des techniques du droit international privé²⁶³. Comme l'obligation d'accommodement raisonnable, le principe de proportionnalité a vocation à remettre en question la validité du droit

nôtre, est en effet au cœur du projet canadien. », cité par W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, La Découverte, coll. « Textes à l'appui », 2001, p. 45-46. Pour une position critique, v. M. BOCK-COTE, *Le multiculturalisme comme religion politique*, Paris, Cerf, 2016, p. 117 : « on refondera la citoyenneté occidentale, en dépassant l'égalité de droits entre tous les citoyens pour envisager l'égalité entre les groupes. »

²⁶⁰ Cf. *supra*, n° 16.

²⁶¹ En ce sens, v. par ex. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé », *RCADI*, Leiden/Boston, Brill/Nijhof, 2017, n°51, p. 84 : « la règle de conflit de lois bilatérale met sur le même pied droit du for et droit étranger. » Il en résulte que les lois en conflit sont dites « fongibles » (*ibid.*, n° 71, p. 111).

²⁶² H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, (prés. Y. LEQUETTE), rééd. 2002, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », n° 99, p. 220-221.

²⁶³ Du reste, le mécanisme du contrôle de proportionnalité est jugé inclassable, n'empruntant aucun caractère aux mécanismes classiques du droit international privé : comp. R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale* (préf. L. GANNAGE), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 195, 2020, n° 256 et s.

étatique, lorsqu'il est allégué que son application conduit à la violation d'un droit fondamental. Et à l'instar de l'obligation d'accommodement raisonnable, le principe de proportionnalité possède cette faculté d'élever le conflit entre le droit fondamental supposément violé, d'une part, et le droit étatique, d'autre part. Si l'obligation d'accommodement raisonnable venait un jour à être consacrée en France, ce serait certainement par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁶⁴.

Cette ressemblance apparente ne doit pas occulter une différence importante, qui tient au fait que le contrôle de proportionnalité n'a d'yeux que pour les individus. S'il peut conduire à ouvrir le droit étatique sur une prescription religieuse, cette « relevance juridique » sera bien accidentelle. En effet, contrairement à l'obligation d'accommodement raisonnable, le contrôle de proportionnalité a été pensé pour protéger les droits fondamentaux individuels, sans arrière-pensée pour les minorités. Et pour éviter que le contrôle de proportionnalité ne se transforme en norme de relevance, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme ont pris le soin d'élaborer la notion de « marge nationale d'appréciation »²⁶⁵, qui colmate, dans bien des cas, la brèche pratiquée dans le droit étatique — échappatoire que ne possède pas l'obligation d'accommodement raisonnable. En somme, si le contrôle de proportionnalité ne peut pas encore être considéré comme une norme de relevance conflictuelle, c'est en grande partie parce qu'il n'est pas encore arrivé au même degré de généralisation que l'obligation d'accommodement raisonnable. Que la marge nationale d'appréciation vienne à disparaître, que le contrôle de proportionnalité fasse l'objet d'un énoncé strictement encadré et s'imposant en toute matière aux États signataires, alors les différences entre les deux mécanismes pourront sembler infimes : il deviendra difficile de distinguer entre la faveur faite aux consciences individuelles et la consécration d'un droit des minorités.

On le voit : si l'obligation d'accommodement raisonnable peut être rangée dans les normes de relevance conflictuelles, c'est parce qu'elle postule, comme la règle de conflit de lois, l'égalité des droits étatique et religieux **(I)**, et que, comme elle, elle tranche le conflit internormatif en donnant la préférence au droit le plus légitime **(II)**.

²⁶⁴ La première utilisation, à notre connaissance, des accommodements raisonnables résulte de l'affaire Cour EDH, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, *Eweida et alii c/ Royaume-Uni*, et le commentaire : M. HUNTER-HENIN, « L'impact de l'arrêt *Eweida* de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit anglais », in *Les religions et le droit du travail* (dir. B. CALLEBAT, H. DE COURREGES, V. PARISOT), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 343.

²⁶⁵ Sur la marge nationale d'appréciation, cf. *infra* n° 270 et s.

I. Le postulat de l'égalité des droits étatique et religieux

36. Exemple de conflit. Prenons l'exemple de l'affaire susmentionnée de l'obligation alimentaire. Dans cette affaire, référencée sous le nom de *Droit de la famille – 39*²⁶⁶, un père de confession catholique refusait d'exécuter sa dette d'aliments à l'égard de sa fille au motif que celle-ci, vivant en concubinage avec un jeune homme, menait une vie que sa religion réprouve. Sollicitant un accommodement raisonnable auprès des juges, le père demandait à se soumettre plutôt au droit religieux dont il se réclame — qui, à en croire sa demande, lui permettrait une sorte d'exception d'inexécution — qu'au droit étatique, qui le condamne à payer sa dette d'aliments. S'il n'a pas obtenu gain de cause devant les tribunaux, le simple fait que les juges canadiens aient accepté de raisonner en termes de conflit de normativités indique un point de départ inconnu du droit français.

37. Remise en cause de la neutralité du droit étatique. En effet, il n'est pas anodin que les juges d'un État qui n'est pas confessionnel — en ce sens qu'il ne reconnaît pas officiellement la compétence à un ordre juridique religieux — acceptent, par principe, d'examiner ce genre de conflit. La recevabilité du conflit internormatif doit son succès à l'influence de la philosophie dite « postmoderne », qui est née du constat que même un droit supposément neutre ne peut éviter de favoriser les personnes issues du groupe majoritaire, et de discriminer inexorablement celles des groupes minoritaires²⁶⁷. L'exemple le plus topique est sans doute le choix des jours chômés. Ainsi, lorsque le jour de repos hebdomadaire est le dimanche, la religion supposée majoritaire, le christianisme, est favorisée, tandis que les religions minoritaires, dont les jours chômés seraient le samedi, pour le judaïsme, ou le vendredi, pour l'islam, seraient systématiquement défavorisées.

Il faut remarquer qu'en acceptant l'idée que son droit serait moulé sur une culture donnée, celle de sa majorité, l'État adopte sur son propre droit un regard critique. Considérant son droit

²⁶⁶ Cour supérieure du Québec, *Droit de la famille – 39*, [1983] RJQ 74 (C.S.).

²⁶⁷ Comp. W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, La Découverte, coll. « Textes à l'appui », 2001, p. 80-81. L'auteur reprend, lui aussi, l'idée d'apparente neutralité de la norme étatique : « Un État multinational qui accorde des droits individuels à tous ses citoyens, indépendamment de leur appartenance à des groupes, peut sembler adopter une position de neutralité par rapport aux divers groupes nationaux. Mais, en fait, il peut (et c'est souvent le cas) privilégier systématiquement et de manière fondamentale la nation majoritaire que ce soit par le tracé des frontières intérieures, la langue utilisée dans les écoles, les tribunaux et les services publics, le choix des jours fériés ou la répartition du pouvoir législatif entre les gouvernements central et régionaux. Toutes ces décisions peuvent réduire de manière très significative le pouvoir politique et la vitalité culturelle d'une minorité nationale, tout en renforçant la culture majoritaire. La différenciation des droits selon les groupes, en ce qui concerne l'éducation, l'autonomie locale et la langue, permet de faire en sorte que les minorités nationales ne soient pas désavantagées et donne, par là même, à ses minorités — comme c'est le cas pour la majorité — la capacité de continuer d'exister par elles-mêmes. »

comme un produit culturel parmi d'autres²⁶⁸, il est conduit à relativiser sa propre importance : pas plus qu'un autre, le droit sécularisé ne permettrait de transcender les particularismes. Pire, le phénomène majoritaire engendrerait indirectement des discriminations.

38. L'émergence de la notion de discrimination indirecte. L'origine structurelle de ces discriminations a été reprise dans le vocabulaire de la Cour suprême du Canada, qui parle de « discrimination systémique »²⁶⁹. Ainsi, selon la Cour suprême du Canada, « la discrimination peut aussi résulter d'un ensemble de facteurs complexes et de pratiques institutionnalisées qui interagissent de manière à produire un effet global d'exclusion sur les membres de groupes protégés [...] La discrimination dont il s'agit alors est dite "système" en ce sens qu'elle renvoie à une situation cumulative et dynamique d'interdépendance entre différentes variables »²⁷⁰.

39. L'élévation du conflit. Or, le remède à ces discriminations indirectes ou systémiques paraît tout trouvé dans l'établissement d'une obligation d'accommodement raisonnable. En faisant peser sur toute personne l'obligation de faire en sorte de gommer les discriminations indirectes qui résultent du droit étatique, les cours suprêmes du Canada et des États-Unis semblent avoir trouvé le moyen idéal d'atténuer, en cas de nécessité, les injustices qui résultent du phénomène majoritaire.

La nécessité sera rappelée par quiconque se plaindra de subir une discrimination, qui élèvera, par sa réclamation, le conflit. Il faut donc, dans le système des accommodements raisonnables, que le plaideur invoque son droit subjectif de ne pas subir de discrimination indirecte, pour être recevable à élever le conflit de normativités que le juge tranchera, en recherchant laquelle des deux lois, étatique ou religieuse, sera la plus légitime à s'appliquer.

²⁶⁸ Les tenants d'une telle vision partent donc de l'idée que tout ordre juridique est porteur d'une culture voire d'une idéologie, en particulier religieuse. C'est l'idée selon laquelle l'injustice sociale est conçue en termes « d'oppression structurelle », et serait « principalement causée par les normes, les institutions et les symboles sociaux qui désavantagent systématiquement certains groupes sociaux [...] Dans cette perspective, la démocratie libérale constitue une forme culturelle parmi d'autres. Elle prétend être neutre et traiter chacun de manière égale ; en réalité, elle ne l'est pas : elle procède du christianisme et promeut des valeurs particulières, voire un mode de vie, que ne partagent pas tous les groupes culturels et religieux. » : L. B. TREMBLAY, « Religion, tolérance et laïcité : le tournant multiculturel de la Cour suprême », in *Le droit, la religion et le raisonnable* (dir. J.-F. GAUDREALT-DESBIENS), Montréal, Thémis, 2009, p. 213, spéc. p. 221.

²⁶⁹ Cour suprême du Canada, *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 RCS 1114 § 1139 : « La discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. »

²⁷⁰ Cour suprême du Canada, *Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire régionale Chauveau*, 1993 CanLII 7 (QC TDP), § 83-84.

II. La recherche de la loi la plus légitime

40. Le régime probatoire. Contrairement à la règle de conflit de lois, il n'existe aucun élément de rattachement, dans l'énoncé de l'obligation d'accommodement raisonnable, qui détermine laquelle des deux lois, religieuse ou étatique, est présumée la plus légitime à s'appliquer. Ce sont les arguments invoqués au cas par cas par chacune des deux parties au litige, le créancier et le débiteur de l'obligation d'accommodement, qui feront émerger la loi la plus légitime. Pourtant, en dépit de la casuistique inhérente à un tel énoncé, certaines constantes existent.

Elles ont trait, pour l'essentiel, au régime probatoire, qui fait peser sur le débiteur la charge de prouver la légitimité du droit étatique. Le créancier, qui demande le respect du droit religieux, peut donc se borner à alléguer sa croyance **(A)**, tandis que le débiteur, qui réclame l'application stricte du droit étatique, devra prouver qu'une telle prétention est illégitime **(B)**.

A. Le rôle du créancier

41. Le « test »²⁷¹ de la sincérité de la croyance. Tant la Cour suprême des États-Unis d'Amérique que la Cour suprême canadienne martèlent cette exigence : la croyance doit être « honnête »²⁷², « sincère »²⁷³, « avancée de bonne foi, ni fictive ni arbitraire et ne [...] pas constituer un artifice »²⁷⁴. C'est la seule exigence de validité de la demande d'accommodement raisonnable : la sincérité de la croyance suffit en elle-même à élever le conflit de normativités.

²⁷¹ Ce test est synthétisé dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963), que reprend, en substance, la jurisprudence de la Cour suprême canadienne qui sera exposée. Sur ce « test », v. par ex. F. M. GEDICKS, « Exemptions religieuses, neutralité et laïcité », in *La conception américaine de la laïcité*, (dir. E. ZOLLER), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 179 et s.

²⁷² Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707(1981), p. 715-716 : « la garantie de libre exercice ne se limite pas aux croyances partagées par tous les membres d'une secte religieuse. Tout particulièrement en cette délicate matière, il n'appartient pas aux tribunaux de se demander qui, du demandeur ou de son collègue de travail, a le mieux compris les commandements de leur foi commune. Les tribunaux ne sont pas les arbitres de l'interprétation des Écritures. Dans ce contexte, la fonction restreinte de la cour de révision consiste à décider s'il était juste de conclure que le demandeur avait cessé son travail parce qu'il croyait honnêtement que sa religion lui interdisait de l'accomplir » (nous soulignons).

²⁷³ Dès les premières affaires consacrant l'obligation d'accommodement raisonnable, la jurisprudence de la Cour suprême canadienne insiste sur cette seule condition : Cour suprême du Canada, *R. c. Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 R.C.S. 295 ; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, *Amsellem c. Syndicat Northcrest*, [2004] CSC 47, 2004 CarswellQue 1543 : « la jurisprudence de notre Cour et les principes de base de la liberté de religion étayent la thèse selon laquelle la liberté de religion s'entend de la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux. »

²⁷⁴ Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c/ Amsellem*, [2004], 2 RCS, 551, par. 5.

Cette unique exigence pesant sur le créancier entraîne une conséquence de taille : le juge ne s'intéressera pas, en général, au caractère objectivement obligatoire de la prescription dans la normativité religieuse. Ainsi, que la prescription religieuse en question soit reconnue par les autorités officielles, ou qu'elle résulte d'une interprétation minoritaire, controversée voire *contra legem* des textes religieux, cela ne devrait pas avoir d'impact sur la validité de la demande d'accommodement raisonnable. La Cour suprême canadienne comme la Cour suprême des États-Unis ont ainsi considéré que la prescription dont se prévaut le demandeur pouvait être entendue, « indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux. »²⁷⁵. De même, « la garantie de libre exercice ne se limite pas aux croyances partagées par tous les membres d'une secte religieuse. Tout particulièrement en cette délicate matière, il n'appartient pas aux tribunaux de se demander qui, du demandeur ou de son collègue de travail, a le mieux compris les commandements de leur foi commune. »²⁷⁶.

42. Refus d'ériger le juge en censeur religieux. Limiter la recevabilité de la demande d'accommodement raisonnable à la seule exigence de la sincérité de la croyance du demandeur n'a pourtant pas été du goût de tous les juges des Cours suprêmes nord-américaines. Certains juges dissidents auraient voulu exiger, outre le « test » de la sincérité de la croyance, la preuve que la prescription litigieuse était obligatoire. En effet, comme il s'agit d'obliger la partie adverse à intégrer, dans la relation de droit privé, la pratique considérée, ce minimum de légalité pouvait se justifier par des raisons de prévisibilité. Ainsi, le juge Bastarache, de la Cour suprême canadienne, jugeait nécessaire d'établir « un lien de rattachement véritable de cette croyance avec la religion de la personne »²⁷⁷.

²⁷⁵ Cour suprême du Canada, *Amsellem c. Syndicat Northcrest*, [2004] CSC 47, 2004 CarswellQue 1543.

²⁷⁶ Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Thomas c. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707(1981), p. 715-716.

²⁷⁷ Ce sont les propos du juge dissident Bastarache, dans l'affaire *Syndicat Northcrest c/ Amsellem*, préc. La conception purement subjective l'a emporté de justesse, puisque sur les neuf juges de la Cour suprême, quatre ont adopté une conception dissidente, désirant que le rattachement soit en partie objectif. Ainsi s'exprime le juge Bastarache, Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c/ Amsellem*, [2004], 2 RCS, 551, §135 : « Il appert que la liberté de religion a été interprétée par la Cour comme protégeant les croyances religieuses, celles-ci étant considérées comme éminemment personnelles et intimes, de même que les pratiques religieuses qui en découlent. Il reste que la religion est un système de croyances et de pratiques basées sur certains préceptes religieux. Il faut donc établir un lien entre les croyances personnelles et les préceptes de la religion. Les préceptes religieux constituent en effet un ensemble de données objectivement identifiables. Ils permettent de faire la distinction entre les croyances religieuses véritables et les choix personnels ou pratiques qui n'ont rien à voir avec la liberté de conscience. Le rattachement de la liberté de religion à des préceptes fournit une assise permettant d'établir de façon objective s'il y a eu violation d'un droit fondamental en cause. Celui qui s'identifie à une religion signifie par le fait même qu'il partage un certain nombre de préceptes avec les autres adeptes de cette religion. L'approche que j'ai adoptée ici nécessite la croyance personnelle ou l'adoption d'une pratique religieuse qui trouve appui dans une croyance personnelle, mais aussi un lien de rattachement véritable de

Cette conception, toutefois, a été repoussée par les Cours suprêmes nord-américaines, parce qu'elle aurait inéluctablement conduit le juge étatique à trancher des conflits purement théologiques. On s'en convaincra en regardant de près les positions adverses dans l'affaire *Amsellem*. Dans cette affaire, l'accommodement raisonnable était sollicité par un copropriétaire d'un ensemble immobilier, qui désirait remettre en cause le règlement de copropriété dont une des clauses interdisait la construction de cabanes sur les balcons des appartements. Il invoquait les prescriptions de sa foi : dans le judaïsme, la fête religieuse de *souccoth* exige de la part des fidèles qu'ils érigent des cabanes faites de végétaux pour y prendre leurs repas. L'avocat du syndicat de copropriété avait fait appel à un rabbin, qui attestait du caractère facultatif d'une telle pratique, tandis que, de façon fort prévisible, le rabbin convoqué par l'avocat du copropriétaire attestait du contraire. Dans ces conditions, il était compréhensible que le juge étatique, ne professant aucune religion officielle, refuse de trancher ce conflit de rabbins, qui, certainement, l'aurait entraîné dans un byzantinisme contraire à sa mission. C'est pourquoi tant le juge canadien²⁷⁸ que le juge des États-Unis d'Amérique²⁷⁹ ont refusé la conception objective de la croyance, s'en remettant aux allégations du créancier.

Reste qu'en consacrant cette conception subjective de la croyance, les cours suprêmes nord-américaines ont accepté des inconvénients d'une autre nature. Comment, en effet, s'assurer de la sincérité de la croyance, sans être dangereusement intrusif ? La question a bien entendu suscité des commentaires ; résumons simplement par ceci : le juge ne « testera » pas la croyance. Il se contentera de la simple allégation de l'intéressé à vouloir se soumettre à la prescription religieuse.

cette croyance avec la religion de la personne. Le juge du procès ne saurait, à mon avis, établir qu'une personne a une croyance sincère, ou a adopté de façon sincère une pratique religieuse qui a un lien de rattachement véritable avec la religion à laquelle il dit adhérer sans faire appel à un critère objectif. C'est une chose de prétendre qu'une pratique est protégée même si certains adeptes de la religion ne pensent pas qu'elle fait partie des préceptes de cette religion, et une autre d'affirmer qu'une pratique doit être protégée lorsqu'aucun adepte ne pense qu'elle fait partie des préceptes de la religion en question. Si une pratique doit, aux termes de l'article 3, avoir un lien de rattachement avec la religion, ce lien doit être objectivement identifiable. »

²⁷⁸ Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c/ Amsellem*, [2004], 2 RCS, 551, § 4 : « La liberté de religion s'entend de la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position des représentants religieux [...] Par conséquent, le demandeur qui invoque cette liberté n'est pas tenu de prouver l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif. C'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle. L'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. »

²⁷⁹ Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Frazee c. Illinois Department of Employment Security*, 489 US 829 (1989), p. 834, § 55 : « La solution inverse donnerait indubitablement lieu à des intrusions injustifiées dans les affaires religieuses des synagogues, églises, mosquées, temples et autres lieux du culte du pays et la condamnation de croyances minoritaires ou non traditionnelles à partir de jugements de valeurs. »

Il sera donc conduit à faire droit aux prescriptions religieuses les plus insolites²⁸⁰, aux changements d'humeur religieuse du demandeur²⁸¹ — ce dont il résulte que la créance d'accommodement raisonnable frise la condition potestative²⁸².

43. Un régime probatoire inversé. À suivre le régime probatoire classique, le créancier de l'obligation d'accommodement raisonnable devrait être tenu d'apporter la preuve du défaut d'exécution de l'obligation dont il se prévaut²⁸³. Il devrait, en d'autres termes, prouver la discrimination qu'il subit. Disons-le tout net : le système des accommodements raisonnables décharge le créancier de ce fardeau.

Deux raisons justifient ce régime dérogatoire. D'abord, la discrimination étant un fait négatif, sa preuve ne pourra être rapportée qu'au prix d'extrêmes difficultés. Ce constat de *proba diabolica* conduit traditionnellement à l'inversion du fardeau de la preuve, particulièrement en droit du travail, où, sur la simple allégation d'une discrimination, l'employeur est généralement tenu de

²⁸⁰ Le juge est donc fort démuni lorsqu'un demandeur prend argument de sa liberté religieuse pour échapper au droit étatique, particulièrement lorsqu'il est manifeste que la croyance alléguée est franchement parodique, comme c'est le cas du pastafarisme. Nous ne résistons pas au plaisir de donner, en deux mots, un aperçu sommaire de la « théologie » du pastafarisme. Au départ conçu comme une authentique parodie devant tourner en dérision le courant créationniste américain, le pastafarisme prétend regrouper les fidèles qui croient au « Monstre spaghetti volant », dieu invisible qui promet à ses fidèles un paradis de pâtes et de boulettes de viande, avec bière à volonté. Les fidèles concluent leurs prières en prononçant « ramen », et leur emblème religieux est une passoire qu'ils doivent porter en guise de couvre-chef. Quelques juges de cours suprêmes, soit qu'ils aient été amusés par la parodie, soit qu'ils n'aient pu démontrer l'absence de sérieux de l'obédience, ont accepté que certaines photographies officielles à l'usage de l'administration soient prises avec le couvre-chef (ainsi, la République tchèque, l'Autriche, Taïwan et la Nouvelle-Zélande). V. F. LAFFAILLE, « Droit, sectes, religions et pastafarisme », *D.* 2020. 1033.

²⁸¹ Les croyances sont souvent mouvantes, et, loin d'être figées dans le dogme officiel, elles évoluent au cours de la vie du fidèle, ce dont le juge doit tenir compte dans son appréciation. La Cour suprême a même dit que seule la sincérité de la croyance comptait, non sa force ou sa constance, Cour suprême du Canada, 20 décembre 2012, *N.S. c. Sa Majesté la Reine* : « Premièrement, la question de savoir si elle a un droit porte sur la sincérité de la croyance plutôt que sur sa force [...] Bien que la force d'une croyance religieuse du demandeur puisse être pertinente à l'étape de la mise en balance de cette croyance avec le droit de l'accusé à un procès équitable, il suffit que la croyance soit sincère pour conclure qu'elle est protégée. Deuxièmement, l'observance irrégulière d'une pratique religieuse peut laisser croire à l'absence d'une croyance sincère, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Il est possible qu'un croyant sincère s'écarte à l'occasion de la pratique, que ses convictions changent au fil du temps ou que ses convictions permettent des exceptions à la pratique dans des cas particuliers. »

²⁸² Comp. Cour suprême du Canada, *Bruker c. Marcovitz* [2007], CSC 54 : dans cette affaire, relative au refus d'un ex-mari de confession juive de délivrer le *gueth*, lettre de répudiation sans laquelle l'ex-épouse ne pouvait contracter de nouveau mariage religieux, le juge Abella, s'exprimant au nom de la majorité s'est intéressé aux mobiles de l'époux : « son refus d'accorder le *gueth* était fondé moins sur une conviction religieuse que sur le fait qu'il était fâché contre Mme Bruker. Sa religion ne l'oblige pas à refuser d'accorder le *gueth* à Mme Bruker, bien au contraire. Il ne fait aucun doute que selon la loi juive, il pouvait refuser de l'accorder. » Également, v. Cour supérieure du Québec, *Droit de la famille – 39*, [1983] RJQ 74, C.S. : un père devait verser une pension alimentaire à sa fille, et s'y refusait en raison du mode de vie de cette dernière qui serait contraire à ses convictions religieuses. En effet, la fille avait quitté à 18 ans le domicile parental pour vivre en concubinage avec un jeune homme. Le juge Carrier Fortin a accepté, dans son principe, que le père soit exempté de verser la pension alimentaire, à condition toutefois qu'il soit en mesure d'apporter la preuve de la contrariété qu'une telle obligation infligerait à sa conscience : « un citoyen ne peut simplement opposer que tel acte répugne à sa conscience sans en faire une démonstration sérieuse. »

²⁸³ C. civ. français, art. 1353, al. 1^{er}.

prouver que les salariés sont traités également, ou bien que la différence de traitement était justifiée²⁸⁴. Or, l'obligation d'accommodement raisonnable a justement été prévue pour remédier aux discriminations : il était donc naturel que le créancier de l'obligation d'accommodement raisonnable bénéficie des mêmes facilités probatoires que celui qui se plaint d'une discrimination.

Ensuite, dans une philosophie où le phénomène majoritaire est présumé discriminer les minorités²⁸⁵, la présomption de discrimination qui pèse sur le droit étatique est en soi une proposition d'inversion du fardeau de la preuve²⁸⁶. Dans cette perspective, il était naturel, encore une fois, que le fardeau de la preuve pèse sur celui qui se prévaut de l'application du droit étatique, le débiteur de l'obligation d'accommodement raisonnable.

B. Le rôle du débiteur

44. La défense du débiteur. L'inversion du fardeau de la preuve aboutit à un résultat étonnant : celui qui se prévaut du droit étatique devient accidentellement l'avocat du bien-fondé du droit étatique. Or, comment l'établissement scolaire²⁸⁷, le syndic de copropriété²⁸⁸, l'employeur²⁸⁹, la fille créancière d'aliments²⁹⁰ ou le consommateur²⁹¹ peuvent-ils prouver la légitimité du droit étatique — droit administratif, droit des contrats, droit du travail, droit de la famille, droit de la consommation — qui fonde leur créance ? La Cour suprême du Canada a systématisé la solution dès 1999, dans un litige opposant un salarié à son employeur. Le raisonnement en trois temps que doit suivre l'employeur peut se transposer à tout type de débiteur :

« Ainsi, la norme prévaudra seulement lorsque l'employeur peut démontrer :

[1] qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause

²⁸⁴ C. trav., art. L. 1134-1. Ce régime probatoire est explicitement étendu aux discriminations indirectes par la L. n° 2008-496 du 27 mai 2008, art. 4, transposant la directive européenne n° 2000/78 : « Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le présent article ne s'applique pas devant les juridictions pénales. »

²⁸⁵ Cf. *supra*, n° 37.

²⁸⁶ M. BOCK-COTE, *Le multiculturalisme comme religion politique*, Paris, Cerf, 2016, p. 173 : « La discrimination contre laquelle il faut lutter n'est pas une discrimination individuelle : la sociologie doit révéler à la société ces structures secrètes de domination. Pour reprendre les mots de la Commission québécoise des droits de la personne et des droits de la jeunesse, "s'il est un défi auquel sont confrontées toutes les commissions des droits de la personne, c'est la difficulté d'établir la preuve de la discrimination ethno-raciale dans un forum judiciaire, étant donné son caractère insidieux et voilé." »

²⁸⁷ Cour suprême du Canada, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois* [2006] 1 RCS, 256.

²⁸⁸ Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c/ Amsellem*, [2004], 2 RCS, 551.

²⁸⁹ Cour suprême du Canada, *Ontario Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears Ltd*, [1985] 2 S.C.R. 536.

²⁹⁰ Cour supérieure du Québec, *Droit de la famille – 39*, [1983] RJQ 74 (C.S.).

²⁹¹ Cour supérieure du Québec, *Église de scientologie c. Office de la protection du consommateur* [1997] RJQ 2233 (C.S.).

[2] qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail

[3] que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail.

Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. »²⁹²

Ces trois temps se résument en réalité en un seul : la partie qui se prévaut du droit étatique doit prouver que l'application du droit religieux engendrerait une contrainte excessive ou déraisonnable — *undue hardship*, en anglais — ce qui exclut, du même coup, toute une série d'arguments.

45. Les arguments irrecevables. Ni le caractère impératif de la loi ni la sécurité juridique ne pourront être utilement invoqués par le débiteur de l'obligation d'accommodement raisonnable pour justifier la légitimité du droit étatique²⁹³. L'exclusion de ces motifs s'explique par la place qu'occupe l'obligation d'accommodement raisonnable dans la hiérarchie des normes. Étant réputée remédier aux discriminations et donner pleine valeur normative à la liberté religieuse, l'obligation d'accommodement a une valeur constitutionnelle, parce qu'elle découle de la combinaison de la liberté religieuse et du multiculturalisme, consacrés par des textes constitutionnels²⁹⁴.

De cette place au sommet découlent plusieurs conséquences. D'abord, l'obligation d'accommodement existe en tout domaine — ce qu'illustre la jurisprudence citée : droit

²⁹² Cour suprême du Canada, *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999]3 RCS3, § 54. Sur cet arrêt, v. G. TRUDEAU, « L'obligation d'accommodement en milieu du travail », in *Le droit, la religion et le raisonnable* (dir. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS), Montréal, Thémis, 2009, p. 169, spéc. p. 175.

²⁹³ En ce sens, J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement et l'adaptation à la société religieuse », (1998) 43 *RD McGill*, p. 325, spéc. p. 354 : « De même, pour justifier la limitation de la liberté de religion, il vaut mieux invoquer la nécessité de protéger les droits d'autrui que la sécurité, la santé ou l'ordre publics. En effet, les tribunaux qui sont investis de la mission de protéger les droits et libertés accepteront plus facilement la limitation des droits des uns par ceux des autres que par des considérations d'intérêt général. »

²⁹⁴ Deux textes sont généralement invoqués pour justifier de la nature constitutionnelle des accommodements raisonnables : la Charte canadienne des droits de la personne et la Charte québécoise, art. 3 (« Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association »), combiné à l'art. 27 (« Toute interprétation de la Charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. »). Toutefois, le « tournant multiculturel » pris par la Cour suprême du Canada n'est pas au goût de tous. Certains reprochent à la Cour suprême un empiètement de pouvoirs, en définissant une conception du multiculturalisme que la Charte canadienne des droits et libertés s'était abstenue de promouvoir : en ce sens, v. par ex. L. TREMBLAY, « Religion, tolérance et laïcité : le tournant multiculturel de la Cour suprême », in *Le droit, la religion et le raisonnable* (dir. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS), Montréal, Thémis, 2009, p. 213, spéc. p. 221.

administratif, droit des contrats, droit du travail, droit de la famille, droit de la consommation sont concernés²⁹⁵. Ensuite, aucune norme n'étant en principe supérieure à la norme constitutionnelle, aucun traité international, loi, règlement ou contrat, n'est susceptible d'y faire échec²⁹⁶.

L'observation est digne d'intérêt, parce qu'elle signifie que les termes d'un contrat peuvent être remis en question après sa conclusion. Dans l'affaire *Amsellem*²⁹⁷, qui opposait un copropriétaire de confession juive au syndic au sujet de l'interdiction contractuelle d'ériger des cabanes sur les balcons, un des neuf juges de la Cour suprême du Canada, le juge Binnie, avait eu un avis dissident. Celui-ci avait considéré que l'accommodement raisonnable avait déjà eu lieu, au moment de la souscription du copropriétaire au règlement de copropriété. Selon ce juge, l'adhésion du copropriétaire aux termes du règlement vaudrait renonciation contractuelle à sa pratique religieuse litigieuse²⁹⁸. Ainsi, l'accommodement raisonnable étant le résultat d'une négociation ayant pour objet la pratique religieuse, cette renonciation contractuelle devrait être vue comme un accommodement raisonnable, insusceptible de révision. Une telle conception n'a rencontré aucune adhésion auprès des juges de la Cour suprême, précisément parce qu'elle contrevenait à la valeur constitutionnelle des accommodements raisonnables, supérieurs, par définition, aux termes d'un contrat²⁹⁹.

²⁹⁵ Cf. *supra*, n° 33.

²⁹⁶ L'adoption par le Québec de la L. RLRQ c. L-0,3 sur la laïcité du 16 juin 2019 pourrait-elle remettre en cause l'obligation d'accommodement raisonnable désormais bien établie ? Ce résultat est improbable, car la loi réserve expressément à l'article 19 l'application de la L. R-26.2.01 favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes, qui fixe, aux articles 11 à 14, les directives permettant de faire droit aux demandes d'accommodements émanant du personnel administratif.

²⁹⁷ Cf. *supra*, n° 42.

²⁹⁸ Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] CSC 47, CarswellQue 1544, spéc. § 184 et § 185.

²⁹⁹ Toutefois, une autre affaire a pu laisser planer un doute sur les rapports entre le contrat et l'accommodement raisonnable : Cour suprême du Canada, 14 déc. 2007, *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 RCS 607, 2007 CSC 54. Dans cette affaire, des époux de confession juive avaient, au moment de la conclusion de leur contrat de mariage, stipulé une clause de remise de *gueth*. Comme il refuse de s'exécuter, son épouse, Madame Bruker, sollicite l'exécution de l'obligation contractuelle devant les tribunaux. L'existence dudit contrat n'a pas suffi au raisonnement des juges pour condamner le mari récalcitrant. Certes, ils ont noté qu'un tel contrat existait, et qu'il résultait d'une négociation entre deux adultes consentants assistés de leurs avocats. Cependant cette constatation n'est qu'un préalable au raisonnement que nous allons exposer : ce n'est pas l'existence de ce contrat qui a fait que les juges de la Cour suprême ont condamné l'époux récalcitrant à délivrer le *gueth*, mais bien le fait que la justification religieuse qu'il donne à son refus de s'exécuter ne résiste pas au « test » des accommodements raisonnables. D'abord, ce n'est pas en raison d'une faculté laissée par le droit juif, mais en raison de son ressentiment à l'égard de son épouse, qu'il refuse de délivrer le *gueth* (§ 69 de la décision). Ensuite, il est intéressant de voir que la Cour suprême s'est livrée à un raisonnement *a contrario* : selon la Cour, si la rétention du *gueth* avait été faite dans le cadre de sa liberté religieuse — ce qui en l'occurrence est contesté, puisque la motivation de ressentiment exclut le caractère purement religieux de la demande d'accommodement —, alors l'accommodement raisonnable aurait pu être demandé après coup pour invalider le contrat de délivrance de *gueth* préalable conclu, sous réserve, cependant, de son caractère raisonnable. En d'autres termes, le test aurait consisté à se demander si forcer le mari à délivrer le *gueth* n'aurait pas été une atteinte disproportionnée à sa liberté religieuse par rapport à l'objectif légitime protégé, cet objectif étant de donner sa force obligatoire au contrat (§ 80 et 82 de la décision). En réalité, plutôt que de protéger le principe de la force obligatoire des contrats, le juge se serait trouvé à

46. Les arguments recevables. En réalité, les arguments recevables sont assez limités : ils se bornent à la preuve d'une contrainte excessive et à l'atteinte à l'ordre public, étant entendu comme la violation des droits et libertés d'autrui.

Par contrainte excessive, il faut généralement comprendre le coût financier qui résulterait de l'introduction de droit religieux dans la relation. Par exemple, dans l'affaire *Simpsons Sears*³⁰⁰, l'employeur avait été condamné car il aurait pu essayer de concentrer un emploi à temps complet sur les autres jours de la semaine que le sabbat. Cet aspect de la contrainte excessive est relativement simple : elle est d'ordre économique ou managérial, et si le débiteur de l'obligation d'accommodement refuse d'intégrer au droit applicable la norme religieuse litigieuse, le juge appréciera la contrainte à la place du débiteur. Autant dire que, pour éviter la censure du juge, l'appréciation de la contrainte devra revêtir un caractère assez objectif³⁰¹. La contrainte excessive subie par le débiteur lui-même n'épuise pas les justifications à l'atteinte à la liberté religieuse : l'ordre public, bien entendu, vient jouer son rôle habituel de clause d'exception.

À de nombreuses reprises, la Cour suprême du Canada a jugé que le refus d'accommodement raisonnable était justifié lorsque celui-ci portait atteinte à l'ordre public, entendu comme la violation de droits fondamentaux. Ainsi, l'accommodement sollicité par le propriétaire d'une maison, qui refuse de la louer à des homosexuels pour la raison que sa religion réproouve ce genre de sexualité, lui sera refusé : il ne peut échapper à la législation prohibitive des discriminations³⁰². Le même genre de considérations a présidé à l'affaire opposant l'Église de

arbitrer entre deux droits fondamentaux, et plus particulièrement, entre deux aspects de la liberté religieuse (§ 91 et 92 de la décision). Ainsi, de la capacité de la femme à se remarier religieusement et de la faculté de l'époux à s'y opposer, lequel des deux droits est le plus digne de protection ? C'est en définitive à cette pesée d'intérêts que se livre la Cour suprême : le raisonnement « contractualiste » n'est mené en début de jugement que pour la forme. Aussi bien, ce qui compte en définitive est le caractère religieux de la demande d'accommodement et le caractère raisonnable de l'accommodement sollicité.

³⁰⁰ Cour suprême du Canada, *Ontario Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears Ltd*, [1985] 2 S.C.R. 536, cf. *supra*, n° 33.

³⁰¹ V. par ex., J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement et l'adaptation à la société religieuse », (1998) 43 *RD McGill*, p. 325.

³⁰² Tribunal des droits des personnes du Québec, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Martin* [1997], J.E. 1476 (TDPQ) : le propriétaire d'une maison est accusé d'avoir eu une attitude discriminatoire à l'égard de deux homosexuels en refusant de leur louer la maison au nom de leur orientation sexuelle, attitude qu'il justifiait par sa foi et ses convictions religieuses sincères qui le conduisaient à condamner l'homosexualité. Son refus est fondé sur une demande d'accommodement, qui consiste à ne pas se voir appliquer le droit étatique de la prohibition des discriminations. Le débiteur de l'obligation d'accommodement, c'est-à-dire celui qui devra montrer que le propriétaire ne doit pas échapper à la législation prohibitive des discriminations, doit montrer qu'un tel accommodement ne serait pas raisonnable car il contreviendrait à l'ordre public porté par cette législation. En d'autres termes, il doit montrer le caractère subversif de l'attitude du propriétaire. Si la preuve du caractère subversif de cette attitude ne posera pas de difficulté, l'intérêt d'un tel arrêt réside dans la manière dont la perspective est posée : c'est bien parce que la position de débiteur et de créancier est inversée par la simple allégation d'une croyance religieuse qui justifie le refus de louage, que celui qui est discriminé se retrouve dans la position du débiteur et devra apporter la preuve du caractère subversif d'une telle demande. En réalité, les deux parties sont respectivement débitrices et créancières l'une de l'autre de droits

scientologie à des adhérents, protégés par le droit québécois de la consommation³⁰³. Dans cette affaire, l'Église de scientologie sollicitait un accommodement raisonnable visant à la dispenser des obligations issues du droit de la consommation, en vertu desquelles elle aurait dû rembourser certaines sommes versées par des adhérents. Excipant de sa liberté religieuse, et de la discrimination indirecte qui résultait de l'application stricte du droit de la consommation, l'Église de scientologie s'est pourtant vu refuser la dispense qu'elle sollicitait : cette dispense aurait elle-même porté atteinte à la liberté religieuse de la partie adverse, en l'occurrence les adhérents-consommateurs, qui occupaient la place du débiteur de l'accommodement³⁰⁴. Dans ces deux affaires, la contrariété à l'ordre public a été caractérisée par la violation d'un droit fondamental de la partie qui se prévalait du droit étatique.

Une telle représentation du conflit n'est pourtant pas sans danger. En effet, toute politique publique ne se résume pas nécessairement en termes de protection de droits fondamentaux. Prenons l'exemple de l'arrêt *Multani*³⁰⁵, dans lequel un élève de confession sikhe, scolarisé dans une école publique, avait sollicité un accommodement raisonnable pour être exempté d'une disposition contenue dans le règlement intérieur de l'établissement, qui prohibait le port d'armes dans l'enceinte scolaire. D'après l'élève, le règlement lui faisait subir une discrimination indirecte du fait de sa religion, qui lui impose de porter quotidiennement un poignard, le *kirpan*. L'existence de la discrimination indirecte lui permettait donc de solliciter une exemption, et d'occuper la place de créancier dans le litige. La partie débitrice de l'accommodement, l'établissement scolaire, a tenté de justifier le bien-fondé du règlement intérieur, mais, ne pouvant prendre argument d'une contrainte excessive — inexistante — elle a recherché une justification dans la sécurité des autres élèves et leurs droits fondamentaux. Vue de France, ce genre de défense passe par un détour — l'invocation

ayant la même place dans la hiérarchie des normes : c'est l'élévation d'un conflit de droits fondamentaux, qui est tranché par la préférence que donnera le juge à l'une ou l'autre valeur protégée. L'égalité étant la valeur qui fonde toute la politique multiculturelle menée par la Cour suprême, ce sera sans surprise que c'est celle-ci qui primera. En l'occurrence, l'égalité trouve sa traduction par le principe d'égalité des personnes sans distinction d'orientation sexuelle : elle l'emporte sur la liberté religieuse.

³⁰³ Cour supérieure du Québec, *Église de scientologie c. Office de la protection du consommateur* [1997] RJQ 2233 (C.S.).

³⁰⁴ Cour supérieure du Québec, *Église de scientologie c. Office de la protection du consommateur* [1997] RJQ 2233 (C.S.), rendue par le juge André Trotier : « Dans le but évident de respecter le libre choix du consommateur et d'éviter que ce dernier soit forcé de se soumettre à de telles manœuvres, le législateur a édicté l'article 196 L.P.C. [loi de protection du consommateur]. L'Église, malgré toute sa bonne volonté, ne peut être autorisée à restreindre délibérément la liberté d'une personne en exigeant que cette dernière subisse un interrogatoire forcé avant de recevoir ce qui lui est dû. Si le Tribunal avait à choisir entre la liberté d'un organisme de professer sa foi et le droit d'un individu au respect de sa liberté, nul doute que le second l'emporterait facilement [...] Finalement, le Tribunal tient à ajouter que les stipulations de la L.P.C. sont amplement justifiées en raison de l'importance du respect de la liberté et de l'autonomie de la personne qui contracte avec l'Église. Il ne faut pas perdre de vue que la liberté de religion du consommateur comprend aussi le droit de refuser d'endosser une croyance. »

³⁰⁵ Cour suprême du Canada, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois* [2006] 1 RCS, 256.

des droits fondamentaux des élèves — dont on se serait cru dispensé. L'absurdité est encore plus saillante dans l'affaire du père de confession catholique qui refusait d'exécuter sa dette d'aliments à l'égard de sa fille parce que celle-ci, vivant en concubinage avec un jeune homme, menait une vie que sa religion réprouvait³⁰⁶ : l'obligation alimentaire pourrait se passer de toute justification sur la discrimination produite entre couples mariés et couples de concubins ; c'est une cause humanitaire qui est au fondement de cette loi.

Outre le fait que la partie débitrice de l'obligation d'accommodement raisonnable aura souvent bien des difficultés à justifier le droit étatique en ayant recours aux droits fondamentaux³⁰⁷, justifier le droit étatique par le fait qu'il protège un droit fondamental n'assurera pas nécessairement sa victoire dans le conflit de normativités. Il est en effet déjà arrivé que la Cour suprême du Canada tranche les conflits de droits fondamentaux en faveur de la dispense réclamée par une communauté religieuse, et en défaveur du droit fondamental individuel³⁰⁸. Doit-on en conclure que la loi religieuse se trouvera toujours dans la position de la loi légitime ? Une telle conclusion serait évidemment fautive³⁰⁹ : contentons-nous de déclarer que l'énoncé de l'obligation

³⁰⁶ Cour supérieure du Québec, *Droit de la famille – 39*, [1983] R.J.Q. 74 (C.S.).

³⁰⁷ Ajoutons que c'est exactement ce raisonnement qui a conduit le Comité des droits de l'homme des Nations Unies à condamner deux fois la France, d'abord pour sa loi de 2010 portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public (Nation-Unies, Comité des droits de l'homme, déc. du 23 oct. 2018) ensuite pour le dernier arrêt *Baby Loup* rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (Nations-Unies, Comité des droits de l'homme, déc. du 10 août 2018, v. J. KLEIN, « Affaire *Baby Loup* : impact de l'avis du Comité de l'ONU », *D.* 2019. 120 ; P. ADAM, « *Baby Loup* : rebond international », *SSL* n° 1828, 17 sept. 2018 ; J. MOULY, « L'affaire *Baby Loup* devant le Comité onusien des droits de l'homme : vers une révision déchirante de la jurisprudence interne ? », *D.* 2018. 2097). Ces condamnations se fondent sur le motif que les droits fondamentaux protégés respectivement par la loi de 2010 et par le règlement intérieur qui interdit tout signe religieux, discriminent indirectement les femmes musulmanes souhaitant porter le voile intégral, et manquent de précision : les droits fondamentaux protégés par de telles restrictions à la liberté religieuse ne sont pas mis en évidence.

³⁰⁸ Cour suprême du Canada, *Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958. Dans cette affaire s'opposaient les apostats d'une communauté hutterite à leur ancienne communauté. Ayant été chassés de leur communauté, ils réclamaient leurs biens, dont ils avaient été dépouillés jusqu'au dernier vêtement. Cependant, ce dépouillement résultait de l'engagement qu'ils avaient volontairement souscrit, dès leur entrée dans la communauté, ayant accepté d'avance cette sanction en cas d'apostasie. Leur demande, devant les tribunaux étatiques, pour faire juger leur engagement contraire à leur liberté religieuse, n'a pas prospéré : elle entraine en conflit avec la liberté de la communauté à s'autodéterminer et à pratiquer ce genre de sanction contre les fidèles qui l'abandonneraient. Ainsi, des termes mêmes de la Cour suprême canadienne, « la prétention que le contrat contenu dans les statuts d'association, selon l'interprétation qu'en ont donnée le tribunal de première instance et la Cour d'appel, est contraire à l'ordre public et que par conséquent il est nul parce qu'il porte atteinte à la liberté religieuse et réduit les appelants au servage, doit être rejetée. ». Bien qu'une telle sanction soit certainement contraire au droit étatique, le fait qu'elle émane d'une communauté religieuse devait lui permettre d'obtenir une dispense, ce qui, de toute évidence, correspond à un accommodement raisonnable. Comp. Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) : dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis a considéré que la volonté de la communauté amish de soustraire les mineurs de seize ans de l'enseignement étatique était légitime, puisqu'il correspondait à la liberté des communautés religieuses à s'autodéterminer. Elles peuvent donc obtenir une dispense, cessant d'être soumises au droit commun étatique, si la dispense leur permet d'organiser le culte comme elles l'entendent.

³⁰⁹ Comp. J. WOEHRLING, « Quelle place pour la religion dans les institutions publiques ? », in *Le droit, la religion et le « raisonnable »* (dir. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS), Montréal, Thémis, 2009, p. 163 : « En adoptant la position selon laquelle l'existence objective d'une croyance religieuse ne devrait pas faire l'objet d'un examen et la sincérité du

d'accommodement raisonnable, qui recommande de choisir la loi la plus légitime du conflit internormatif, ne facilite en rien la victoire du droit étatique.

demandeur de l'examen le moins intrusif possible, la Cour suprême amène donc probablement les tribunaux inférieurs et d'appel à devoir se montrer plus exigeants sur la preuve de l'existence d'une atteinte et/ou moins exigeants sur la justification de celle-ci. »

Conclusion de la section 1

47. **Les parallèles entre deux normes de relevance conflictuelles.** Au Liban comme dans l'ancienne Algérie française et à Mayotte, le statut personnel est religieux. La désignation du droit religieux applicable s'y fait donc au moyen d'une règle de conflit, dont l'énoncé se décompose en une catégorie et un élément de rattachement. Dans les États sécularisés ayant consacré l'obligation d'accommodement raisonnable, comme les États-Unis d'Amérique et le Canada, le droit religieux n'est certes pas désigné au terme d'une règle de conflit classique ; toutefois, la manière dont la concurrence normative y est organisée, mettant sur un même pied le droit étatique et le droit religieux, permet de faire des parallèles entre les deux systèmes. Dans les deux systèmes, le droit religieux est doté d'une légitimité égale au droit étatique, et c'est parce qu'il est digne de droit de cité que le conflit internormatif peut être élevé. Dans les deux systèmes, le conflit est tranché en faveur de la loi la plus légitime à s'appliquer — même si la légitimité en question est appréciée différemment dans l'un et l'autre cas. Ces ressemblances, qui n'atténuent en rien leurs très grandes différences, permettent de classer les deux mécanismes dans les normes de relevance conflictuelles : l'un et l'autre tendent à introduire du droit religieux en droit étatique ; l'un et l'autre élèvent un conflit internormatif et cherchent à le trancher de la même manière. La norme de relevance conflictuelle permet de désigner le droit religieux, qu'il reste à appliquer.

Section 2 : L'application de la loi religieuse

48. Effet de l'application de la loi religieuse. Lorsqu'elle est désignée par la règle de conflit intercommunautaire, la règle religieuse est appliquée purement et simplement : les conditions et les effets prévus par le droit religieux s'appliqueront dans toute la plénitude qu'implique la consécration d'un statut personnel religieux. En revanche, le contentieux des accommodements raisonnables appelle une remarque particulière. Peut-on vraiment soutenir que les conditions et les effets du droit religieux y soient pleinement appliqués par le juge étatique ? En réalité, la structure du contentieux des accommodements raisonnables ne permet pas de répondre à la question, car le respect du droit religieux que réclame le créancier aura pour seul résultat de faire échec à l'application d'une ou de plusieurs dispositions du droit étatique. L'application du droit religieux n'aura donc pas d'effet au-delà de la mise à l'écart des dispositions du droit étatique qui contredisent le droit religieux. À proprement parler, on ne peut guère soutenir que le juge étatique applique positivement le droit religieux ; mais il faut bien admettre que la mise à l'écart des dispositions du droit étatique revient à respecter l'intégrité du droit religieux.

49. Le statut de norme de la loi religieuse appliquée. Ainsi, à l'instar de la loi étrangère, la loi religieuse, lorsqu'elle est appliquée, conserve son statut de droit, tout en subissant les inévitables altérations dues à sa source hétéronome³¹⁰. Il est toutefois remarquable que, introduite en droit étatique *via* une norme de relevance conflictuelle, le caractère hétéronome de sa source est préservé : le contenu de la loi religieuse est insusceptible de modification selon les appréciations du juge saisi — tout au contraire du régime dit de l'« incorporation », qui fait subir à la loi religieuse incorporée une mise en conformité qui tient de la technique du lit de Procuste³¹¹ (§ 1). Dans la tâche de préserver l'authenticité du droit religieux, les autorités religieuses jouent un rôle de premier plan, quoique relativement différent dans les systèmes de règle de conflit intercommunautaire et dans celui de l'obligation d'accommodement raisonnable (§ 2).

³¹⁰ V. cep. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé* (réédition présentée par Y. LEQUETTE), Paris, Dalloz, 2002, n° 47, p. 105 (la loi étrangère serait du fait) ; *contra*, P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, t. 327, p. 237 et s., spéc. p. 241, n° 224-225 (le droit étranger serait pleinement du droit) ; pour une position intermédiaire : B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n° 335, p. 294 (impossibilité de réduire le droit étranger à l'une ou l'autre catégorie).

³¹¹ Cf. *infra*, par ex. n° 192.

§ 1 Le respect de la source hétéronome du droit religieux

50. Identification de la source de droit religieux. La préservation du caractère hétéronome de la règle religieuse passe par l'identification de sa source, qui variera selon le type de norme de relevance conflictuelle. Dans le système de la règle de conflit intercommunautaire, la source religieuse est institutionnelle **(I)** ; dans celui de l'obligation d'accommodement raisonnable, la source du droit religieux est ambiguë, à mi-chemin entre les institutions religieuses et l'individu, érigé pour les besoins de la cause, en « législateur particulier » **(II)**.

I. Source institutionnelle dans la règle de conflit intercommunautaire

51. Le droit religieux du Liban. L'élément de rattachement de la règle de conflit intercommunautaire désigne le droit d'un ordre juridique dont la teneur est objective et n'est pas laissée à la fantaisie des particuliers. C'est un droit le plus souvent codifié, contenu dans des dispositions précises.

Au Liban, par exemple, dans la perspective d'instaurer un système communautaire préservant l'équilibre entre les différentes communautés présentes sur le territoire, la puissance mandataire avait invité les différentes communautés historiques à se constituer officiellement, par l'arrêté n°60 L.R. de 1936 modifié par l'arrêté n°146 L.R. de 1938³¹². L'obtention du statut de communauté légalement reconnue³¹³ était subordonnée à un acte de ratification gouvernementale. Pour se constituer officiellement, les communautés devaient déclarer à quel dogme elles obéissaient, quelles attitudes elles attendaient de leurs fidèles, quelles prescriptions elles leur donnaient en matière de statut personnel et selon quelles règles leurs tribunaux devaient

³¹² E. RABBATH, *La formation historique du Liban politique et constitutionnel*, Beyrouth, Publications de l'université libanaise, 1986, p. 102-103 : « L'annexe I à l'arrêté n°60 L.R. donne une énumération limitative [des communautés]. Les communautés chrétiennes comprennent ainsi, selon l'énumération et la qualification donnée à chacune d'elles, les Patriarcats maronite, grec-orthodoxe, catholique-melkite, arménien-grégorien (orthodoxe), arménien-catholique, syrien-orthodoxe, syriaque ou syrien-catholique, assyro-chaldéen (nestorien), chaldéen, ainsi que l'Église latine. On pourrait observer que cette annexe avait, dans cette énumération, omis d'indiquer la communauté protestante. Aussi cet oubli fut-il réparé par l'arrêté de 1938 qui, en son article 28, a disposé que "la communauté protestante est comprise dans l'annexe I de l'arrêté n°60 L.R. du 13 mars 1936 [...] Les communautés musulmanes englobent les communautés sunnite, chiite (jafaarite), alaouite, ismaïliennes et druze [...] Les communautés israélites se composent, dit l'annexe, des synagogues d'Alep, de Damas et de Beyrouth. »

³¹³ Arrêté n° 60 L.R., art. 1^{er} : « Sont légalement reconnues, en tant que communautés à statut personnel, les communautés historiques dont l'organisation, la juridiction et la législation sont fixées par un acte législatif. »

fonctionner³¹⁴. Semblables statuts n'ont jamais été déposés³¹⁵. La ratification législative des communautés visées n'a donc pas pu avoir lieu, du moins, pas par des voies officielles. Cependant, l'institutionnalisation du régime communautaire s'est poursuivie. En 1951, le législateur libanais s'adresse de nouveau aux autorités chrétiennes et juives, et les invite à déposer leurs codes de statut personnel et de procédure³¹⁶. Une ratification gouvernementale, devant intervenir dans un délai de six mois, était prévue pour donner force obligatoire à ces textes. La ratification gouvernementale devait, si l'on en croit l'article 33 de la loi, permettre de supprimer les dispositions contraires à l'ordre public³¹⁷. Bien que les communautés se fussent, cette fois-ci, exécutées, la ratification gouvernementale n'a jamais eu lieu. Formellement, ces codes sont donc restés à l'état de projet. Mais ils sont appliqués, et la Cour de cassation sanctionne indirectement leur respect dans son rôle de tribunal des conflits : ils sont donc réputés constituer le droit positif des communautés historiques³¹⁸.

La production du droit officiellement applicable aux communautés musulmanes fut sensiblement différente. La tradition héritée de l'Empire ottoman voulait que les musulmans sunnites constituassent le socle de la société civile de l'Empire, et leur droit, le droit commun. Aujourd'hui, les résidus de cette tradition se manifestent par le fait que trois des cinq communautés

³¹⁴ Arrêté n° 60 L.R., art. 4 : la communauté postulante a l'obligation de « soumettre à l'examen de l'autorité gouvernementale un statut tiré des textes qui la régissent », dans lesquels il faut comprendre : « la hiérarchie des chefs et fonctionnaires religieux, leur mode de nomination et leurs attributions, composition et compétence des synodes, consistoires, tribunaux, conciles, commissions, etc., juridiction dévolue aux tribunaux communautaires et règles de leurs procédures, législation du statut personnel, mode de gestion des biens communautaires, et même « la doctrine religieuse de la communauté et les obligations morales qui incombent à ses adeptes » ».

³¹⁵ Certains auteurs, cependant, ne s'en étonnent pas, voyant dans cette soumission à ratification une obligation théologiquement impossible : v. E. RABBATH, *op. cit.*, p. 103-104.

³¹⁶ L'art. 33 de la loi du 2 avril 1951 invitait les autorités religieuses chrétiennes et juives à regrouper leur droit et leurs règles de fonctionnement judiciaire dans des codes de statut personnel et des codes de procédures, avant de les soumettre à ratification par le gouvernement libanais, qui devait intervenir dans les six mois après leur réception et revêtir la forme d'un décret.

³¹⁷ Et si l'on en croit E. RABBATH, *op. cit.*, p. 119-120, ces codes renferment de nombreuses dispositions heurtant l'ordre public. En outre, il semblerait que « les codes présentés renfermaient des dispositions qui ne rentraient pas dans la compétence normale des communautés » : v. P. GANNAGE, « Les conséquences du défaut d'approbation des codes de statut personnel des communautés non musulmanes », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette Antoine, coll. « Presses de l'Université Saint-Joseph », 2^{ème} éd., 2019, p. 67, spéc. p. 67-68).

³¹⁸ Le fait que la Cour de cassation applique les codes de statut personnel religieux comme s'ils constituaient le droit positif ne revient pas à une approbation : en ce sens, P. GANNAGE, « Les conséquences du défaut d'approbation des codes de statut personnel des communautés non musulmanes », in *op. cit.*, p. 67 : « c'eût été en effet [...] s'attribuer les prérogatives que le législateur avait réservées au gouvernement. » C'est donc par un tour de passe-passe que la Cour de cassation donne à ce droit un caractère positif : en déclarant que « l'attitude peu courageuse des pouvoirs publics conduisait à maintenir le régime antérieur à la loi du 2 avril 1951[...] [ce qui] signifie que les textes nouveaux revêtent une force obligatoire sur le territoire libanais, dans la mesure où leurs prescriptions expriment les coutumes traditionnelles des communautés et n'empiètent pas sur les attributions des autorités civiles » (*ibid.*, p. 67, spéc. p. 68). Pour E. RABBATH, *op. cit.*, p. 119, de nombreuses dispositions encourageaient le reproche de la discrimination sexuelle, et se trouvent être propulsés au rang de droit positif, du seul fait de « l'attitude peu courageuse des pouvoirs publics ».

musulmanes, les sunnites, les chiïtes et les druzes³¹⁹, intègrent la structure étatique³²⁰. Bien qu'officiellement produit par le Parlement libanais, ce droit a perdu son caractère de « droit commun » qu'il avait sous l'empire ottoman, pour devenir le droit de communautés autonomes, exactement comme celui des anciens *dhimmis*. Depuis l'indépendance du Liban, en 1943, c'est, comme pour toutes les communautés, une loi organique issue du Parlement libanais qui régit le statut de chacune d'entre elles. Mais la loi organique ne se contente pas de poser les termes d'une habilitation : elle contient d'authentiques dispositions de droit musulman qui sont complétées, qui pour la communauté chiïte, par le Conseil islamique chiïte supérieur³²¹, qui pour la communauté druze, par leurs coutumes, jurisprudence et opinions doctrinales³²². En revanche, la communauté sunnite fonctionne, depuis une loi de 2009³²³, sur un modèle légèrement différent, puisque d'après ce nouveau texte d'habilitation, les décisions du Conseil de la charia constituent désormais la première source du droit applicable à la communauté sunnite, tandis que « le Code de 1917 et les opinions de l'école hanafite [sont] relégués à la deuxième et troisième places »³²⁴.

Bien qu'à l'origine le droit musulman et le droit non-musulman aient été pour l'un, de source étatique, et pour l'autre, de source hétéronome, la pratique a modifié cet état du droit, assurant que tous les droits religieux applicables au Liban soient le produit de la communauté correspondante, intangibles par le législateur central. En Algérie française et à Mayotte, c'est plutôt le phénomène inverse qui s'est produit.

52. Le droit musulman d'Algérie française et de Mayotte. Les textes par lesquels l'État reconnaît l'applicabilité du droit religieux sont, en Algérie française et à Mayotte, relativement succincts. Il s'agit, dans les deux cas, de simples décrets³²⁵. En Algérie, il s'agit des décrets de 1886

³¹⁹ Alors que les communautés musulmanes existant au Liban sont au nombre de cinq : les sunnites, les chiïtes, les druzes, les alaouites et les ismaéliens.

³²⁰ Ainsi, l'activité législative, judiciaire et administrative des communautés musulmanes émerge au budget public. Sur les causes historiques de cet ancien statut de droit commun, cf. E. RABBATH, *op. cit.*, p. 98 et s.

³²¹ L. n° 72/67 du 19 déc. 1967 portant organisation des affaires de la communauté musulmane chiïte au Liban, art. 1^{er} : l'activité législative de la communauté chiïte sera prise « conformément aux règles de la noble charia et au *Fiqh* de l'école Jafaarite, dans les limites des fatwas émanant de l'autorité suprême de la communauté dans le monde ».

³²² Les Druzes sont organisés par deux lois organiques du 13 juill. 1962.

³²³ L. n° 177 du 29 août 2011, *J.O.* n° 41 du 3 sept. 2011, modifiant la loi du 16 juillet 1962 modernisant les tribunaux sunnites et jafaarites, art. 1^{er} : l'art. 242 de la loi du 16 juill. 1962 est modifié ; désormais, ce sont les décisions issues du Conseil supérieur de la Charia qui forment la première source du droit en matière de statut personnel sunnite et jafaarite.

³²⁴ S. GHAMROUN, *Effets d'État. Les juges des enfants, les tribunaux de la charia et la lutte pour la famille libanaise*, (th. dactyl.), 2016, p. 504 : « le Conseil de la charia peut désormais édicter directement la norme juridique d'inspiration religieuse en matière familiale sans devoir passer par le Parlement libanais. »

³²⁵ On pourrait se demander pourquoi le pluralisme juridique, phénomène grave dans une République indivisible et laïque, est introduit dans le droit français par de simples décrets. La cause de cette compétence étendue de l'autorité administrative résulte du télescopage entre, d'une part, le principe selon lequel les lois métropolitaines ne s'appliquent pas de plein droit (héritage de l'ordonnance royale de 1766, cf. *supra*, n° 21), et, d'autre part, l'absence prolongée de

et de 1889³²⁶ organisant la justice musulmane, qui indiquent que le rite des musulmans d'Algérie est principalement contenu dans le *Mukhtaṣar* de Sidi Khalil, écrit au VIII^{ème} siècle³²⁷. À Mayotte, le décret du 1^{er} juin 1939, également relatif à l'organisation de la justice musulmane, fait une référence explicite au *Minibadji el Talibir*, le « guide des zélés croyants »³²⁸. Cet ouvrage, écrit par Al-Nawawi, un jurisconsulte du XIII^{ème} siècle de l'école chaféite³²⁹, est un recueil de préceptes issus de la charia³³⁰. Cependant, ce recueil est loin d'épuiser le droit applicable aux musulmans de Mayotte : il est complété, « adouci »³³¹ par les coutumes malgaches et est-africaines, dans lesquelles « la femme tient une place éminente dans le statut de la famille et la succession à certains immeubles est matrilinéaire »³³². Le tout forme un ensemble non écrit assez peu cohérent : l'expertise des cadis n'en est que plus nécessaire³³³.

Sachant que le rite musulman appliqué en Algérie était le plus complètement compilé dans le *Mukhtaṣar* de Sidi Khalil, écrit au VIII^{ème} siècle, le législateur colonial a entrepris de le traduire³³⁴. Les autorités coloniales ont rapidement achoppé sur un problème : comment faire accéder ce droit à la connaissance des métropolitains affectés en poste en Algérie sans porter atteinte à sa caractéristique essentielle, son caractère immuable ? Il n'échappait à personne, vers la fin du XIX^{ème}

législateur local. Or, il fallait bien que quelqu'un fit des lois. Ce fut donc au représentant de l'exécutif local que revint la tâche de légiférer, jusqu'à ce que la constitution de 1946 institue une Assemblée locale. C'est « la théorie du chef de l'État législateur algérien. » Les dispositions prises étaient donc de nature réglementaire, d'où la récurrence des décrets en ce qui concerne l'organisation de la compétence de l'ordre religieux. Pour ce qui intéresse notre étude, la majorité des normes de relevance religieuse dont il a été question en Algérie concerne la période qui précède l'année 1946 : elles sont donc de nature réglementaire. Sur cette question, v. L.-A. BARRIERE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Éditions universitaires, 1993, spéc. p. 13.

³²⁶ D. du 10 sept. 1886 et du 17 avr. 1889.

³²⁷ Mais aussi, outre le *Mukhtaṣar*, les ouvrages clairs du *fiqh*, dont les principaux avaient cours dans le Maghreb : la *Tohfa* d'Ibn Aḥem, et la fameuse *Risāla* d'Ibn Zayd el-Qaywarani. L'ouvrage d'Al-Nawawi, utilisé à Mayotte, était moins connu au Maghreb, et donc moins utilisé. Ces ouvrages furent traduits par les arabisants Morand et Perron.

³²⁸ D. du 1^{er} juin 1939, art. 6 : « Les cadis jugent d'après le droit musulman et les coutumes indigènes. Le code musulman *Minibadji el Talibir* est seul officiel et applicable dans l'archipel ».

³²⁹ Il s'agit donc de sunnites, Chaféi étant un des plus fameux philosophes et jurisconsultes de la doctrine sunnite, artisan de la « fermeture des portes de l'*ijtihād* », ou la fin de l'interprétation des textes sacrés, coran et sunna. En ce sens, cf. A. MEZGHANI, *L'État inachevé. La question du droit dans les pays arabes*, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 2011, p. 81 et s.

³³⁰ Délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores, relative à la réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, qui renvoie à d'autres traités du rite chaféite, à savoir le *fath al quarib*, le *kétab el tambin*, le *fath el moeni*. Sur la question, v. J.-P. SUEUR, Ch. COINTAT, F. DESPLANTS, « Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis », *Rapport d'information au Sénat*, 18 juill. 2012, n° 675, p. 25.

³³¹ E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *Rev. crit. DIP* 2012. 733, spéc. p. 748.

³³² N. ROULAND, « Les statuts personnels et les droits coutumiers », in *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, (dir. A.-M. LE POURHIET), Aix-en-Provence, PUAM-Economica, 1999, p. 145, spéc. p. 177.

³³³ En ce sens, v. par ex., M. PHILIP-GAY, « Valeurs de la République et Islam à Mayotte », *Revue du droit des religions* 2018, n° 6, p. 59 ; J.-B. SEUBE, « L'application de la loi à Mayotte », *J.-Cl. Civil*, app. art. 3, fasc. 5, 2005, n° 22 ; O. GUILLAUMONT, « Statuts personnels et Constitution », *RRJ* 2001. 1453 et 1549 ; « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *RJP* 2002/2. 213.

³³⁴ Ce précis a été traduit sur ordre du Ministère de la guerre. La justice musulmane relevait du ministère de la guerre, et non de la chancellerie. La traduction du *Mukhtaṣar* de Perron, et portait le titre de *Précis de jurisprudence musulmane ou principes de législation musulmane civile ou religieuse selon le rite malékite*.

siècle, qu'une quelconque œuvre de codification conduirait inéluctablement à sa modification, ne fût-ce que par les efforts d'interprétation³³⁵. L'intégration du droit musulman d'Algérie dans la hiérarchie des normes françaises, par sa mise à l'écrit, allait nécessairement le faire changer de nature. Si les érudits se sont alertés de ce risque probable d'infidélité³³⁶, il semblerait que ce soit précisément ce vers quoi voulaient tendre les autorités centrales. La codification paraissait donc la voie la plus douce, et sans doute également la plus hypocrite, pour amener les musulmans au statut civil laïc. C'est ainsi que fut rédigé un « Code civil musulman suivant le cadre du Code civil français »³³⁷, codifiant le rite malékite. Il fut suivi d'autres tentatives.

En maîtrisant le droit religieux auquel leur propre règle de conflit interne renvoyait, les pouvoirs publics français s'assuraient, à moyen terme, la possibilité d'en finir avec le confessionnalisme. Celui-ci aurait été définitivement condamné le jour où le législateur français se serait permis de modifier, par voie législative, les dispositions du statut personnel des Algériens³³⁸, ce qu'il ne s'est pas privé de faire³³⁹. Étonnamment, ces efforts pour mettre fin à cette source de

³³⁵ Sur l'interprétation dans la pensée sunnite, v. A. MEZGHANI, *L'État inachevé. La question du droit dans les pays arabes*, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 2011, p. 81 et 82 : « Ainsi la boucle est bouclée et un système figé s'instaure. L'idée prévaut que seuls les grands maîtres du passé avaient le droit au raisonnement libre et indépendant. L'*ijtihad* n'a plus comme signification le libre exercice de l'opinion personnelle et du jugement indépendant. Aux environs du X^{ème} siècle, un consensus s'établit pour considérer que, dorénavant, personne ne pourrait plus user de son jugement personnel. L'activité future est donc limitée à l'explication, l'application et, au mieux, l'interprétation d'une doctrine définitivement établie [...] En fin de compte, à la fermeture des portes de l'*ijtihad*, correspond l'ouverture de l'interminable ère de l'imitation. Depuis lors, le temps s'est arrêté : la clôture du système est réalisée [...] C'est au IV^{ème} siècle de l'hégire que l'on situe ce qu'il est convenu d'appeler la fermeture des portes de l'*ijtihad*. Certes, l'effort d'élaboration des normes ne peut s'éteindre, mais il servira pour l'essentiel à résoudre des cas nouveaux, à s'adapter aux nouvelles exigences des relations économiques et patrimoniales en particulier, ou encore à contourner des règles trop contraignantes. Mais nullement à déconstruire le système. »

³³⁶ Les efforts doctrinaux pour connaître le droit musulman d'Algérie ont donné lieu à une discipline, étonnante par sa dénomination : la « théorie occidentale du droit musulman », expression qui semble être de L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, p. 236. Les théoriciens occidentaux de ce droit musulman ont été les premiers à déclarer, en France et à l'intention d'un public français — à savoir : le personnel de la justice algérienne et les fonctionnaires français en exercice en Algérie — que « dans l'Islam, le droit se confond avec la religion » : en ce sens, L. MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 1953, p. 25. Cette confusion aurait pour conséquence son immutabilité. À ce propos, une querelle byzantine d'un genre nouveau a éclaté, mettant aux prises trois doctrinaires qui n'avaient rien d'arabe ni de musulman : à l'*Étude sur la théorie du droit musulman* écrite en 1892 par le Turc chrétien Sawas Pacha, répondit en 1893 le juif hongrois Ignace Goldziher (professeur de langues sémitiques à Budapest), qui provoqua une réplique de Sawas Pacha en 1896 dans son *Droit musulman expliqué*, théories qui toutes furent à leur tour attaquées par un troisième « ouléma » européen, le Hollandais Christiaan Snouck-Hurgronje — tout l'enjeu de la discorde étant de savoir si le droit musulman pouvait faire l'objet d'une évolution ou si de son caractère sacré découlait son immutabilité.

³³⁷ MEYSONNASSE, *Code civil musulman suivant le cadre du Code civil français. Rite malékite*, cité par L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, p. 263.

³³⁸ Pour L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, p. 244 : « L'assimilation du droit musulman à une coutume permettait de le subordonner à la loi dans la hiérarchie des normes du droit français : le législateur avait renvoyé expressément un domaine juridique à la coutume locale. Mais cette coutume restait soumise au bon vouloir du législateur. »

³³⁹ Le législateur français a ainsi repoussé la puberté des filles par une L. du 3 avr. 1930 et une ord. de 1959. Sur le consentement de la fille donnée à mariage par son *wali* (tuteur), la cour d'Alger en a fait un élément essentiel de la validité du mariage : CA Alger, 6 mars 1950, *Bull. chambre de révision musulmane*, n° 116, cité par L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, p. 345. L'institution du *wali* fut supprimée par l'ord. de 1959, interdisant désormais le mariage par procuration. La même ordonnance a limité les possibilités de répudiation unilatérale venant directement du mari, en imposant le

droit hétéronome ne sont qu'assez récents à Mayotte³⁴⁰. Peut-on voir dans ces tentatives d'appropriation du droit religieux, variables en intensité, une indication de plus que « la République décroît avec la distance »³⁴¹ ? Quoi qu'il en soit, si le droit religieux de Mayotte cessait d'être hétéronome par sa source et devenait un simple droit spécial, comme il est parfois suggéré³⁴², pour être intégré au droit étatique, il faudrait abandonner la technique de la norme de relevance conflictuelle.

Le respect du caractère hétéronome du droit religieux est une marque distinctive de cette norme de relevance : il se retrouve dans le système des accommodements raisonnables, quoique la source en question soit ambiguë.

II. Source ambiguë dans le système de l'obligation d'accommodement raisonnable

53. L'individu-législateur³⁴³. Contrairement à la règle de conflit intercommunautaire et aux hypothèses de droit international privé, l'obligation d'accommodement raisonnable n'a pas pour effet de rendre applicable un droit dans sa globalité, à charge, pour le juge, de choisir dans le corpus de droit religieux les règles résolvant adéquatement le litige. Dans le système des accommodements raisonnables, le rapport de droit reste, pour l'ensemble, soumis au droit étatique, et si une ou plusieurs règles de droit religieux y sont introduites³⁴⁴, le choix de ces règles résultera de la volonté du créancier de l'obligation d'accommodement raisonnable. Ce système s'éloigne donc sensiblement des méthodes du droit international privé.

Or, le rôle dévolu au créancier de l'obligation d'accommodement raisonnable a des conséquences sur la source du droit religieux applicable. Comme il s'agit de corriger une discrimination indirecte, de manière à permettre le meilleur épanouissement de la liberté religieuse individuelle, c'est l'individu créancier qui désignera la règle qu'il désire voir appliquer. La source du droit religieux gît donc dans l'individu : sa foi, ses convictions ainsi que sa pratique religieuse personnelle constituent la source de ce droit.

passage par le juge : art. 6 : « Le mariage, hors le cas de décès, n'est dissous que par décision de justice. Cette décision est rendue, à la demande de l'un ou l'autre époux, par le magistrat compétent. ». V. L.-A. Barrière, *op. cit.*, p. 251 et s.

³⁴⁰ Cf. *supra* n° 28 et 29.

³⁴¹ N. ROULAND, « Les statuts personnels et les droits coutumiers », in *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, (dir. A.-M. LE POURHIET), Aix-en-Provence, PUAM-Economica, 1999, p. 145, spéc. p. 188.

³⁴² En ce sens, v. N. BALAT, *Essai sur le droit commun* (préf. M. GRIMALDI), LGDJ, 2016, n° 471 et s.

³⁴³ Traduction de l'expression employée, jadis, par la Cour suprême des États-Unis, *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878), p. 166-167.

³⁴⁴ Cf. *supra*, n° 48.

Malgré sa fidélité à la philosophie de l'obligation d'accommodement raisonnable, une telle conception soulève bien des difficultés, dont la jurisprudence des juridictions suprêmes nord-américaines se ressent. D'un côté, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique et celle du Canada ont manifesté la volonté de rechercher dans l'individu, et dans lui seul, la source de ce droit religieux³⁴⁵. Selon elles, l'alternative présenterait le danger d'ériger le juge étatique en une instance de correction théologique, écueil qu'il convient d'éviter à tout prix³⁴⁶. Mais, de l'autre côté, il leur est presque impossible de renoncer à toute objectivité dans l'établissement de ce droit religieux. Ainsi, le Tribunal des droits de la personne du Québec jugeait que « lorsqu'une personne prétend être victime d'une discrimination fondée sur le droit qu'elle revendique de se conformer aux enseignements de sa religion, il est opportun de vérifier l'existence réelle de ces enseignements. »³⁴⁷. De même, dans l'affaire *Amsellem*, le juge Rochon avait considéré que la demande d'accommodement raisonnable devait être étayée par l'existence objective de la pratique litigieuse³⁴⁸ ; le juge Bastarache avait souhaité « un lien de rattachement véritable de cette croyance

³⁴⁵ Rappelons qu'aux États-Unis, l'acceptation que l'individu puisse être, dans le cas particulier de l'obligation d'accommodement raisonnable, une source de droit, résulte du *Religious Freedom Restoration Act* (cf. *supra* n° 33), qui fait revenir l'état du droit à la jurisprudence antérieure à la décision de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Employment division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990). Les faits de cette décision *Smith* méritent d'être brièvement rapportés : Alfred Smith était membre de l'Église des Amérindiens, et avait été licencié pour avoir consommé un produit classé dans les stupéfiants, le peyotl, une plante de la famille des cactus ayant des propriétés hallucinogènes. Il se défend à l'instance en faisant valoir que la consommation de cette plante fait partie des rites de sa religion. La Cour suprême déclare que « les conséquences inévitables de la démocratie sont préférables à un système où chaque conscience individuelle est une loi et où les juges devraient mesurer l'importance sociale de toutes les lois en fonction des croyances religieuses ». Cette décision rappelait, en l'approfondissant, la jurisprudence *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878), p. 166-167, rendue au sujet de la polygamie, et dans laquelle la Cour suprême avait déclaré : « Un homme peut-il excuser ses pratiques contraires [à la loi] par sa foi religieuse ? Permettre cela rendrait les doctrines religieuses supérieures à la loi du pays et permettrait à chaque citoyen de devenir un législateur pour lui-même. »

³⁴⁶ Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Thomas c. Review Board of the Indiana Employment Security Division* 450 U.S. 707 (1981) ; *Frazee c. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989). Même position exprimée par la Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amsellem* [2004] CSC 47, CarswellQue 1544, spéc. § 50 : « l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. »

³⁴⁷ Tribunal des droits de la personne du Québec, *Smart c. Eaton liée* (1993) CHRR D/446, J.E. 93-446, p. D/448, cité par Ch. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, (préf. L. AYNES et P. GLENN), Cowansville, Bruylant/ Yvon Blais, 2007, n° 420, p. 276.

³⁴⁸ Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c/ Amsellem*, [2004], 2 RCS, 551, § 53 : « la façon de remplir ses devoirs religieux ne peut relever d'une conception purement subjective du pratiquant sans relation avec un enseignement religieux portant à la fois sur la croyance et la façon de manifester sa religion. »

avec la religion de la personne »³⁴⁹. D'autres décisions sont en ce sens³⁵⁰, et sont soutenues par certaines voix en doctrine³⁵¹.

En réalité, la référence à une source objective de droit religieux se retrouve dans le rôle des autorités religieuses, invitées à donner leur avis comme experts auprès des tribunaux nord-américains.

§ 2 Le rôle des autorités religieuses

54. Les autorités religieuses, gardiennes de l'interprétation conforme. Lorsqu'il est question d'appliquer le droit religieux, la meilleure manière de garantir l'hétéronomie de la règle religieuse est encore de confier l'application du droit religieux à ceux qui le connaissent le mieux. Tel a été le choix des systèmes consacrant la règle de conflit intercommunautaire **(I)**, que les systèmes consacrant l'obligation d'accommodement raisonnable ont été tentés de suivre, avant d'y renoncer, se contentant de confier un rôle plus léger aux autorités religieuses **(II)**.

I. Le rôle de juge dans les systèmes de règle de conflit intercommunautaire

55. La compétence de principe du juge religieux. En principe, dans les systèmes consacrant la règle de conflit intercommunautaire, la loi religieuse est appliquée par le juge de la communauté correspondante. Tel est le cas au Liban ; tel était le cas en Algérie française et à Mayotte³⁵². Dans un vocabulaire international-privatiste, on parlerait de l'alignement du *forum* et du *jus* ou de conflit d'autorités³⁵³. Ainsi, les règles de conflit de lois se doublent de règles de

³⁴⁹ Cour suprême du Canada, déc. préc., § 135. Cf. *supra* n° 42.

³⁵⁰ Mentionnons encore la décision de la Cour suprême du Canada, *R. c. Edwards Books and Art Ltd.* [1986] 2 RCS 713, spéc. p. 763, dans laquelle le juge en chef Dickson avait considéré qu'« en l'absence d'une preuve forte quant à la nature de l'observance du mercredi par les hindous ou de celle du vendredi par les musulmans, je ne veux pas, et d'ailleurs je ne suis pas en mesure de le faire, évaluer les effets de la Loi sur les membres de ces groupes religieux ». Pour un inventaire plus complet des décisions en ce sens, v. Ch. LANDHEER-CIESLAK, *op. cit.*, n° 420 et s., et J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement et l'adaptation à la société religieuse », (1998) 43 *RD McGill*, p. 325, spéc. p. 388 et s.

³⁵¹ H. BRUN, « Un aspect crucial mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des chartes canadienne et québécoise : l'objection de conscience », *C. de D.* 1987, vol. 28, p. 185, cité par Ch. LANDHEER-CIESLAK, *op. cit.*, n° 415, p. 273 : « ce qui fait que les préceptes d'une telle morale humaine ou religieuse peuvent être considérés comme des croyances et non comme de simples opinions, ce sont leur généralité, leur universalité, leur pérennité aux yeux de celui qui les invoque. C'est ce qui donne à l'identification qu'ils font du bien et du mal son caractère spirituel, transcendantal, fondamental et absolu. »

³⁵² Notons que dans de nombreux pays, toutefois, le juge est devenu une instance étatique, appliquant le droit religieux. Ainsi, pour P. GANNAGE, « Droit intercommunautaire et droit international privé (à propos de l'évolution du droit libanais face aux droits proche-orientaux) », in *op. cit.*, p. 235, spéc. p. 243 : « la laïcisation du droit [a été] amorcée mais n'a pu être achevée. La transformation partielle, incomplète, que connaissent ainsi certains systèmes juridiques, dans les pays du Proche-Orient, confère souvent aux juridictions civiles de ces pays le pouvoir d'appliquer et d'interpréter les lois confessionnelles. »

³⁵³ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1944, t. III, n° 850 et s., p. 29 : « On peut donc dire qu'ici la compétence législative et la compétence de l'autorité sont liées de façon indivisible, ou

compétence, qui « désignent impérativement la juridiction qui pourra connaître du litige et dont la décision pourra seule être exécutée »³⁵⁴, étant entendu qu'« en droit interpersonnel, chaque juridiction ne peut appliquer que sa propre loi. »³⁵⁵.

56. Compétence protégée au Liban. Au Liban, la compétence des juridictions confessionnelles est protégée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qui sanctionne les empiètements éventuels et arbitre les conflits de compétence³⁵⁶. Outre les conflits négatifs ou positifs de compétence, la Cour de cassation libanaise protège les attributions des juridictions confessionnelles contre les empiètements des tribunaux étrangers. Ainsi, lorsqu'en matière de statut personnel, un tribunal étranger non religieux se prononce sur le sort de ressortissants libanais, la Cour de cassation, avant de lui accorder l'*exequatur*, vérifie que la décision étrangère ne remet pas en cause la compétence exclusive des tribunaux religieux. Elle s'assure donc qu'aucune juridiction étrangère n'ait été saisie au détriment des tribunaux confessionnels libanais³⁵⁷. Il s'agit en quelque sorte de dissuader les Libanais de faire juger ailleurs des affaires pour lesquelles les tribunaux confessionnels libanais auraient été compétents. Le pouvoir exclusif des communautés religieuses est donc renforcé par la Cour de cassation elle-même, qui l'érige en valeur d'ordre public international³⁵⁸. Précisons que lorsqu'il est question d'accorder l'*exequatur* à une décision émanant d'un tribunal confessionnel étranger, ce contrôle est dévolu aux juridictions confessionnelles

plus exactement que la détermination de l'autorité est le seul problème qui se pose, parce que celle-ci entraîne automatiquement l'application qui régit cet officier ministériel. » V. également D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Paris, PUF, 2017, 4^{ème} éd., t. I, n° 583 et s., p. 727 et s.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 242.

³⁵⁵ *Ibid.* L'auteur précise que « les juridictions confessionnelles exerçant leurs prérogatives dans l'ordre interne sont en effet dans une certaine dépendance à l'égard de l'État qui fixe les domaines où chacune d'elles peut se déclarer compétente. »

³⁵⁶ C. proc. civ. libanais, art. 95 § 4 : « La Cour de cassation connaît de l'opposition contre un arrêt en dernier ressort rendu par un tribunal confessionnel ou *chari* pour incompétence de ce tribunal ou de la violation de l'arrêt d'une formalité substantielle d'ordre public. »

³⁵⁷ En ce sens, P. GANNAGE, « *Exequatur* des jugements étrangers », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multiconfessionnels. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette, coll. « Presses de l'Université Saint-Joseph », 2^{ème} éd., 2019, p. 357, spéc. p. 359-360. C'est également l'analyse de M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux* (préf. Y. LEQUETTE), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005, n° 577 et s., p. 551 et s.

³⁵⁸ D'ailleurs, les juridictions libanaises n'en font pas mystère, puisque selon une jurisprudence constante, « selon la conception de l'ordre public, tel qu'il est entendu au Liban, le mariage obéit, quant à sa formation et à sa dissolution, aux règles de la communauté religieuse à laquelle appartient les époux ; qu'il n'est pas contesté que le droit canon protestant n'admet qu'une cause de divorce, l'adultère ; qu'il suit de là que le divorce Touma-Khoury prononcé en Amérique pour une cause qui n'est pas l'adultère ne peut être pris en considération par une juridiction libanaise » : v. Trib. Mixte Beyrouth, 30 nov. 1932, n° 3777, cité par P. GANNAGE, art. préc., spéc. p. 360.

libanaises³⁵⁹ : ces dernières sont réputées mieux placées pour apprécier la conformité de la décision en question à leur droit³⁶⁰.

Dans la perspective qui est celle de la Cour de cassation libanaise, il va de soi qu'elle ne s'est jamais servie de son autorité pour imposer son interprétation de la loi religieuse³⁶¹, pas plus qu'elle ne se serait permis de censurer une décision émanant d'une juridiction religieuse pour contrariété à l'ordre public³⁶². On le voit : l'application du droit religieux est une prérogative exclusive des juridictions religieuses, et le rôle de la Cour de cassation est de la protéger.

57. Compétence supprimée en Algérie française et Mayotte. La règle de conflit intercommunautaire française fonctionnait, elle aussi, suivant un alignement du *forum* et du *jus*. En Algérie française³⁶³ comme à Mayotte³⁶⁴, la justice devait être rendue par le *cadi*, qui est un dignitaire religieux. Dans sa fonction contentieuse, le *cadi* arbitrait les litiges entre particuliers en se référant

³⁵⁹ L. du 2 avr. 1951, art. 30.

³⁶⁰ Bien entendu, cette observation ne vaut pas pour les juridictions musulmanes rendant des décisions à l'étranger, même en ce qui concerne des Libanais : rappelons qu'à la différence des juridictions confessionnelles non musulmanes, « les juridictions musulmanes [sont] reliées directement à l'autorité publique, dont les organes, aux divers échelons de la hiérarchie judiciaire, épuisent leurs attributions au territoire de chaque État » : v. P. GANNAGE, « Le contrôle des décisions étrangères des juridictions communautaires », in *op. cit.*, p. 365.

³⁶¹ P. GANNAGE, « Droit intercommunautaire et droit international privé (à propos de l'évolution du droit libanais face aux droits proche-orientaux) », in *op. cit.*, p. 235, spéc. p. 247.

³⁶² Pourtant, la rédaction de l'article 95 § 4 du Code de procédure civile libanais, qui dispose que « la Cour de cassation connaît [...] de la violation de l'arrêt d'une formalité substantielle d'ordre public » aurait pu être interprété comme une invitation à censurer les décisions contraires à l'ordre public. Si, dans le monde des cours suprêmes, il en est d'assez hardies pour faire ce qu'un législateur ou un gouvernement n'ose faire, tel n'est pas le cas de la Cour de cassation libanaise. En l'absence de dispositions étatiques servant de référent à ce que devrait recouvrir l'ordre public en matière de statut personnel, la Cour de cassation aurait dû faire œuvre d'invention. Or, l'abus de pouvoir aurait été manifeste : inventer ce référent revenait à une sorte de « coup d'État jurisprudentiel », qu'elle n'a pas été tentée de faire. La Cour de cassation a donc interprété le pouvoir qui était le sien de la manière la plus restrictive possible : en réalité, ce qu'il faut comprendre par « formalités substantielles d'ordre public » se limite aux garanties procédurales d'un procès équitable. Sur ce fondement, par exemple, des décisions émanant de tribunaux confessionnels ont pu être cassées pour défaut de signification des actes de procédure au défendeur : par ex., Cass. civ., 20 oct. 1962, *Rev. jud. Lib.*, 1963, p. 647, et Cass. civ., 14 mai 1965, *Rev. jud. Lib.*, 1965, p. 581, cités par P. GANNAGE, « Les conséquences du défaut d'approbation des codes de statut personnel des communautés non musulmanes », in *op. cit.*, p. 67, spéc. p. 70, ou bien pour violation de la règle de l'autorité de la chose jugée par la juridiction confessionnelle : v. Cass. civ., 1^{er} juin 1964, *rev. jud. Lib.*, 1964, p. 8 ; et plus généralement, pour violation des droits de la défense et du principe du contradictoire : v. Cass. civ., 28 avr. 2014 n°45/2014, *Rev. Cassandre* 2014/4, p. 759, cité par F. NAMMOUR, « La compétence des tribunaux religieux en droit libanais », in *Mélanges Neau-Leduc*, Paris, LGDJ, 2018, p. 740. Peut-être conviendrait-il de renommer ce contrôle des « substantielles d'ordre public » en « contrôle de l'ordre public procédural » : cela aurait le mérite de dissiper le doute sur le rôle de la Cour de cassation quant au fond de la loi religieuse.

³⁶³ Ord. du 10 août 1834, complétée des D. du 10 sept. 1886 et du 17 avr. 1889.

³⁶⁴ D. du 1^{er} juin 1939 portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores, art. 6 (« Les *cadis* jugent d'après le droit musulman et les coutumes indigènes. Le code musulman *Minibadji el Talibir* est seul officiel et applicable dans l'archipel »), et la délibération du 3 juin 1964 de l'assemblée territoriale portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane.

aux rites hanbalite ou malékite en Algérie, et au rite chafïite, à Mayotte. Dans sa fonction gracieuse, il jouait le rôle de notaire, de juge de paix, de médiateur, de « facilitateur social »³⁶⁵.

La compétence juridictionnelle du *cadi* a cependant suivi le même destin que celui du statut musulman : le législateur a fait en sorte de la limiter³⁶⁶, ce qui lui fut relativement aisé. En effet, n'étant constitutionnellement tenu que de respecter le statut personnel musulman des Mahorais et des Algériens³⁶⁷, le législateur central s'est cru autorisé à diminuer les prérogatives du *cadi*, en douceur, d'abord, en intégrant partiellement la justice musulmane à la hiérarchie française. En Algérie, les *cadis* étaient nommés par la justice française et leurs décisions subissaient le contrôle des cours d'appel de droit commun, instituées par la métropole³⁶⁸, qui coexistaient avec les cours d'appel musulmanes, appelées *medjelès*³⁶⁹. Un avatar de Cour de cassation, la chambre de révision musulmane, fut tardivement créé, formation particulière de la Cour d'appel d'Alger³⁷⁰. À Mayotte, les décisions du Tribunal du *Cadi* étaient susceptibles d'appel devant le Tribunal du Grand *Cadi*. Enfin, il existait une instance assimilable à une cour de cassation, dont la dénomination, la chambre d'annulation musulmane, ressemble fort à la chambre de révision musulmane d'Algérie³⁷¹. Lorsque l'Algérie redevint algérienne, le *cadi* avait perdu l'essentiel de ses prérogatives³⁷² ; à Mayotte, le processus fut mené à son terme par l'ordonnance du 3 juin 2010³⁷³, qui a abrogé la justice *cadiale*³⁷⁴.

La disparition du *cadi* n'est pas sans conséquence sur l'application du droit musulman à Mayotte. Aussi bien, pour s'assurer une compréhension et une interprétation orthodoxe du corpus de droit religieux qui demeure applicable aux musulmans de Mayotte, les juges étatiques s'aident

³⁶⁵ G. FELLOUS, *La laïcité pour tous. Les exceptions au droit commun* (t. IV), Paris, L'Harmattan, 2016, p. 54.

³⁶⁶ Cf. *supra*, n° 27, 28, 29, 52.

³⁶⁷ Const., art. 75. Sur l'assise constitutionnelle de la règle de conflit intercommunautaire, cf. *supra* n° 21.

³⁶⁸ Dans l'organigramme français, la justice musulmane était séparée du reste de la justice (arrêté du 20 août 1848), continuant de relever du ministère de la guerre, jusqu'à ce qu'elle soit pleinement intégrée dans l'appareil judiciaire français, en 1947.

³⁶⁹ L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, p. 24.

³⁷⁰ D. du 25 mai 1892.

³⁷¹ V. J.-B. FLORI, « L'organisation judiciaire de Mayotte », in *Mayotte* (dir. O. GOHIN et P. MAURICE), Actes du colloque universitaire de Mamoudzou, 23 et 24 avr. 1991, Université de la Réunion, 1992, p. 197, spéc. p. 202 et s.

³⁷² En Algérie, les compétences du *cadi* ne cessèrent de diminuer pendant toute la période française. Ses compétences en matières pénale, commerciale, civile, au sens des catégories du droit français, lui furent progressivement retirées pour ne concerner plus que le statut personnel et les litiges successoraux. Les compétences du *cadi* diminuèrent encore *ratione personae*, seuls les litiges opposant deux musulmans étant de sa compétence, au point qu'on a pu dire qu'à la fin de la période française, les pouvoirs du *cadi* furent « réduits à une compétence exceptionnelle, ce que les nationalistes musulmans ne manquèrent pas de dénoncer » (L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, p. 27).

³⁷³ Ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte.

³⁷⁴ Les prérogatives du *cadi* ont subi leur premier coup de rabot par l'ord. n° 81-295 du 1^{er} avril 1981 relative à l'organisation de la justice à Mayotte, art. 4 : « les fonctions judiciaires à Mayotte sont exercées par des magistrats de l'ordre judiciaire ». Les alinéas suivants énoncent les différents corps de métiers relatifs à la justice, et ce n'est qu'à la fin de l'article que sont mentionnés les « intermédiaires » dont « peuvent » s'entourer les magistrats judiciaires. On aura reconnu les *cadis*, relégués au rang de simples intermédiaires facultatifs.

encore officieusement des cadis, bien qu'ils aient, en principe, perdu leur statut officiel³⁷⁵. Leur office se rapproche donc sensiblement de celui que les autorités religieuses possèdent dans le système des accommodements raisonnables : celui d'un expert.

II. Le rôle d'expert dans le système de l'obligation d'accommodement raisonnable

58. La pratique de la consultation des autorités religieuses. Bien que les cours suprêmes nord-américaines aient manifesté leur intention de puiser dans la seule conscience individuelle la source du droit religieux dont il est demandé l'application³⁷⁶, des experts religieux sont fréquemment invités à témoigner, au prétoire, de l'existence et de l'importance de la norme religieuse litigieuse. On se souvient ainsi que dans l'affaire *Amsellem*³⁷⁷, deux rabbins avaient été invités pour expliquer l'importance des *souccabs*, sortes de cabanes faites en végétaux et construites à l'extérieur du logement dans lesquelles les membres d'un foyer prennent leur repas, caractéristiques de la fête de *souccoth*, la fête des récoltes³⁷⁸. Et si, dans ce litige, les deux rabbins n'étaient pas d'accord sur l'endroit précis où devait être érigée la cabane — sur les balcons, assurait le rabbin convoqué par le créancier de l'obligation d'accommodement, dans les parties communes, rétorquait le rabbin invité par le débiteur³⁷⁹ —, bien souvent, l'autorité religieuse consultée permet de saisir le sens de la norme religieuse litigieuse. Ainsi, dans l'affaire *Multani*, par exemple, où il était question d'exempter un élève de l'interdiction d'apporter des armes à l'école, les juges canadiens ont été convaincus de l'importance du *kirpan*, petit poignard, grâce à la consultation d'un aumônier sikh, interrogé pour les besoins de la cause³⁸⁰. À l'inverse, en l'absence d'avis d'expert, les juges de

³⁷⁵ Malgré la fin officielle de la justice cadiale, les cadis continuent à exister comme assesseurs auprès des juges, en qualité d'experts en droit musulman. À ce titre, les cadis sont encore des fonctionnaires d'État. En outre, il semble que la justice cadiale continue de fonctionner de façon officieuse, jouant à plein le rôle de médiateur que l'ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte a bien voulu leur laisser. V. *Liberation*, 30 mars 2011, « Mayotte : les cadis rendent la justice », en ligne : https://www.liberation.fr/societe/2011/03/30/mayotte-les-cadis-rendent-la-justice_725471 ; *Mayotte Hebdo*, 3 mars 2017, « Enquête : Mayotte roule-t-elle toujours pour les cadis ? », en ligne : <https://www.mayottehebdo.com/actualite/dossier/enquete-mayotte-roule-t-elle-toujours-pour-les-cadis>. Signalons que le législateur de 2010, abrogeant la justice cadiale, a, du même coup, maladroitement supprimé tout le droit musulman. Cette abrogation est généralement perçue en doctrine comme une erreur, car le législateur ne peut modifier un droit constitutionnellement protégé : en ce sens, v. par ex., E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *Rev. crit. DIP* 2012. 733, spéc. p. 749.

³⁷⁶ Cf. *supra*, n° 53.

³⁷⁷ Cf. *supra*, n° 42.

³⁷⁸ *Lévitique*, 23-41 à 43 : « Vous célébrerez chaque année cette fête à l'Éternel, pendant sept jours. C'est une loi perpétuelle pour vos descendants. Vous la célébrerez le septième mois. Vous demeurerez pendant sept jours sous des tentes; tous les indigènes en Israël demeureront sous des tentes, afin que vos descendants sachent que j'ai fait habiter sous des tentes les enfants d'Israël, après les avoir fait sortir du pays d'Égypte. »

³⁷⁹ Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c/ Amsellem*, [2004], 2 RCS, 551, § 22 et s.

³⁸⁰ Cour suprême du Canada, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois* [2006] 1 RCS, 256, § 36.

la Cour suprême canadienne se sont déclarés mal renseignés sur la force obligatoire, en droit religieux, de l'eucharistie³⁸¹.

Cette pratique peut être rapprochée de celle des certificats de coutume, par lesquels, en droit international privé, les parties tentent d'apporter la preuve de la loi étrangère dont elles demandent l'application. En effet, le certificat de coutume, « attestation écrite sur la teneur d'un droit étranger, produite en vue d'une occasion déterminée »³⁸², peut émaner « d'autorités officielles [...] ou semi-officielles »³⁸³, et dans la plupart des cas, les certificats de coutume sont « délivrés par des particuliers : professionnels d'une branche donnée [...] praticiens du droit [...] ou universitaires »³⁸⁴. Le fait que les autorités religieuses convoquées — rabbins, aumôniers sikh, ... — soient les ministres de cultes reconnus par l'État ou de simples particuliers est donc sans influence sur le crédit apporté à leur consultation, qui permet au juge étatique d'être guidé dans sa connaissance de la norme religieuse à appliquer.

Cette collaboration — remarquable pour un juriste français — a pu être plus étroite encore, à l'époque où les tribunaux arbitraux religieux pouvaient librement s'établir sur le territoire, et dont les sentences pouvaient recevoir l'*exequatur* du juge étatique.

59. Le rôle des tribunaux arbitraux religieux et l'*exequatur* de leurs décisions. En Ontario, ainsi qu'aux États-Unis et au Royaume-Uni, les particuliers étaient ainsi autorisés à demander à un tribunal arbitral religieux de trancher leur litige, y compris en matière familiale, et de demander, au besoin, au juge étatique, l'*exequatur* de la sentence ainsi obtenue. C'était encore l'obligation d'accommodement raisonnable, dont le débiteur était en l'occurrence l'État, qui le conduisait à céder certains contentieux aux autorités religieuses. En réalité, derrière ce prétendu « accommodement raisonnable », cet abandon relatif de fonction régaliennne était motivé par la volonté de soulager la tâche des tribunaux étatiques, étouffant sous le contentieux familial. La

³⁸¹ Cour suprême du Canada, *Droit de la famille – 2505*, [1996] RDF 785 (C.S.), § 49 et 50 : « Il s'agit à cette étape de déterminer si, *prima facie*, l'administration à A... par l'Église catholique du sacrement de la communion constitue :

(i) Selon les règles de l'Église catholique, une acceptation d'A... comme membre de l'Église catholique, et, par conséquent, une renonciation par A..., à toute autre religion ; et

(ii) Selon les règles de la foi musulmane, une renonciation par A... à la possibilité de devenir musulman ou un empêchement radical à cette possibilité.

Les parties n'ont fait aucune preuve sur le premier point. Quant au deuxième point, on n'a que le témoignage de M. S... confirmant ce point, mais qui manquait de clarté. Il serait préférable de faire une preuve par experts sur les deux points. »

³⁸² B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n° 349, p. 307.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ *Ibid.*

province de l'Ontario mit fin à cette pratique en 2006, par le *Family Statute Law Amendment Act*³⁸⁵, qui fait défense aux tribunaux arbitraux statuant dans les matières familiales d'appliquer autre chose que le droit canadien de la famille — ce qui était une manière de mettre fin à l'application du droit religieux.

Cette pratique, sur laquelle nous reviendrons plus longuement³⁸⁶, indique le degré de collaboration dont les pouvoirs publics d'Amérique du Nord, notamment, ont pu faire preuve avec les autorités religieuses, pour leur permettre d'appliquer, sous le seul contrôle de l'*exequatur*, la norme religieuse.

³⁸⁵ *Family Statute Law Amendment Act*, 2006, S.O. 2006, c. 1 - Bill 27. L'amendement modifie l'*Arbitration Act* de 1991, limitant la loi applicable ("Family arbitration" means an arbitration that [...] (b) is conducted exclusively in accordance with the law of Ontario or of another Canadian jurisdiction.")

³⁸⁶ Cf. *infra*, n° 381 et s.

Conclusion du chapitre préliminaire

60. Premier modèle de norme de relevance conflictuelle. Le droit religieux peut être introduit en droit étatique par une norme de relevance correspondant au modèle d'une règle de conflit de lois. La plus connue est sans doute celle qui, au Liban, arbitre les conflits intercommunautaires des relations privées internes. Les Libanais étant soumis, pour ce qui relève de leur statut personnel, à la loi de leur communauté religieuse, c'est donc une règle de conflit, structurée autour d'une catégorie et d'un élément de rattachement, qui arbitre entre les différents statuts en concurrence. Devenue emblématique du Liban, cette norme de relevance conflictuelle existe pourtant en de nombreux endroits du globe, dont la France, qui l'avait réservée aux musulmans d'Algérie française et la réserve encore aux musulmans de Mayotte *via* l'article 75 de la Constitution.

En dépit de leurs ressemblances, les normes de relevance conflictuelles libanaise et française ont eu, du Liban à l'outre-mer français, des destins diamétralement opposés. Alors que la pratique libanaise tend à figer cette règle censée être provisoire, dans l'outre-mer français, les pouvoirs publics ont toujours fait en sorte de limiter le plus possible l'emprise du droit religieux. Une conclusion s'impose : cette norme de relevance conflictuelle, la France ne l'a pas assumée. Aussi bien, l'avertissement de Robespierre, qui s'était écrié « Périssent les colonies plutôt qu'un principe ! »³⁸⁷, sonne comme une prophétie. Ce principe, l'égalité des citoyens devant la loi, garanti par l'article 1^{er} de la Constitution, exercera donc son irrésistible attraction, condamnant la norme de relevance conflictuelle de l'article 75 au dépérissement.

Si la norme de relevance conflictuelle devait retrouver de la vigueur, en France, ce serait par l'intronisation de l'obligation d'accommodement raisonnable.

61. Second modèle de norme de relevance conflictuelle. L'obligation d'accommodement raisonnable se distingue de la règle de conflit intercommunautaire à de très nombreux points de vue. Le plus important a trait au « confessionnalisme » qu'introduit la seconde, et que ne permet pas, en principe, la première. En effet, si l'on considère qu'il faut entendre, par « système confessionnel » ou « confessionnalisme », le fait, pour l'État, de déléguer officiellement une partie de la production normative à des communautés religieuses, dont les normes s'appliqueront automatiquement à certaines situations, ce résultat n'est pas permis par le système

³⁸⁷ G. MANCERON, *Marianne et les colonies. Une introduction à l'histoire coloniale de la France*, Paris, La Découverte, coll. « Sciences humaines et sociales », 2005, p. 45.

de l'obligation d'accommodement raisonnable. Toutefois, les deux normes de relevance conflictuelles se ressemblent par le fait qu'elle postulent l'égalité de l'ordre étatique et de l'ordre religieux, ainsi que l'égalité de leur droit. Lorsqu'un individu estime devoir alléger à l'ordre religieux plutôt qu'à l'ordre étatique, un conflit internormatif s'élève. Il sera tranché en faveur de la loi la plus légitime à s'appliquer — ce qui ressemble à la recherche de la loi ayant le plus de titres à s'appliquer, caractéristique de la méthode conflictuelle du droit international privé.

D'autres parallèles peuvent encore être faits entre les deux normes de relevance conflictuelles, en examinant la manière dont le droit religieux est appliqué. Tant le système de la règle de conflit intercommunautaire que celui de l'obligation d'accommodement raisonnable témoignent d'un réel souci de respecter la source hétéronome du droit religieux. Dans les deux systèmes, le juge étatique met en place une collaboration avec les autorités religieuses, toujours dans le but de permettre la plus fidèle application de la règle religieuse.

62. Succès de la norme de relevance conflictuelle. Cette étude préliminaire a permis de dégager certains traits de la norme de relevance conflictuelle. Nous nous sommes limitée à l'examen de deux modèles : le premier, parce qu'il avait été activement rejeté par la France ; le second, parce qu'il sera peut-être introduit en droit français, *via* la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le modèle général de la norme de relevance conflictuelle pourrait certainement être décliné d'autres façons. Les différentes tonalités dont elle se colore permet d'en faire un instrument qui n'est pas seulement adapté aux systèmes confessionnels, mais l'est également aux systèmes sécularisés — soit qu'ils entretiennent une relation spéciale avec une communauté religieuse en particulier (ce qui est le cas des concordats), soit qu'ils entendent se doter d'un droit des minorités efficace. C'est peut-être ce qui en fait la norme de relevance la plus répandue au monde. Sa prépondérance a certainement joué dans l'orientation des études ayant cherché à donner un cadre général à l'introduction du droit religieux dans les systèmes étatiques. Par exemple, l'étude dirigée par M. Russel Sandberg fait la promotion d'un mode de régulation apparemment nouveau, le *joint governance*, qui ressemble fort au type de la coordination³⁸⁸. De même, l'étude menée par Mme Ayelet Shachar invite à employer des outils qui empruntent, en dernière analyse, les traits d'une règle de

³⁸⁸ R. SANDBERG, « Conclusion : In Pursuit of Pluralism », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview* (dir. R. BOTTINO, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 395, spéc. p. 414-415. L'auteur conclut l'ouvrage en proposant un cadre général censé être adapté à tout ordre étatique, résumé en seize propositions, qui explicitent son concept de *joint governance*, qui est un modèle de coopération entre autorités étatiques et religieuses.

conflit³⁸⁹. Enfin, M. Ralf Michaels propose plusieurs modèles d'introduction des normes religieuses devant le juge étatique, dont, en particulier, le modèle « postséculier », qui selon nous, peut être rapproché du second modèle de la norme de relevance conflictuelle, c'est-à-dire de l'obligation d'accommodement raisonnable³⁹⁰.

Ce succès n'a pas déteint sur le droit privé français. S'il est acquis que « le principe de laïcité, tel qu'il est compris en France, postule le refus de l'existence d'un véritable conflit de lois »³⁹¹, l'affirmation sera étendue au refus de toute norme de relevance conflictuelle — du premier comme du second modèle. Il convient donc de rechercher quelle est la norme de relevance de prédilection du droit français.

³⁸⁹ A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, 2001, p. 113-123. L'auteur recense quatre manières de régler le multiculturalisme : le type fédéral (une répartition matérielle et territoriale des pouvoirs entre État et communautés), le *temporal accommodation* (une sorte d'effet atténué de l'ordre public), le *consensual accommodation* (un genre d'option de statut personnel, restreinte à une matière donnée) et le *contingent accommodation* (un système d'option, sous réserve du respect de standards *minima* d'ordre public étatique). Jugeant ces quatre modèles imparfaits, l'auteur en propose un cinquième, le *transformative accommodation*. Il s'agit d'une nouvelle manière de distribuer les pouvoirs, qui consiste à faire marcher main dans la main le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel, en les faisant coopérer dans chaque sous-question de droit. Le principe de base est d'interdire tout monopole : ni l'ordre religieux ni l'ordre étatique ne jouirait d'aucune position dominante ; le choix de savoir lequel, du droit étatique ou du droit religieux, doit l'emporter, est laissé en dernier ressort à l'individu le plus vulnérable et seulement s'il est mis en danger d'une quelconque manière. De notre point de vue, la proposition de l'auteur se résume à l'obligation d'accommodement raisonnable, en poussant plus loin ce qui est déjà le présupposé d'une telle technique de relevance, la mise à égalité parfaite des deux ordres juridiques, en abolissant définitivement la prééminence de l'État, et en limitant les réserves de l'ordre public à la protection de la partie la plus faible. Dans cette conception, il semble que le « test » de la loi la plus légitime consiste à s'en remettre simplement à la partie considérée la plus vulnérable.

³⁹⁰ R. MICHAELS, « Religiöse Rechte und postsäkuläre Rechtsvergleichung », in *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung* (Hrsg. R. ZIMMERMANN), Mohr Siebeck, 2016, t. CXIII, p. 43, spéc. p. 84. Nous nous permettons de résumer les trois modèles qu'il identifie. À côté du modèle séculier, qui ne coordonne rien et ne permet pas d'introduire le pluralisme normatif, l'auteur identifie le modèle dit « pluraliste », celui de « statut personnel », et propose une voie médiane entre le modèle séculier et le modèle pluraliste, qu'il appelle le modèle « postséculier ». Alors que le modèle dit « pluraliste » fonctionne suivant un rattachement objectif, dans lequel l'appartenance religieuse des individus, lorsqu'elle correspond à un culte reconnu par l'État, implique l'application du droit religieux à l'individu, le modèle « postséculier » devrait permettre l'application du droit religieux voulu par les parties à la relation de droit privé, avec les nuances, les suppressions, les adjonctions qui correspondent au mieux à leur foi. Dans cette vision des choses, le droit étatique ne disparaît pas, mais il laisse une marge de manœuvre presque absolue aux volontés individuelles ; il ne sert pour ainsi dire plus que de cadre minimal au sur-mesure entièrement conçu par les parties, quand elles en manifestent le désir. Le droit étatique n'aurait à la limite qu'une vocation supplétive de volonté. Non porteur de projet politique, le droit étatique ne servirait que pour les parties qui manifesteraient le désir d'être régies par la normativité religieuse, de garantir minimal des libertés individuelles, et pour les parties qui ne manifestent aucune volonté, de cadre juridique neutre.

³⁹¹ V. PARISOT, *Les conflits internes de lois* (préf. P. LAGARDE), Paris, IRJS éditions, 2013, vol. 2, n° 211, p. 360-361.

Partie 1 :

La laïcité dispositive

63. Besoin d'une norme de relevance générale. L'ordre étatique français pourrait-il prendre le parti de dénier à l'ordre religieux toute compétence, et lui refuser obstinément l'accès à la vie juridique officielle ? Une telle position serait aujourd'hui certainement sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui considère que la liberté religieuse, garantie à l'article 9.1 de la Convention, suppose « non seulement [de] respecter l'identité [...] religieuse de toute personne appartenant à une minorité nationale, mais également [de] créer des conditions propres à permettre d'exprimer, de préserver et de développer cette identité. »³⁹². La liberté religieuse implique donc un minimum de reconnaissance juridique de la normativité religieuse. Au demeurant, refuser tout droit de cité à la normativité religieuse ne fut jamais la position du droit français, qui lui a toujours ménagé une petite place³⁹³. Reste à déterminer par quel moyen cette place est accordée : il faut donc trouver la norme de relevance du droit français.

64. « L'autre » norme de relevance. Comme nous l'avons vu, il ne peut s'agir d'une norme appartenant au modèle de la règle de conflit : l'ordre juridique français n'ayant eu de cesse de la combattre³⁹⁴, ce type de norme de relevance fait figure d'anomalie. Il faudra donc rechercher ailleurs la norme de relevance de prédilection du droit privé français.

Tout de suite, on éprouve un embarras à chercher cette norme de relevance qui, à côté de la règle de conflit de lois, serait l'autre mode d'ouverture de l'ordre étatique à l'ordre religieux : il semble qu'aucune étude n'ait dressé de *summa divisio* des normes de relevance³⁹⁵. On sait, cependant, qu'à côté de la catégorie de la norme de relevance conflictuelle, qui coordonne les ordres juridiques en conflit, un autre type d'articulation des ordres juridiques existe. Cette autre catégorie n'est

³⁹² Cour EDH, 17 févr. 2004, req. n° 44158/98, *Gorzélik et autres c. Pologne*, § 93 : « une société pluraliste et véritablement démocratique doit non seulement respecter l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse de toute personne appartenant à une minorité nationale, mais également créer des conditions propres à permettre d'exprimer, de préserver et de développer cette identité. » V. R. COLAVITTI, « La protection des identités culturelles dans le contexte européen », in *Legal approach to cultural diversity* (dir. M.-C. FOGLETS et N. YASSARI), Martinus Nijhof, 2013, p. 183, spéc. p. 213.

³⁹³ Cf. *supra*, n° 6.

³⁹⁴ Cf. *supra*, n° 21, 27, 28, 52 et 57.

³⁹⁵ Rappelons qu'un inventaire non exhaustif des mécanismes juridiques permettant l'intégration du droit religieux est présenté dans l'étude introduite par S. FERRARI, « Religious Rules and Legal Pluralism : An Introduction », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum—Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 1, spéc. p. 16. Sur ces mécanismes, cf. *supra*, n° 17.

cependant pas désignée autrement que par la fonction qui lui est assignée : alors que la norme de relevance conflictuelle sert à répartir les compétences entre plusieurs ordres juridiques dont la légitimité est jugée équivalente, l'autre norme de relevance indiquerait une hiérarchie nette entre eux. Il conviendra donc de rechercher s'il existe, en droit privé français, une norme de relevance ayant une vocation générale (**titre 1**), dont la fonction serait de hiérarchiser entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique religieux, le premier étant censé l'emporter sur le second (**titre 2**).

Titre 1 :

La norme de relevance française

65. Méthode. Existe-t-il une norme générique par laquelle l'ordre étatique français intègre les prescriptions religieuses dans son droit ? À défaut de pouvoir consulter une typologie des normes de relevance, il conviendra de suivre une méthode inductive, en partant des points de contact entre droit privé et religion pour identifier les moyens par lesquels les normes religieuses accèdent à la vie juridique.

Le corpus de la recherche est en partie constitué par les travaux qui s'y sont consacrés³⁹⁶. Les études relatives à ces points de contact entre droit privé et religion sont généralement divisées en quatre domaines, le plus souvent envisagés séparément. Le premier est le droit de la famille³⁹⁷, parfois étudié conjointement au droit des contrats³⁹⁸, qui est le deuxième domaine principal³⁹⁹. Le troisième est le droit international privé, toujours étudié, à notre connaissance, séparément des domaines du droit interne⁴⁰⁰. Le dernier, également envisagé à part, est le droit pénal⁴⁰¹.

Dans la perspective d'identifier une norme de relevance à vocation générale, aucun domaine ne devra *a priori* être exclu de l'étude. Toutefois, nous avons vu que la norme de relevance la plus courante du droit international privé est celle de l'article 3, al. 3 du Code civil, qui appartient aux règles de conflit : ce domaine du droit ayant une vocation exceptionnelle, d'un point de vue numérique, il sera exclu de la présente recherche⁴⁰². De son côté, le droit pénal s'illustre non par l'ouverture du droit étatique au droit religieux, mais par son contraire, l'*irrelevance*⁴⁰³ : ce domaine sera donc, lui aussi, exclu des développements qui suivront puisque, par hypothèse, les normes de

³⁹⁶ Outre les thèses, mentionnons l'ouvrage de F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris, LexisNexis, 2013, 2^{ème} éd.

³⁹⁷ Par ex., Y. ALHALEL-ESNAULT, *Les problèmes religieux de la famille en droit privé français* (th. dactyl 1975).

³⁹⁸ Par ex., Y. GERALDY, *La religion en droit privé* (th. dactyl.), 1978 ; M. PENDU, *Le fait religieux en droit privé* (préf. F. KERNALÉGUEN), Paris, Defrénois, 2008.

³⁹⁹ L. VARAINE, *La religion du contractant* (préf. J.-B. SEUBE), Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019.

⁴⁰⁰ Par ex., L. GANNAGE, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », in *RCADI* 2013, vol. 357 ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux* (préf. Y. LEQUETTE), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005 ; K. ZAHER, *Conflit de civilisations et droit international privé* (préf. V. HEUZE), Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2009 ; et A. K. ELGEDDAWY, *Relations entre systèmes confessionnel et laïc en droit international privé* (préf. H. BATIFFOL), Paris, Dalloz, 1971.

⁴⁰¹ Par ex., F. SAFI, *Prosélytisme intellectuel et droit pénal* (préf. Ph. CONTE), Paris, Fondation Varenne, 2014.

⁴⁰² Cf. *supra*, n° 20.

⁴⁰³ Cf. *supra*, n° 15.

relevance font défaut⁴⁰⁴. Il reste le droit des contrats, entendu dans son acception la plus générale, et le droit de la famille.

66. Le contrat comme norme de relevance. Bien que la doctrine semble, dans l'ensemble, assez peu favorable à rechercher un archétype par lequel l'ordre juridique français s'ouvre aux normes religieuses — craignant qu'un « principe systématique de solution »⁴⁰⁵ n'engendre des « généralisations déformantes »⁴⁰⁶—, il convient d'annoncer que les points de contact du droit privé et du droit religieux se laissent assez facilement analyser sous l'angle contractuel. On ne saurait s'en étonner : la moitié de la matière étudiée appartient au droit des contrats, et l'autre moitié, le droit de la famille, subit depuis quelques décennies un important mouvement de contractualisation.

Dans des matières laissées à l'autonomie de la volonté des parties à la relation de droit privé, le contrat peut jouer le rôle du cadre juridique par lequel les normes religieuses acquièrent droit de cité dans l'ordre juridique français (**chapitre 1**). Toutefois, le propre de l'ordre juridique français est moins d'avoir utilisé le contrat comme norme de relevance, que d'en avoir fait la norme de relevance exclusive du droit privé (**chapitre 2**).

⁴⁰⁴ Ce domaine sera examiné dans les hypothèses d'irrelevance de la dernière partie : cf. *infra*, n° 302 et s.

⁴⁰⁵ Curieusement, la doctrine décourage l'entreprise de systématisation. Ainsi, en droit de la famille, Christian Atias se montrait extrêmement défavorable à ce qu'il appelait un « principe systématique de solution », avertissant la doctrine contre une « généralisation déformante » : Ch. ATIAS, « Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce », *JCP G* 1984. I. 3151, n° 20. Même avertissement, en matière contractuelle, de R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD civ.* 2003. 575. Partageant le même sentiment, v. B. MOORE, « La contractualisation des croyances », in *Le droit, la religion et le « raisonnable »* (dir. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS), Thémis, 2009, p. 495, spéc. p. 529-530 ; également, en droit du travail : D. CORRIGNAN-CARSIN, « Loyauté et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 125, spéc. p. 152 ; Ph. WAQUET, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.* 1996. 1427.

⁴⁰⁶ Ch. ATIAS, art. préc.

Chapitre 1 : La généralité de la norme de relevance contractuelle

67. Plasticité du contrat. Le contrat serait au droit ce que l'eau, l'air, la terre et le feu étaient à la physique des Anciens⁴⁰⁷. Véritable particule élémentaire du droit, le contrat est une norme d'usage général, si ce n'est universel, et permet de donner un caractère obligatoire aux prescriptions de toutes sortes. Son extrême plasticité, sous-entendue dans la formule altière de l'article 1103 du Code civil — « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » — en fait un instrument commode pour intégrer les prescriptions religieuses dans un rapport de droit privé.

Prenons l'exemple un peu démodé des fondations pieuses : le constituant verse une somme d'argent à un bénéficiaire, à charge pour celui-ci de faire dire des messes à la mémoire d'un mort ou pour l'adoration d'un saint. L'inexécution d'une telle obligation expose le bénéficiaire à la sanction du juge étatique, qui sera choisie dans l'éventail des sanctions que prévoit le droit étatique des contrats⁴⁰⁸. Que la dimension religieuse constitue l'objet principal du contrat, comme dans les fondations de messes, ou qu'elle s'ajoute seulement comme accessoire à des obligations principales, comme dans le contrat de vente de viande *casher*, le mécanisme ne varie pas : c'est l'accord de volonté qui introduit les prescriptions religieuses dans le droit étatique.

68. Le pouvoir de la volonté en droit de la famille. Pour qu'un contrat puisse servir de norme de relevance et introduire des règles religieuses dans le droit étatique, encore faut-il que la loi investisse la volonté de ce pouvoir créateur de droit. Autrement dit, dans les domaines où les droits sont indisponibles, les parties ne pourront pas y greffer, comme bon leur semble, des éléments de la normativité religieuse pour en réclamer l'exécution devant le juge étatique.

Le droit de la famille, longtemps considéré comme étant de cette espèce, aurait pu sembler rétif à admettre que le contrat serve de valve d'entrée aux règles religieuses. Pourtant, il n'en est rien. Le juge a par exemple longtemps considéré que le mariage *in facie Ecclesiae* valait engagement des époux à donner une instruction religieuse à leurs enfants à venir. Qu'un des époux changeât d'avis, et il s'exposait à la sanction du juge — ce qui indique assez que le *mutuus consensus*, en droit

⁴⁰⁷ G. CORNU, « Préface », in *Le droit contemporain des contrats* (dir. L. CADIET), Paris, Economica, 1987, p. 1.

⁴⁰⁸ Par ex., Cass., 28 avr. 1863, *D.* 1863, I, p. 402. Sur les fondations de messes, v. M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français* (préf. G. MARTY), Paris, Sirey, 1947, n° 114, p. 195 ; Y. FLOUR, « Libéralités et libertés », *Defrénois*, 1995, n° 36142 et *LPA* 1995, n° 55, p. 12 ; J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif* (préf. M. GRIMALDI), Paris, Defrénois, 2019, n° 27, p. 33.

de la famille, permet, comme en droit des contrats *stricto sensu*, de donner une force obligatoire à certaines règles religieuses en droit étatique.

69. Constance de la solution. La manière dont le juge a résolu les conflits entre revendications religieuses individuelles et règles étatiques s'illustre par son incroyable constance. Dès le milieu du XIX^{ème} siècle, le juge s'est référé aux accords de volonté des parties pour savoir s'il devait sanctionner l'exécution de la règle religieuse litigieuse. L'observation vaut en droit des contrats *stricto sensu* (**section 1**), mais également en droit de la famille, lorsque les parties ont conclu un contrat *lato sensu* (**section 2**).

Section 1 : La norme de relevance contractuelle *stricto sensu*

70. Contentieux capté par les entreprises de tendance. Que le contrat puisse servir à rendre obligatoires certaines règles religieuses ne date pas d'hier : la jurisprudence, aujourd'hui tarie, des fondations de messe en atteste⁴⁰⁹. En dépit de cet usage ancien, ce n'est qu'en 1978 que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé ce principe⁴¹⁰, indiquant, par l'emploi de termes très généraux, que toute partie à un rapport contractuel pouvait intégrer, en sus des obligations du contrat, certaines prescriptions à caractère religieux. La portée générale de ce principe ne permet toutefois pas d'occulter le fait qu'en pratique, ce sont les personnes morales de droit privé qui se sont emparées de cette faculté d'intégrer dans leurs relations contractuelles certaines règles religieuses. Si rien n'empêche les individus d'intégrer des règles religieuses dans leurs relations privées, le contentieux, en la matière, paraît en quelque sorte « capté » par les entreprises de tendance. Ces entreprises, qui se donnent pour but de promouvoir une doctrine religieuse, illustrent ainsi l'extrême variété des applications du principe formulé en 1978, en incorporant dans la plupart de leurs relations contractuelles — contrats de travail, actes de commerce, contrats de consommation, ... — certaines prescriptions religieuses. C'est donc dans le contentieux alimenté par les entreprises de tendance que le principe selon lequel les prescriptions religieuses deviennent obligatoires lorsqu'elles ont été prévues par les stipulations d'un contrat (§ 1), a trouvé ses applications les plus nombreuses (§ 2).

⁴⁰⁹ Cf. *supra*, n° 67.

⁴¹⁰ Cass. ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41. 211, *D.* 1978. 541, concl. R. SCHMELCK, note Ph. ARDANT, *JCP* 1979. II. 19009, rapp. SAUVAGEAOT, note R. LINDON, *GAJIC*, 13^{ème} éd., n° 31, p. 214.

§ 1 Un principe de portée générale

71. L'arrêt d'assemblée plénière « Cours Sainte-Marthe ». C'est par l'arrêt « Cours Sainte-Marthe », rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation⁴¹¹, que la Haute juridiction a affirmé que le contrat pouvait servir à rendre les prescriptions religieuses obligatoires.

Le Cours Sainte-Marthe était un établissement d'enseignement catholique pour jeunes filles, qui avait recruté une de ses anciennes élèves comme institutrice. À l'époque du recrutement, en 1958, l'enseignement était absolument libre, et aucune loi n'utilisait le terme de « caractère propre »⁴¹². L'ancienne élève, devenue institutrice dans cette école confessionnelle, s'était mariée une première fois, avait divorcé, puis s'était remariée en 1970, devenant Madame Roy. La Mère supérieure, directrice de l'établissement, lui ayant fait observer qu'une telle situation la mettait en infraction avec le principe canonique d'indissolubilité du mariage, lui demanda de démissionner, ce que l'ancienne élève refusa de faire. Elle fut licenciée dans la quinzaine. Estimant son indemnité de licenciement insuffisante, elle saisit les juridictions prud'homales pour licenciement abusif. Les juges du fond, unanimement, ont considéré le licenciement fondé. La Cour de cassation fut saisie d'un premier pourvoi, pour lequel elle statua en chambre mixte⁴¹³, et considéra que la laïcité de l'enseignement public devait se propager aux écoles privées sous contrat simple avec l'État, ce qui rendait le licenciement illicite⁴¹⁴. La cour d'appel de renvoi, cependant, jugea que le licenciement était fondé, et pour ce faire, concentra sa motivation sur le terrain contractuel, insistant sur les termes auxquels les parties avaient consenti : l'institutrice était une ancienne élève, elle savait à quels dogmes adhérait l'association et quelle foi elle entendait promouvoir. Le caractère propre de l'association, qui consistait dans l'adhésion et la promotion d'une doctrine religieuse, lui était parfaitement connu. Elle savait, par conséquent, à quel mode de vie elle devait s'astreindre. Survint alors un élément qui n'arrive que dans les véritables sagas judiciaires : répondant sans doute aux passions suscitées par l'arrêt, une loi, votée entre l'arrêt de la cour d'appel de renvoi et le second pourvoi, vint alors spécifier les obligations auxquelles s'engagent les enseignants de tels

⁴¹¹ Cass. ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41. 211, *D.* 1978. 541, concl. R. SCHMELCK, note Ph. ARDANT, *JCP* 1979. II. 19009, rapp. SAUVAGEAOT, note R. LINDON, *GAJC*, 13^{ème} éd., n° 31, p. 214.

⁴¹² Mais dès 1959, la L. n° 59-1557 du 31 déc. 1959, dite loi « Debré », est venue à la fois mettre un cadre à l'enseignement privé et autoriser officiellement les écoles confessionnelles, qui entrent dans la catégorie plus vaste des établissements à « caractère propre », et qu'on appellerait aujourd'hui les « entreprises de tendance ». De toute évidence, le Cours Sainte-Marthe, professant la foi catholique, était de ces écoles confessionnelles.

⁴¹³ Cass. ch. mixte, 17 oct. 1975, n° 72-40. 23, *D.S.* 1976. 512, note P. GUIHO.

⁴¹⁴ Ce dont il aurait fallu déduire que seules les écoles confessionnelles sans contrat pouvaient exiger des salariés le respect du dogme professé par elles, et les licencier en cas d'inexécution. C'est ce que l'avocat général Lindon écrivait, analysant a fortiori l'arrêt rendu en 1975 : « à prendre cette rédaction au pied de la lettre, il faut admettre que si le "contrat simple" n'avait pas existé, le simple fait que le cours Sainte-Marthe soit un établissement catholique eût cessé d'être insuffisant, et devenait donc suffisant. »

établissements : « les maîtres assurant l'enseignement sont tenus au respect du caractère propre de l'établissement prévu à l'article 1^{er} de la présente loi. »⁴¹⁵. Nul doute, alors, que si l'on s'en tenait aux termes contractuels, le caractère propre de l'établissement ajoutait aux obligations ordinaires d'une institutrice envers son employeur des obligations spécifiques : le respect de certaines prescriptions religieuses. C'est le raisonnement que l'assemblée plénière a adopté, dont les termes méritent d'être reproduits :

« Attendu que [...] lors de la conclusion du contrat par lequel l'association Sainte-Marthe s'était liée à dame Roy, les convictions religieuses de cette dernière avaient été prises en considération et que cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante. »

72. Le choix d'un raisonnement technique. De tous les remous que cette affaire avait suscités à l'époque, il est important de souligner que l'essentiel de la discussion se situait au niveau d'un conflit de libertés : d'un côté, la liberté d'entreprendre de l'établissement, qui autorise l'adhésion et la promotion d'une doctrine religieuse, et de l'autre, la liberté religieuse et matrimoniale de l'enseignante. Dans la quasi-totalité des notes de doctrine ayant accompagné cet arrêt, depuis la chambre mixte jusqu'à l'assemblée plénière, les auteurs plaidaient dans un sens ou dans l'autre de l'arbitrage⁴¹⁶ : fallait-il donner la préférence à la liberté d'entreprendre de l'école confessionnelle, ou bien à la liberté individuelle de l'institutrice ? C'est pourtant d'une manière tout autre que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a posé le problème.

Refusant l'invite de l'avocat général à trancher un conflit de libertés⁴¹⁷, la Haute juridiction a opté pour un raisonnement sobrement technique⁴¹⁸. Selon elle, le recrutement de Mme Roy comme enseignante d'une école confessionnelle dont elle était l'élève impliquait nécessairement son adhésion aux dogmes professés par l'association. Ce caractère propre de l'école, elle avait consenti à le respecter. Qu'on fasse passer ce respect par une obligation légale ou statutaire, puisque la loi « Guerneur » est venue spécifier les obligations des enseignants des établissements à caractère

⁴¹⁵ L. n° 77-1285 du 25 nov. 1977, dite loi « Guerneur ».

⁴¹⁶ Par ex., P. GUIHO, *D.S.* 1976. 512 ; A. BENABENT, *RTD civ.* 1973. 458 ; mais aussi *D.* 1978. 541, concl. SCHMELCK, qui, ayant dressé les termes du problème comme un conflit entre deux libertés, incitait la Cour de cassation à trancher en faveur de l'institutrice.

⁴¹⁷ Qui demandait une cassation, et qui, ayant dressé les termes du problème comme un conflit entre deux libertés, incitait la Cour de cassation à trancher en faveur de l'institutrice : v. *D.* 1978. 541, concl. SCHMELCK.

⁴¹⁸ Ph. ARDANT, *D.* 1978. 546, spéc. p. 547, oppose « la perspective plus proche du droit public » à l'« analyse [...] de droit privé », la première correspondant à l'arbitrage du conflit de libertés, la seconde à un raisonnement en termes contractuels.

propre, ou par la voie d'un simple contrat, le résultat pour la Cour est le même : Mme Roy a consenti, et ce consentement est créateur d'obligations. Comme l'ont relevé certains commentateurs, « techniquement l'on voit bien la démarche, qui est celle, classique, qui est suivie lorsqu'on demande ce qui a été introduit dans le champ contractuel [...] Ce qui avait été introduit dans le champ contractuel, c'était en réalité l'exigence d'un certain comportement social, face notamment à l'institution du mariage. »⁴¹⁹. Et le non-respect du comportement attendu par l'adhésion à ces convictions religieuses, entrées dans le champ contractuel, entraîne la qualification « d'une mauvaise exécution du travail que le salarié s'est engagé à fournir »⁴²⁰.

73. La question de la portée de l'arrêt. Si la doctrine de l'époque a paru dépitée du peu d'audace de la Cour de cassation à situer le débat sur le plan des principes généraux⁴²¹, il paraît rétrospectivement plus juste de saluer la prudence dont les hauts magistrats ont fait preuve, et leur façon de proposer un cadre à la fois clair et étroit — « barbelé », disait le doyen Cornu⁴²² — à la reconnaissance du droit religieux. Par ce moyen, la Cour de cassation a pu « retrouver les coudées franches dans l'appréciation des circonstances du licenciement »⁴²³ : le motif de licenciement, pour « strictement confessionnel »⁴²⁴ qu'il fût, avait été introduit dans un contrat. Autrement dit, une norme de relevance avait été utilisée, et cette norme de relevance contractuelle avait le mérite de baliser la route aux juges du fond, qui ont pu apprécier le fait selon les standards qu'ils ont l'habitude de manier : stipulation contractuelle, inexécution, abus de droit. En l'espèce, comme la clause était licite puisqu'elle entraînait dans le champ étroit des exceptions à ce qui « habituellement reste en dehors des rapports de travail »⁴²⁵, l'appréciation de la cour d'appel de renvoi était souveraine en ce qui concernait les circonstances de ce licenciement, ce qui mit fin aux aventures de l'institutrice.

⁴¹⁹ *GAJ/C*, 13^{ème} éd., n° 31, p. 214, spéc. p. 217, § 4.

⁴²⁰ M. DESPAX, *JCP* 1963. I. 1976, n° 32. L'auteur avait envisagé l'hypothèse avant qu'elle ne se présente devant les tribunaux.

⁴²¹ R. LINDON, *JCP G* 1978. II. 19009, pour qui la Cour de cassation a manqué une occasion de trancher les « discussions [qui] se situaient sur les sommets [...] c'étaient des principes fondamentaux, liberté du mariage, respect de la vie privée, laïcité de l'État, liberté de l'enseignement religieux qui s'opposaient » ce qui lui laisse le sentiment que « la montagne paraît accoucher d'une souris [...] l'Assemblée plénière se plaçant essentiellement au niveau du contenu des conventions. ».

⁴²² G. CORNU, *RTD civ.* 1976, p. 365 : « En la forme, on aura noté dans quels termes ciselés (et barbelés) l'arrêt enchâsse l'exception : “dans les cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement.” Ces surcharges restrictives (*odiosa...*) font une devise de ne céder qu'à l'inexorable et annoncent un double désaccord sur le contrôle et le contenu de l'exception. »

⁴²³ G. CORNU, *RTD civ.* 1972. 614, spéc. p. 615.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ Cass. ass. plén., 19 mai 1978, préc.

La déception des commentateurs immédiats face à cet arrêt « d'espèce »⁴²⁶ n'a pas empêché une doctrine plus visionnaire de lui attribuer sa juste place, puisqu'il a figuré, dès cette époque, aux *Grands arrêts de la jurisprudence civile*⁴²⁷, et nous pouvons résolument affirmer que, par la portée qu'il a eue, c'est un arrêt qui intéresse tout le droit privé. Toutefois, au lendemain de 1978, de nombreuses questions restaient encore en suspens⁴²⁸ et l'on ne savait si la portée de l'arrêt était générale ou si elle devait être cantonnée au droit du travail. Les entreprises de tendance se chargeront de donner au principe énoncé la portée la plus générale.

§2 Les applications par les entreprises de tendance

74. Variété des entreprises de tendance. Bien que les termes de l'arrêt du « Cours Sainte-Marthe » ne posaient aucune limite, *ratione personae*, aux contractants, pour donner effet à certaines règles religieuses par la voie contractuelle, il se trouve que dans la plupart des cas où ce genre de « clause religieuse » existe, le pollicitant est une personne morale. Ainsi, à l'exception notable des libéralités⁴²⁹, c'est presque toujours une entreprise dont l'objet social embrasse une tendance religieuse qui sera à l'origine du contrat contenant une « clause religieuse ». Ces personnes morales sont généralement désignées sous le terme d'entreprise de tendance. La notion, très peu délimitée en droit français, a permis à un nombre considérable d'entreprises de se réclamer d'une tendance religieuse **(I)**, dont nous n'approfondirons qu'un exemple, parce qu'il a suscité un enthousiasme répandu jusque dans les plus hautes sphères de l'État : l'introduction, en France, des banques pratiquant la finance islamique, qui n'est qu'une déclinaison de la finance dite *faith based* **(II)**.

⁴²⁶ R. LINDON, *JCP G* 1978. II. 19009.

⁴²⁷ L'édition des *Grands arrêts de la jurisprudence civile* de 1984, qui est la huitième, a ainsi incorporé l'arrêt « Cours Sainte-Marthe » dès sa mise à jour — la 7^{ème} édition étant de 1976, soit deux ans avant l'arrêt commenté. Dans la version actuelle des *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, ce qui semble justifier aux yeux des commentateurs sa présence dans ce recueil est la limitation conventionnelle de la liberté matrimoniale, et non le cadre contractuel, seul capable d'incorporer les prescriptions religieuses dans l'ordre juridique étatique.

⁴²⁸ Comp. R. LINDON, art. préc.

⁴²⁹ On l'a vu précédemment avec les fondations de messe (cf. *supra*, n° 67). Celles-ci n'alimentent presque plus de jurisprudence. Le contentieux actuel relatif aux points de contact entre libéralités et prescriptions religieuses s'est déplacé vers d'autres plans : un legs peut être grevé d'une condition religieuse, qui sera, selon le cas, l'engagement du bénéficiaire à ne pas épouser une personne de confession juive : T. civ. Seine, 22 janv. 1947, *Dame Burdy*, *D.* 1947, p. 126 ; voire celui de se convertir à une religion déterminée : Cass., civ. 1^{ère}, 21 nov. 2012, n° 10-17. 365 ; M. GRIMALDI, « La prohibition des testaments conjonctifs est une règle de forme et la liberté religieuse est protégée contre les volontés des morts », *RTD civ.* 2013, p. 162. Sur la validité de telles conditions, cf. *infra*, n° 199.

I. La notion extensive d'entreprise de tendance

75. Une notion purement doctrinale. En France, l'entreprise de tendance n'est pas une notion consacrée par la loi, qui n'attache aucune conséquence au fait, pour une entreprise, de se réclamer d'une tendance. Le concept a donc essentiellement été introduit par la doctrine, qui, traduisant la notion allemande de *Tendenzbetrieb*, tâchait de désigner de cette manière « une entreprise dont l'éthique est fondée sur la religion »⁴³⁰, et dont la « spécificité réside dans la dimension religieuse de son activité, soit que la norme spirituelle constitue à titre principal l'objet de l'entreprise, soit qu'elle règle les conditions d'exécution de son activité. »⁴³¹. Que l'entrepreneur espère toucher une clientèle aux convictions religieuses fortes, ou qu'en raison de son attachement personnel à une foi religieuse, il veuille la promouvoir au point d'en faire la finalité de son activité, cela ne fait aucune différence. Peu importe de quel côté de la relation contractuelle se trouve la volonté de conformisme religieux : il suffit qu'elle soit présente dans la relation contractuelle proposée par un professionnel pour qu'on puisse parler d'une entreprise de tendance. Dès lors, ces entreprises peuvent compter, outre l'activité classique des établissements d'enseignement confessionnel et les entreprises congréganistes⁴³², « les restaurants Quick halal⁴³³, [les] Franprix musulmans, [...] les commerces ethniques, allant du restaurant chinois ou restaurant casher en passant par des épiceries pakistanaises et des instituts de fitness féminin [...] L'imprégnation idéologique des produits et services devient telle qu'il est désormais hasardeux de distinguer certaines entreprises dont la doctrine est une finalité et celles dont la doctrine est la cause. »⁴³⁴. À la diversité des entreprises de tendance correspond, on s'en doute, la diversité des contrats qu'elles concluent, et auxquels la dimension religieuse vient s'ajouter.

76. Variété des contrats conclus. Il y a déjà assez longtemps que, par exemple, la vente de viande *casher* empruntait la voie contractuelle. Les prescriptions religieuses du judaïsme ainsi entrées dans le champ contractuel, à savoir « l'agrément, la surveillance du sacrificateur, le traitement et le contrôle de la viande jusqu'à la vente aux particuliers »⁴³⁵ doivent être respectées comme loi des parties, à défaut de quoi les sanctions du droit commun seront prononcées contre

⁴³⁰ F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris, Lexis Nexis, 2013, 2^{ème} éd., n° 1881, p. 1211-1212.

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² Sur ce sujet, v. J. COUARD, *L'entreprise congréganiste en droit des affaires* (préf. Ph. LE TOURNEAU), Paris, Defrénois, coll. « Doctorat et notariat », 2009.

⁴³³ V. F. ROME, « Halal est grand !!! », *D.* 2010. 445.

⁴³⁴ L.-L. CHRISTIANS, « Les mutations du concept d'entreprise de tendance », in *Les religions et le droit du travail. Regards croisés, d'ici et d'ailleurs* (dir. B. CALLEBAT, H. DE COURREGES, V. PARISOT), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 253, spéc. p. 256.

⁴³⁵ CA Paris, 30 oct. 1974, *D.* 1975, somm. 31.

le contractant défaillant. Par exemple, le boucher « qui met en vente, sous la dénomination casher, une viande provenant d'un abattage réalisé par un sacrificateur auquel l'habilitation a été retirée par les autorités rabbiniques, qui n'est donc plus soumis à leur contrôle [...] se rend coupable de tromperie sur les qualités substantielles de la marchandise »⁴³⁶, puisque ces « qualités substantielles ne se limitent pas aux caractères physiques de la marchandise »⁴³⁷, mais peuvent comprendre « l'intérêt moral que l'acheteur peut attacher à l'agrément par l'autorité religieuse du sacrificateur qui est intervenu dans la préparation de la viande. »⁴³⁸. La solution ne pose aucun problème particulier.

La dimension religieuse peut ainsi être contenue dans les contrats de consommation, dans les actes de commerce ou encore dans les contrats de travail reliant ces entreprises à leurs salariés — mais ce sont, bien entendu, les contrats de travail qui ont alimenté l'essentiel du contentieux.

77. Brève comparaison avec le droit du travail des *Tendenzbetriebe*⁴³⁹. L'absence de particularité du droit des entreprises de tendance, en France, contraste avec le droit allemand. Outre-Rhin, il dérive d'une disposition de la Loi fondamentale⁴⁴⁰, qui, reconduisant les dispositions relatives aux Églises et sociétés religieuses de l'ancienne constitution de Weimar⁴⁴¹, confère solennellement aux « communautés religieuses » (*Religionsgemeinschaften*) et aux entreprises de tendance (*Tendenzbetriebe*) une autonomie qui va jusqu'à l'autonomie réglementaire, limitée, *ratione materiae*, aux contrats de travail qu'elles concluent pour la réalisation de leur finalité. C'est donc au nom du respect de l'autonomie de ces « communautés religieuses », maintes fois rappelée⁴⁴², que le § 118 de la loi sur le statut de l'entreprise exclut expressément les entreprises de tendance et les « communautés religieuses » de l'application du droit commun du travail — « pour autant », est-il précisé, « que les dispositions du droit du travail empêchent la réalisation de l'identité propre de

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ V. R. RICHARDI, *Arbeitsrecht in der Kirche. Staatliches Arbeitsrecht und kirchliches Dienstrecht*, Munich, Beck, 2020, 8^{ème} éd.

⁴⁴⁰ L. fondamentale (GG), art. 140, qui reconduit les art. 136 et s. de la Constitution de Weimar.

⁴⁴¹ Aux termes de l'art. 137 de la Constitution de la République de Weimar (WRV), reproduit dans la L. fondamentale, il n'y a pas d'Église d'État (al. 1^{er}), mais qu'en vertu du droit constitutionnel d'association, les religions peuvent se regrouper, appelées, dès l'al. 3, sociétés religieuses, qui, lorsqu'avant 1919, elles étaient des personnes morales de droit public, conservent ce statut (al. 6), ce qui les autorise à recenser leurs fidèles et à lever un impôt religieux (al. 7). Tout nouveau groupement religieux peut devenir une « société religieuse » lorsqu'elle réunit suffisamment de fidèles (al. 6) ; et la question de savoir si ces nouvelles sociétés religieuses peuvent devenir des personnes morales de droit public, elle est de la compétence des Länder (al. 9).

⁴⁴² La Cour constitutionnelle fédérale ainsi que la Cour fédérale du travail emploient plusieurs expressions pour parler de l'autonomie des Églises et donner des précisions sur l'étendue de leur régime dérogatoire du droit commun du travail : *Selbstbestimmung* (auto-détermination), *Kirchenautonomie* (autonomie des Églises), plus rarement de *Selbstverständnis* (auto-compréhension).

l'entreprise. »⁴⁴³. Les communautés religieuses (*Religionsgemeinschaften*), elles, sont exclues de plein droit du champ d'application de la loi, sans qu'il soit nécessaire que leur identité propre soit contrariée par le droit commun⁴⁴⁴.

Le droit du travail des entreprises de tendance et des communautés religieuses allemandes est donc dérogoire du droit commun, ce qui les autorise, par exemple, à discriminer à l'embauche suivant les convictions religieuses des candidats à l'emploi, et à sanctionner les salariés par des « licenciements idéologiques ». Bien qu'en France, les entreprises de tendance ne jouissent d'aucune autonomie et ne puissent produire de droit dérogoire d'aucune sorte, ce genre de faculté — la discrimination à l'embauche, les licenciement idéologiques — est rendu possible par l'incorporation, dans la relation de travail, de prescriptions religieuses. Ainsi, pour peu que la prescription religieuse soit prévue dans le contrat, et que la soumission du salarié à cette obligation religieuse soit justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée à celle-ci⁴⁴⁵, l'employeur français parviendra à un résultat analogue à l'employeur allemand, et ce, uniquement par l'emploi de la technique contractuelle spécifique au droit du travail.

Par exemple, en droit allemand, des médecins salariés d'une entreprise de tendance ont pu être licenciés, non en raison de leurs compétences médicales, mais parce que les propos qu'ils avaient tenus sur l'avortement n'avaient pas été du goût de l'Église qui les employait⁴⁴⁶. Dans le même ordre d'idées, une communauté religieuse a pu mettre fin au contrat de travail d'un organiste, non en raison de sa mauvaise exécution des partitions de musique, mais parce que, dans sa vie personnelle, il vivait dans une situation d'adultère aux yeux de l'Église⁴⁴⁷. On appréciera le parallèle avec les faits de l'affaire du « Cours Sainte-Marthe » : en France, l'intégration de certaines prescriptions religieuses dans le champ contractuel permet, en principe, de parvenir au même

⁴⁴³ L. sur le statut de l'entreprise (*Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG*), § 118, I.

⁴⁴⁴ L. sur le statut de l'entreprise (*Betriebsverfassungsgesetz*), § 118, II.

⁴⁴⁵ Sur cette condition du droit du travail, et, en général, sur le respect de l'ordre public, cf. *infra*, n° 198 et s.

⁴⁴⁶ BVG, 4 juin 1985, *Rommelfanger*. L'affaire fut portée devant la Commission européenne des droits de l'homme, 6 sept. 1989, req. n° 12242/86, *Rommelfanger c/ RFA*, DR 62, 151. Dans cette affaire, qui est allée jusqu'en cour constitutionnelle, la plus haute juridiction de l'ordre étatique a expliqué quel était, selon elle, le fondement de la soumission des médecins à la normativité religieuse. D'abord, cette soumission était prévue par le contrat de travail passé avec l'Église ; ensuite, cette obligation était rendue valable au nom du droit constitutionnel des Églises à s'autodéterminer. Il y aurait, en quelque sorte, deux fondements à l'obligation incombant spécialement aux employés de l'Église catholique allemande : un fondement contractuel et un fondement constitutionnel : « Werden solche Loyalitätspflichten in einem Arbeitsvertrag festgelegt, nimmt der kirchliche Arbeitgeber nicht nur die allgemeine Vertragsfreiheit für sich in Anspruch ; er macht zugleich von seinem verfassungskräftigen Selbstbestimmungsrecht Gebrauch. » V. Ch. GYO, *Diskriminierung aufgrund der Religion im deutschen und französischen Arbeitsrecht. Völker-, europarechtliche und nationale Regelungen*, Peter Lang, 2011, p. 303.

⁴⁴⁷ Cour EDH, 23 sept. 2010, req. n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne*. Comp. CJUE, 17 avr. 2018, n° C-414-16, *V. Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV* et CJUE, 11 sept. 2018, n° C-68/17, *IR c. JQ*.

résultat⁴⁴⁸. Notons que l'intégration des prescriptions religieuses dans le contrat les rend applicables tant au salarié qu'à l'employeur, ce qui fut rappelé à l'employeur d'un restaurateur *casber*, qui s'était vu reprocher d'avoir provoqué un licenciement sans cause réelle et sérieuse pour avoir méconnu les dispositions particulières à la loi mosaïque relative à la durée des deuils⁴⁴⁹.

78. En résumé. Ainsi, en examinant les obligations qui incombent au salarié d'une entreprise de tendance, le régime français, sans consacrer de régime explicitement dérogatoire des entreprises de tendance, parvient à un résultat analogue au régime allemand⁴⁵⁰. On a même pu écrire que grâce à la très grande plasticité du contrat, la liberté religieuse pouvait pleinement s'épanouir dans les relations de droit privé⁴⁵¹, en ajoutant « aux obligations imposées par le Code civil une nouvelle prescription exigible du cocontractant. »⁴⁵². La solution, valable pour les contrats de consommation, les actes de commerce, les contrats de travail, a même été étendue aux produits financiers, et, appliquée aux produits de la finance islamique, a suscité d'intenses réflexions sur leur compatibilité avec le droit français.

II. L'exemple de la finance islamique

79. Type d'incorporation de la loi religieuse. La finance islamique consiste simplement en l'incorporation des recommandations et des prohibitions de la *charia*, comme par exemple la recommandation de l'aumône et la prohibition du prêt à intérêt, dans la structuration des produits financiers. Ainsi, bien que les contrats bancaires et les instruments financiers soient, en France comme dans la plupart des pays, des contrats réglementés, ils obéissent également au principe général de la liberté contractuelle, qui permet l'incorporation de normes supplémentaires.

⁴⁴⁸ Comp., CA Grenoble, 3 sept. 2001, *Paoli c. congrégation des sœurs de Notre-Dame de Charité et du Bon Pasteur d'Angers*, *JurisData* n° 98/03630 (rupture du contrat de prestation de service d'un infirmier avec la congrégation : en cause, le caractère immoral des tarifs surfacturés qu'il pratique avec d'autres clients), et CA Grenoble, 3 sept. 2001, *Dureux c. congrégation des sœurs de Notre-Dame de Charité et du Bon Pasteur d'Angers*, *JurisData* n° 2001-165373 (licenciement d'une infirmière avec la congrégation : en cause, son divorce). Ces deux ruptures de contrat, intervenues le même jour devant la Cour d'appel de Grenoble, se justifiaient par la qualité religieuse d'une des parties, mais l'on pourra s'interroger sur la réalité de l'intention des parties : avaient-elles vraiment voulu faire entrer dans le champ contractuel la normativité religieuse ? Selon nous, la cour d'appel a insuffisamment insisté sur les termes de la convention des parties.

⁴⁴⁹ CA Paris, 25 mai 1990, *D.* 1990. 596 : « Considérant que les relations contractuelles ainsi nouées supposaient un attachement égal des parties à la loi juive, et le souci réciproque de l'appliquer sans restriction même au-delà du cadre étroit et limité de la mission du surveillant rituel ; [...] Considérant, dès lors, que l'employeur, tenu contractuellement au respect de la loi juive, ne pouvait se prévaloir d'un défaut d'autorisation pour une absence dérogeant pour sa durée aux règles du droit du travail, pour reprocher à Brami un comportement fautif, [...] qu'il s'ensuit que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. »

⁴⁵⁰ Ce n'est pas à dire qu'il n'existe aucune différence : en ce qui concerne la connaissance du droit religieux applicable, l'office du juge français ne sera pas le même que l'office du juge allemand. Sur ces différences, cf. *infra*, n° 208.

⁴⁵¹ F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris, Lexis Nexis, 2013, 2^{ème} éd., n° 1730, p. 1118 et n° 1773, p. 1143.

⁴⁵² J.-P. MARGUENAUD, « La troisième chambre civile de la Cour de cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD civ.* 2006. 722, spéc. p. 725.

En application de ce principe, tout contrat bancaire ou instrument financier peut se doter d'une dimension particulière, celle d'être conforme à des préceptes religieux, du moment que l'élément religieux est « entré dans la structuration de l'instrument ou dans le champ contractuel et [est] affiché comme tel. »⁴⁵³. La finance islamique se présente dès lors comme une simple application de la liberté contractuelle : « les normes financières de *charia* synthétisées par l'AAOIFI⁴⁵⁴ peuvent faire l'objet d'une incorporation dans les contrats par voie contractuelle. »⁴⁵⁵.

Bien que la finance *faith based* soit déjà assez ancienne⁴⁵⁶, la finance islamique n'a été accueillie en France qu'à la suite de la crise financière de 2007-2008⁴⁵⁷. Des commissions ont été instituées pour attirer les fonds islamiques, jugés plus solides que la finance conventionnelle car toujours adossés à des actifs tangibles⁴⁵⁸, comme alternative à la finance conventionnelle, qui venait de montrer de grandes faiblesses⁴⁵⁹. Ainsi, l'Autorité des marchés financiers a-t-elle, dès le début de la « crise des *subprimes* », publié une note, le 17 juillet 2007, autorisant la création d'organismes de placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM) islamiques⁴⁶⁰. Cette note explique pour la

⁴⁵³ I. RIASSETTO, « Le *faith-based* : un concept en droit bancaire et des marchés financiers », in *Les concepts émergents en droit des affaires* (dir. LE DOLLEY), Paris, LGDJ, 2010, n° 19, p. 163, spéc. p. 172.

⁴⁵⁴ *Accounting and Auditing Organization for Islamic Finance Institution*, créée en 1991 à Alger, établie à Bahrein. Cette organisation internationale érige des standards en matière de finance islamique.

⁴⁵⁵ G. AFFAKI, I. FADLALLAH, D. HASCHER, A. PEZARD et F.-X. TRAIN, Rapport du groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques, 21 sept. 2009, p. 22.

⁴⁵⁶ Les premiers fonds religieux ont été créés aux États-Unis dans les années 1920 par des Quakers et des Mennonites, qui excluaient de leurs investissements les *sin stocks*, c'est-à-dire les titres émis par les sociétés dont l'activité était constitutive, selon leurs prohibitions religieuses, de péchés (comme le jeu, l'alcool, l'armement ou la pornographie). En France, le premier organisme de placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM) conforme à des préceptes religieux a été créé en 1983 par la société Meeschaert. D'obédience chrétienne, également, il vient de l'initiative de Sœur Nicole Reille, qui voulait assurer un complément de retraite aux religieuses des congrégations. En ce sens, I. RIASSETTO, « Le *faith-based* : un concept en droit bancaire et des marchés financiers », in *Les concepts émergents en droit des affaires* (dir. LE DOLLEY), Paris, LGDJ, 2010, p. 163, spéc. p.168, n° 12.

⁴⁵⁷ Et l'on peut dire que la France a suivi le mouvement initié en 2002 par le Luxembourg, qui a le premier créé un marché pour coter le *sukuk* (parts sociales dans lesquelles l'intérêt est remplacé par un profit d'avance). Il a été suivi par la Grande-Bretagne, qui a donné en 2004 l'agrément à l'*Islamic Bank of Britain*. Ces créations sont peut-être de nature à invalider, rétrospectivement, la jurisprudence *Symphony of Gems* (2002) et *Beximco* (2004), et dont il sera question plus loin (cf. *infra*, n° 211) dans laquelle le juge estimait que le renvoi à la *charia* étant trop vague, n'ajoutait aucune obligation supplémentaire au contrat, qui demeurerait intégralement régi par le droit anglais.

⁴⁵⁸ Ce qu'on appelle *asset-backing* : v. H. MARTIN-SISTERON, *Finance islamique et financement de projets en France* (préf. A. COURET), Paris, IRJS, 2012, p. 286. V. également G. SAINT-MARC, « La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française ? », *Bull. Joly Bourse*, avr. 2009, n° JBB-2009-023, p. 153.

⁴⁵⁹ Comp. E. JOUINI et O. PASTRE, Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris. Dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros, 8 déc. 2008, en ligne : <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/00/01/1704560976.pdf>.

Une autre commission, s'intéressant moins aux aspects fiscaux que proprement juridiques, est venue compléter ce travail d'accueil de la finance islamique : G. AFFAKI, I. FADLALLAH, D. HASCHER, A. PEZARD et F.-X. TRAIN, rapp. préc.

⁴⁶⁰ Il s'agit du FCP EasyETF CJ Islamic Market Titans 100 et du SGAL AI Shariah Liquidity, ou le BNP Paribas Islamic Fund-Equity Optimiser. Ce qui a été applaudi par le ministre de l'économie, Christine Lagarde, qui promettait, le 2 juillet 2008, que « nous adapterons notre environnement juridique pour que la stabilité et l'innovation de notre place financière puissent bénéficier à la finance islamique et rendre ses activités aussi bienvenues à Paris qu'elles le sont

première fois le fonctionnement des OPCVM islamiques⁴⁶¹, pour lesquels l'incorporation religieuse par la voie contractuelle est très simple, puisqu'il s'agit, en résumé, d'investir l'actif des OPCVM en titres émis par des sociétés respectant des prescriptions religieuses. C'est seulement « la qualité du titre éligible à l'actif du fonds qui confère à ce dernier sa dimension religieuse. »⁴⁶².

80. Ordre public religieux plus sévère que l'ordre public étatique. En ce qui concerne la finance islamique et d'ailleurs toute l'économie dite *faith based*, les prescriptions religieuses ajoutent généralement des interdits plutôt qu'ils n'en retranchent : les normes religieuses, en matière financière, sont dans l'ensemble plus sévères que les droits étatiques. Dès lors, un contrat bancaire qui, en plus de respecter les prescriptions étatiques, se soumet aux prohibitions religieuses, ne sera évidemment pas contraire à l'ordre public.

Un bref aperçu des prohibitions classiques du droit musulman permet d'en prendre la mesure : en finance islamique, le prêt à intérêt (*riba*) et les contrats aléatoires (*gharar*) sont illicites ; les activités susceptibles d'être financées sont plus limitées que celles qui sont seulement prohibées par l'ordre public et les bonnes mœurs puisqu'en sont exclus les commerces de l'alcool, de la pornographie ou de l'armement (comme des activités *haram*). Dès lors, l'accueil de la finance islamique passera surtout par des montages contractuels voire par l'adaptation de certains contrats du droit étatique.

En guise d'exemple de montage contractuel classique, mentionnons l'opération de crédit-bail, qui permet économiquement de prêter de l'argent à titre onéreux sans juridiquement passer par la stipulation d'intérêt. Telle est l'opération à laquelle de nombreuses banques islamiques ont recours : elles achètent directement le bien, qu'elles revendent en vertu d'un contrat de crédit-bail au consommateur, qui le rachètera en lui versant des mensualités ; le prix de revente convenu sera augmenté de ce à quoi correspondraient, économiquement, les intérêts dans la finance

à Londres et sur d'autres places. », cité par G. SAINT-MARC, « La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française ? », *Bull. Joly Bourse*, avril 2009, n° JBB-2009-023, p. 153.

⁴⁶¹ Reprenons l'explication qui en est faite par G. SAINT-MARC, art. préc. : « Cette note autorise un OPCVM français : à recourir à des critères extra-financiers de sélection (en développant, par exemple, une gestion indiciaire fondée sur un indice *Shariah compliant*, tel le *Dow Jones Islamic Index*, le *FTSE Islamic Global Index* ou le *S & P Shariah Index*) ; ainsi, une société est *halal* si elle intervient dans un secteur d'activité qui n'est pas prohibé (alcool, armement, etc.) et si elle respecte certains ratios financiers (par exemple, les sociétés ne doivent pas avoir un total de dettes financières rapportées au total de bilan supérieur à 33 % de la capitalisation boursière moyenne sur les douze derniers mois) ; à purifier la part « impure » des dividendes en faisant des donations à des organismes reconnus d'utilité publique (tel l'Institut du Monde Arabe) dans la limite de 10 % de ses revenus ; et à recourir aux services d'un *Shariah board* pour émettre un avis sur les titres sélectionnés par la société de gestion de l'OPCVM pour l'application des critères extra-financiers à condition que ce *board* n'altère pas l'autonomie de la société de gestion. »

⁴⁶² I. RIASSETTO, « Le *faith-based* : un concept en droit bancaire et des marchés financiers », in *Les concepts émergents en droit des affaires* (dir. LE DOLLEY), Paris, LGDJ, 2010, p. 163, spéc. n° 12, p. 169.

conventionnelle. Les contrats d'assurance islamique pourraient parvenir à tourner la prohibition de l'aléa (*gharar*) par un autre type de montage contractuel. La doctrine propose de s'appuyer sur l'ancienne notion de *takaful*, ou solidarité entre musulmans, d'ailleurs nourrie par l'obligation de faire l'aumône (*zakat*) et dont la répartition était opérée, au temps du prophète, par Mohammed lui-même. Aujourd'hui, l'assurance *takaful* se caractérise par « la mise en commun de deniers d'un ensemble de personnes, confiés à un professionnel gérant cette masse financière, qu'il répartit au gré de la survenance de dommages frappant les individus du groupe ainsi formé. »⁴⁶³. Si, pour l'heure, le droit français ne dispose pas encore d'institution semblable au fonds institutionnalisé *takaful*, diverses formes juridiques sociétaires se prêtent à cette activité, définie par un standard de l'AAOIFI⁴⁶⁴, et les sociétés d'assurance qui proposent des assurances *charia*-compatibles sont de plus en plus nombreuses⁴⁶⁵.

La finance islamique ne se caractérise évidemment pas que par ses prohibitions mais également par des figures inconnues de notre droit des contrats. Une adaptation est alors nécessaire. Tel est le cas des *sukuks*⁴⁶⁶, souvent comparés à des parts sociales dans lesquelles l'intérêt est remplacé par un profit d'avance, et en vertu desquels les propriétaires contribuent également aux pertes à hauteur de leur apport. Il est manifeste qu'il n'y a là aucune prescription religieuse à respecter, mais seulement à adapter le droit français à une figure inconnue de lui. Sensible à l'idée d'attirer « cent milliards d'euros » de capitaux islamiques⁴⁶⁷, le législateur a tenté de modifier les dispositions applicables à la fiducie afin que le *sukuk* puisse s'y fondre⁴⁶⁸. Comme l'observe finement un auteur, « il n'était guère question ici de consacrer législativement les *sukuks*, mais d'éliminer les obstacles juridiques à leur introduction. »⁴⁶⁹.

81. En résumé. L'utilisation du cadre contractuel pour incorporer certaines règles religieuses au rapport de droit privé est largement répandue. Du moins l'est-elle, dans les domaines

⁴⁶³ C. HIMEUR, *Les contrats de la finance islamique. Analyse prospective* (préf. T. BONNEAU), Larcier, coll. « Cahiers financiers », 2018, p. 75-76.

⁴⁶⁴ AAOIFI, standard 26.

⁴⁶⁵ Par exemple, la compagnie Noorassur, également IARD, etc. Selon l'agence de notation Moody, l'assurance *takaful* concentre en 2017 plus de 20 milliards de dollars américains, et devrait être en augmentation constante (en ligne : <https://www.moody.com/research/Moodys-Islamic-finance-set-to-extend-growth-expanding-faster-than-PR-380517>).

⁴⁶⁶ AAOIFI, standard 17 : « certificats ayant une valeur égale et représentant des parts indivises de propriété d'actifs tangibles, d'usufruits et de services, ou encore de propriété d'un projet particulier ou d'une activité spécifique. »

⁴⁶⁷ Comp. E. JOUINI et O. PASTRE, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris. Dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*, déc. 2008.

⁴⁶⁸ C. civ., art. 2011.

⁴⁶⁹ I. RIASSETTO, « *La faith-based* : un concept en droit bancaire et des marchés financiers », in *Les concepts émergents en droit des affaires* (dir. LE DOLLEY), Paris, LGDJ, 2010, p. 163, spéc. n° 23, p. 174.

du droit les plus divers, lorsqu'une entreprise de tendance est à son origine. Bien que le terme « entreprise de tendance » soit emprunté de l'allemand *Tendenzbetrieb*, il ne doit pas tromper. Outre-Rhin, les entreprises de tendance sont autorisées à déroger au droit commun du travail ; en France, les entreprises de tendance n'ont pas d'existence légalement consacrée. Le juge parviendra à faire produire des effets de droit aux prescriptions religieuses des contrats conclus par les entreprises de tendance en s'en tenant à la commune volonté des parties. Il se contentera donc de rechercher dans les termes du contrat le degré de soumission des parties aux prescriptions religieuses. Que la commune intention des parties réside dans un rapport de travail, dans l'achat de produits *cashier* ou dans des investissements de finance islamique, la liberté contractuelle semble suffisante à surmonter l'absence de régime spécial des entreprises de tendance.

Conclusion de la section 1

82. Application large de la jurisprudence « Cours Sainte-Marthe ». Lorsque la Cour de cassation a affirmé, dans sa formation la plus solennelle, que le contrat pouvait être utilisé pour rendre certaines prescriptions religieuses obligatoires, il s'agissait en réalité déjà d'une pratique bien établie. La nouveauté résidait dans la clarté des termes avec lesquels la règle était posée. Ainsi, depuis l'affaire du « Cours Sainte-Marthe »⁴⁷⁰, il ne fait plus aucun doute que le contrat peut être utilisé comme norme de relevance.

Les applications de ce principe sont nombreuses : en réalité, il semble que tout le droit des contrats soit concerné, puisqu'aucun domaine n'est oublié. Les contrats de consommation, les actes de commerce, les libéralités, les produits financiers, les contrats de travail peuvent ainsi intégrer les prescriptions religieuses dans leur champ, ce qui passe pour le moyen le plus sûr d'obtenir le concours de l'État dans l'application des règles religieuses.

83. Le rôle des entreprises de tendance. Un point commun mérite d'être souligné : à l'origine de ces contrats, on trouve presque toujours une entreprise de tendance. Certes, les individus peuvent théoriquement être les pollicitants d'un contrat religieux, mais il sera rare, en pratique, que dans le cadre de relations économiques, ils proposent de leur propre chef un contrat contenant des clauses incorporant certaines prescriptions religieuses. L'organisation de la vie juridique « religieusement conforme » a été en quelque sorte captée par les personnes morales, ce qui, d'un point de vue pratique, était sans doute ce qu'il y avait de plus simple à faire, mais a pour résultat de produire une espèce de trompe-l'œil où le titulaire apparent de la liberté religieuse serait une personne morale, seule entité à même de créer le milieu permettant aux personnes physiques de vivre conformément aux prescriptions religieuses auxquelles elles voudraient soumettre leur vie économique. Cette impression ne doit pas tromper : en réalité, la personne morale n'est titulaire que de la liberté contractuelle⁴⁷¹.

La vie familiale se détache des personnes morales : la norme de relevance revient, nous le verrons, aux personnes physiques.

⁴⁷⁰ Cf. *supra*, n° 71.

⁴⁷¹ Comp. S. RAMACIOTTI, « Existe-t-il une liberté religieuse des personnes morales ? », in *L'application des droits et libertés par les personnes privées : la liberté d'expression en droit comparé* (dir. G. J. GUGLIELMI), Actes du colloque des 23-24 mai 2019, Paris, Éd. Panthéon-Assas, (à paraître). Comp. au sujet du droit nord-américain, M. SCHWARTZMANN, Ch. FLANDERS, et Z. ROBINSON, (dir.), *The Rise of Corporate Religious Liberty*, Oxford University Press, 2016.

Section 2 : La norme de relevance contractuelle *lato sensu*

84. Impérativité et laïcité du droit de la famille. En raison du « caractère naturel et biologique des rapports de droit »⁴⁷² dans la famille, ceux-ci auraient naturellement vocation à être régis par les règles secrétées par la famille, véritable petit ordre juridique clos sur lui-même. Ce n'est qu'en cas de défaillance de celui-ci que le droit étatique est appelé à intervenir, d'où le « caractère d'ordre public de la plupart des règles »⁴⁷³.

Outre qu'il s'illustre par le caractère indisponible des droits subjectifs qu'il organise, le droit étatique de la famille est aussi un droit qui a rompu avec ses racines religieuses⁴⁷⁴. On pourrait donc s'attendre à ce que les prescriptions religieuses n'y soient jamais déclarées obligatoires, et certainement pas *via* le contrat.

85. Intégration des prescriptions religieuses en droit de la famille. Curieusement, la conjonction de ces deux données — l'impérativité et la laïcité du droit de la famille — a conduit à la solution opposée. Dans bien des cas, les prescriptions religieuses auront quelque effet en droit étatique, c'est-à-dire que le juge sera, dans certaines conditions, amené à les déclarer obligatoires.

Pourtant, le droit étatique donne bien peu d'indications sur la manière d'accueillir les prescriptions religieuses. L'unique disposition faisant mention de la religion, l'article 1200 du Code de procédure civile, se borne à énoncer que « dans l'application de l'assistance éducative, il doit être tenu compte des convictions religieuses ou philosophiques du mineur et de sa famille. ». Si bien que les prescriptions religieuses paraissent déclassées de leur statut de norme, pour n'être réduites qu'à un simple fait que le juge n'est pas autorisé à ignorer.

Même ravalé au rang de fait quelconque, le fait religieux doit se frayer un chemin dans le raisonnement du juge. En d'autres termes, « pour accéder au prétoire, l'élément religieux devra passer par le processus de la qualification ; [...] il doit nécessairement revêtir l'habit d'une règle juridique. En ce domaine spécifique du droit de la famille, il pourra s'agir notamment de l'intérêt de l'enfant, de l'erreur sur les qualités substantielles ou encore plus généralement d'un fait générateur de responsabilité civile. Le juge [...] devra rattacher l'élément religieux à un texte précis, au domaine circonscrit à la résolution d'un certain type de conflit entre droits subjectifs. »⁴⁷⁵. Le

⁴⁷² E. DU PONTAVICE, « Droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges Voirin*, 1966, p. 678, spéc. p. 685.

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ Sur la laïcité de l'état des personnes, cf. *infra*, n° 320 et s.

⁴⁷⁵ F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris, Lexis Nexis, 2013, 2^{ème} éd., n° 1590, p. 997-998.

passage par ce que l'auteur des lignes citées n'appelle pas « norme de relevance », et qui pourtant correspond exactement au concept, est jugé difficile à systématiser en raison de « son caractère fuyant, subreptice »⁴⁷⁶, difficulté à laquelle s'ajoute « la nature évolutive des normes régissant les relations familiales »⁴⁷⁷. Or, certaines évolutions récentes des relations familiales viennent peut-être faciliter la systématisation de ces normes de relevance : il s'agit de la contractualisation du droit de la famille⁴⁷⁸.

Ainsi, bien qu'à première vue le droit de la famille paraisse assez peu propice à l'utilisation du contrat comme norme de relevance, il apparaîtra que, tant dans les relations de couple (§ 1) que dans les relations des parents avec l'enfant (§ 2), le juge intègre les prescriptions religieuses par le biais d'un contrat, entendu dans un sens large.

§ 1 Le contrat dans les relations de couple

86. La recherche judiciaire d'un « contrat religieux ». Lorsque le juge étatique doit répondre à la prétention religieuse du membre d'un couple, il se référera, dans la mesure où il le pourra, à l'existence d'un accord entre les parties. Du reste, les relations conjugales juridiquement organisées — le mariage, le pacte civil de solidarité — prennent leur source dans un contrat, ce qui permet de rattacher commodément les prescriptions religieuses, dont le respect est demandé, à un rapport contractuel *lato sensu*. Par exemple, lorsque le juge est saisi d'une demande de réparation du préjudice subi par un époux, du fait du refus de l'autre de se prêter à la célébration religieuse du mariage après la célébration civile, il cherchera s'il avait été convenu, entre les futurs époux, de procéder à une telle célébration. Et ce n'est que si un tel accord existe que le juge acceptera de faire droit à la demande⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ Comp. L. LEVENEUR, « Introduction », in *La contractualisation du droit de la famille* (dir. D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIERES), Economica, coll. « Études juridiques », 2001 p. 1, spéc. p. 6 : « Par contractualisation de la famille, on entend donc le fait que les accords de volontés se voient attribuer un rôle dans l'organisation des relations familiales, et un rôle tendant à être de plus en plus important. »

⁴⁷⁹ Pour une jurisprudence aussi constante qu'ancienne, le refus de célébrer religieusement le mariage après l'union civile est une injure grave justifiant l'allocation de dommages-intérêts : CA Angers, 24 mars 1859, *DP* 1860. 2. 97 ; voire un divorce pour faute car même si l'épouse connaissait les opinions de libre penseur de son mari, la promesse de célébration de mariage, établie par la publication des bans à l'église, valait engagement à célébrer religieusement l'union : CA Rouen, 29 avr. 1910, *J.* 1911. 2, p. 37. Également, T. civ. Seine, 3 mars 1933, *J.* 1934, 2, p. 67 : alors que la date de la cérémonie à la synagogue avait été fixée d'un commun accord, que des invitations nombreuses avaient été envoyées, qu'un orchestre juif avait été engagé, le mari informe sa femme qu'il se refuse à toute célébration religieuse à moins de recevoir des parents de l'épouse une somme dont le montant se trouvait au-dessus de leurs possibilités. Et T. civ. Nancy, 8 juill. 1957, *JCP G* 1957. II. 10300 : pour le refus d'une femme de faire suivre le mariage civil d'une bénédiction à la cathédrale comme l'indiquaient les faire-part dont le texte avait été composé en sa présence (« qu'il a été jugé que le refus par la femme de se marier religieusement, contrairement avec ce qui avait été décidé par elle-même et son mari,

Bien que ce cadre contractuel semble être le point d'appui constamment recherché par le juge, cette utilisation du contrat n'a jamais été énoncée en jurisprudence avec la clarté de l'arrêt « Cours Sainte-Marthe »⁴⁸⁰. Un examen de la jurisprudence paraît donc nécessaire, par lequel nous montrerons que le juge cherche à faire produire des effets aux règles religieuses en se référant à la technique contractuelle classique : après avoir recherché si les vices du consentement pouvaient permettre d'incorporer les prescriptions religieuses au rapport de droit considéré **(I)**, le juge s'est finalement reporté aux sanctions de l'inexécution, qui offre un cadre plus souple pour leur accueil **(II)**.

I. Tentative d'application de la théorie des vices du consentement

87. **L'intégration des empêchements religieux à mariage.** Le mariage civil contracté au mépris d'un empêchement religieux peut-il être annulé dans l'ordre étatique ? L'indépendance des deux ordres devrait inciter à une réponse négative. Toutefois, en raisonnant sur la théorie des vices du consentement, une mince voie s'offre au juge étatique. En retenant le vice d'erreur, si celui-ci est constitué d'après sa définition de droit civil, le juge pourrait intégrer dans son droit certaines prescriptions religieuses, comme les empêchements à mariage. De cette manière, le juge pourrait éventuellement considérer qu'un mariage doit être annulé pour erreur, lorsqu'un époux a caché à l'autre son état de prêtre ou de divorcé.

Ces causes de nullité, valables seulement en droit canonique, et inconnues en droit civil, le juge a tenté de les intégrer en droit civil *via* la théorie des vices du consentement. Rechercher dans le contrat la norme de relevance permettant de faire produire des effets de droit à ces empêchements n'eut cependant rien d'évident. Ainsi, après quelques hésitations **(A)**, le juge a essayé de faire produire au vice d'erreur sur la personne le rôle de valve d'entrée des empêchements religieux à mariage. Mais la porte était trop étroite... **(B)**.

constituait une injure grave de nature à rendre intolérable le maintien du lien conjugal ; qu'il échet, en conséquence, de faire droit à la demande principale en divorce du mari »). L'introduction de la normativité religieuse *via* le contrat est acceptée en doctrine, quoique parfois, elle se contente de considérer que « nous trouvons à la base de la faute, cause du divorce, une promesse faite et non tenue. On peut conclure que les tribunaux acceptent de sanctionner la violation d'une promesse engageant, au moins dans une certaine mesure, les convictions religieuses, lorsque cette violation lèse les convictions religieuses de celui à qui la promesse avait été faite, et cela au moins dans les relations entre époux. » : v. L. DE NAUROIS, note sous Trib. civ. Metz, 27 avr. 1955, Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958 et CA Paris, 4 févr. 1959, *JCP G* 1960. II. 11632. Que conclure de cette position jurisprudentielle ? Il ne fait guère de doute que l'ordre juridique étatique considère comme obligatoires les engagements pris par la partie de se conduire suivant les prescriptions de l'ordre religieux. Cet engagement serait donc valable devant les juridictions étatiques d'après un droit qui n'existe pas dans l'ordre juridique étatique, mais seulement religieux. La sanction, on la reconnaît, est celle d'une obligation de faire inexécutée : elle se résout en dommages-intérêts.

⁴⁸⁰ Cf. *supra*, n° 71.

A. Premier temps : hésitation dans le choix de la norme de relevance

88. La norme de relevance des articles organiques. Pendant la première moitié du XIX^{ème} siècle, la France considérait qu'en vertu du Concordat de 1802, le droit français recevait les canons de l'Église catholique, ce dont il résultait que les empêchements canoniques à mariage étaient obligatoires en droit civil. Le mariage des divorcés et des prêtres pouvait être annulé dans l'ordre civil. Les normes de relevance qui donnaient compétence à ces canons étaient, d'une part, les articles organiques annexés au Concordat⁴⁸¹, et d'autre part, un ordre verbal de Napoléon, qui avait enjoint « aux officiers de l'état civil de ne pas se prêter à de telles célébrations »⁴⁸², celles du mariage des prêtres.

On aura reconnu le type de norme de relevance : désignant l'application du droit de l'Église catholique pour les cas qu'il détermine souverainement — *ratione materiae*, le mariage, *ratione personae*, les prêtres et les divorcés de confession catholique —, il s'agissait d'une norme de relevance conflictuelle⁴⁸³.

Cet état du droit n'a pas duré : « la théorie d'une réception générale du droit canonique dans notre droit positif »⁴⁸⁴ a rapidement été répudiée, car, du mot du doyen Carbonnier, « cela pouvait aller très loin : à ce compte, la loi de 1816 n'aurait pas été nécessaire pour effacer le divorce du Code. »⁴⁸⁵.

89. Adoption d'une norme de relevance résolument contractuelle. L'ambiguïté de la norme de relevance qui permettait de tenir compte des empêchements religieux à mariage a été dissipée avec le Second Empire. Par deux décisions, l'arrêt *Berthon* de 1862⁴⁸⁶ et un arrêt de 1888⁴⁸⁷, la Cour de cassation a mis fin à la norme de relevance conflictuelle, pour n'admettre plus que celle du contrat, permettant d'annuler le mariage par la théorie des vices du consentement. Désormais, seule l'erreur sur la personne permet de vicier le consentement des époux, ce qui est une manière

⁴⁸¹ Plus spécialement les articles organiques 6 et 26 de la loi du 18 germinal an X, annexés au Concordat.

⁴⁸² J. CARBONNIER, « La sécularisation du droit civil par le Code civil des Français », in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1384, spéc. p. 1388-1389.

⁴⁸³ Cf. *supra*, n° 20 et s.

⁴⁸⁴ J. CARBONNIER, art. préc., *ibid.* : « Trop fréquemment on se figure que cette laïcisation s'est accomplie en 1905 : c'est 1804 qui est la date décisive. »

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ Cass. ch. réunies, 24 avr. 1862, *G.AJC*, n° 35, p. 249.

⁴⁸⁷ Cass. civ. 25 janv. 1888, *S.* 1888. I. 193, préc.

de tenir à distance les empêchements religieux. Pour qu'un tel empêchement ait une valeur en droit civil, encore faut-il qu'il corresponde au vice d'erreur.

B. Second temps : hésitation dans la qualification du vice d'erreur

90. Conception restrictive de l'erreur. Mais quelle conception du vice d'erreur retenir ? La Cour de cassation en a donné une conception restrictive dans l'affaire *Berthon*⁴⁸⁸. Saisie d'une demande de nullité pour vice d'erreur sur la personne, la Cour de cassation devait déterminer si le fait d'avoir caché à son épouse son statut de repris de justice constituait le vice allégué. Refusant de s'engager dans la voie qui l'aurait amenée à étendre la conception du vice d'erreur en matière de mariage, la Haute juridiction en a donné une conception restrictive, se limitant exclusivement à l'identité de la personne. L'identité de la personne étant définie par l'identité physique et civile, il paraissait impossible d'y intégrer le passé d'un repris de justice, ni, d'ailleurs, celle de divorcé ou de prêtre. C'est en ce sens qu'a statué, une vingtaine d'années plus tard, la Cour de cassation au sujet de l'état sacerdotal, affirmant que l'état de prêtre n'était pas une composante de l'identité civile⁴⁸⁹.

91. Résistance des juges du fond. Malgré la clarté du raisonnement de la Cour de cassation, la jurisprudence prononçant la nullité de mariages en raison d'un empêchement religieux n'a pas été tarie, tant s'en faut. On a même parlé de « résistance des juridictions du fond »⁴⁹⁰, certains auteurs en venant « presque à se demander combien de décisions ont vraiment été conformes à l'arrêt de 1862 »⁴⁹¹.

Il faut dire que les juges, ayant abandonné la norme de relevance conflictuelle des premiers temps, ont cherché à voir dans le contrat le moyen de faire produire des effets de droit aux règles religieuses. Ainsi, le raisonnement suivant lequel « encore que le mariage religieux ne produise en France aucun effet civil, la croyance erronée que son futur conjoint n'est pas dans les liens d'un mariage religieux, lorsqu'elle est déterminante, constitue une erreur sur la personne au sens de

⁴⁸⁸ Cass. ch. réunies, 24 avr. 1862, *GAJC*, n° 35, p. 249.

⁴⁸⁹ Cass., 25 janv. 1888, *D.* 1888, I. 97. Des mots de la Cour de cassation, « les prêtres en tant qu'hommes ne sont pas dépourvus de leurs droits d'homme et de citoyen », ce dont il faut conclure qu'ils ne sont frappés d'aucun empêchement à mariage devant les juridictions civiles, peu importe qu'ils soient encore des prêtres ou que, comme en l'espèce, ils aient quitté leur état sacerdotal. Soulignons que l'arrêt a été rendu en pleine période concordataire ; mais l'argument tiré de la loi du 18 germinal an X, portant loi organique du Concordat, fut rejeté. Car si la loi en question admettait bien « les canons reçus en France lorsqu'il s'agit de régler les rapports entre l'Église et l'État, c'est uniquement au titre de l'organisation des cultes et nullement au titre de l'état des personnes » : en ce sens, P. BARBIER, « De l'incidence du comportement religieux de l'un des époux sur la dissolution du lien conjugal », *Année canonique*, 1975, t. XIX, p. 41, spéc. p. 43.

⁴⁹⁰ *GAJC*, n° 35, p. 249, spéc. p. 252.

⁴⁹¹ J.-J. LEMOULAND, *JCP G* 1986. II. 20573.

l'article 180 du Code civil »⁴⁹², est demeuré en des termes à peu près inchangés dans le syllogisme des juges du fond depuis l'abandon de la norme de relevance conflictuelle⁴⁹³. La Cour de cassation semble elle-même avoir infléchi sa position : dans un arrêt inédit de 1997, elle considère que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que « le fait [...] d'avoir caché à son épouse qu'il avait contracté un premier mariage religieux et qu'il était divorcé, avait entraîné pour son conjoint une erreur sur des qualités essentielles de la personne. »⁴⁹⁴. À cet infléchissement, les encouragements doctrinaux y furent peut-être pour quelque chose⁴⁹⁵ : certains auteurs appelaient à faire « un effort pour faire concorder sur le terrain des nullités le droit civil et le droit canonique, et par là d'éviter de heurter certains scrupules »⁴⁹⁶.

⁴⁹² Trib. civ. Seine, 1^{ère} ch., 4 avr. 1951, *Dame Ryan c. de Lussigny*, *JCP G* 1952, II. 7408, note D. M. : « attendu qu'il est relevé que Dame Ryan n'aurait jamais contracté mariage avec de Lussigny si elle avait eu connaissance de la première union religieuse ; que, encore que le mariage religieux ne produise en France aucun effet civil, la croyance erronée que son futur conjoint n'est pas dans les liens d'un mariage religieux, lorsqu'elle est déterminante, constitue une erreur sur la personne au sens de l'article 180 du Code civil. »

⁴⁹³ T. civ. Bordeaux, 9 juin 1924, *Gaz. Pal.* 1924. 2. 201, qui annule un mariage au motif que l'un des époux avait ignoré la qualité de divorcé de son conjoint (« que la demanderesse est recevable à prétendre qu'en connaissance de la réelle personnalité de Fulgence elle n'eût point donné son consentement à raison même de ses croyances religieuses qui lui imposeraient la constante préoccupation de vivre en état d'adultère et de n'être que la concubine d'un homme demeurant dans les liens d'une précédente union ») ; CA Paris, 20 juill. 1943, *S.* 1943, 2, p. 56 (Dame Wolff dûment renseignée n'aurait jamais consenti à s'unir à un israélite) ; T. civ. Seine, 4 avr. 1951, *JCP* 1953. II. 7408, note J. M. (sur la croyance erronée à la possibilité d'un mariage religieux). Également, TGI Le Mans, 7 déc. 1981, *JCP G* 1986. II. 20573, note J.-J. LEMOULAND ; TGI Paris, 5 janv. 1982, cité par J. RUBELLIN-DEVICHI, *RTD civ.* 1983. 523. Le jugement est ainsi motivé : « il n'apparaît pas douteux, compte tenu des convictions religieuses qui étaient celles de la future épouse, que celle-ci n'eût pas envisagé d'épouser S. si elle avait été informée de son passé conjugal ; qu'elle n'ignorait pas en effet que, selon l'enseignement traditionnel, et toujours en vigueur, de l'Église catholique, le mariage religieux est indissoluble et que, catholique convaincue, elle se serait abstenue d'épouser un homme qui, au regard de la foi dont elle se réclamait, se trouvait encore marié. » *Contra*, CA Bordeaux, 21 déc. 1954, *D.* 1955, jurispr. p. 242, note P. ESMEIN ; et CA Grenoble, 7 nov. 2001, *JCP G* 2002. IV. 1557. Il faut souligner le fait que dans ces deux arrêts rendus à presque cinquante années d'intervalle, la demande de nullité du mariage en raison du caractère de divorcé du conjoint est rejetée, non parce que les cours d'appel suivraient la directive de l'arrêt *Berthon*, mais parce que le demandeur (dans l'arrêt de 1954) et la demanderesse (dans l'arrêt de 2002) étaient eux-mêmes divorcés ! Les juges auraient-ils fait application du principe *nemo auditur...* ? Une réponse affirmative est probable, si bien que cette jurisprudence, loin d'être contradictoire, serait plutôt de nature à renforcer la jurisprudence acceptant l'erreur pour une cause religieuse d'empêchement à mariage.

⁴⁹⁴ Sur la qualité essentielle de non-divorcé de l'époux, Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, n° 96-10498, *Dr. fam.* 1998, comm. 35, H. LECUYER.

⁴⁹⁵ La jurisprudence des juges du fond a été encouragée par la doctrine, parfois parce qu'elle penchait pour une conception plus contractuelle qu'institutionnelle du mariage : comp. DEMOLOMBE, *Traité du mariage*, 1872, 4^{ème} éd., t. III, n° 251 et s., p. 386 et 387 : « Il faut reconnaître aujourd'hui, en règle générale, que l'erreur sur les qualités peut être telle, si grave et si essentielle, qu'elle doit être considérée par les magistrats comme une erreur dans la personne, aux termes de l'article 180 [...] Je concevrai donc bien qu'on déclarât nul le mariage qu'une femme catholique, trompée par un prêtre, aurait contracté avec lui, dans l'ignorance de son caractère. » Également, *RTD civ.* 1953. 317 : « que la jurisprudence de l'arrêt *Berthon* ou du moine défroqué [...] soit unanimement critiquée en doctrine n'est guère douteux. »

⁴⁹⁶ P. HEBRAUD, « Nullités de mariage et divorce », in *Mélanges offerts à Jean Dauvillier*, Toulouse, 1979, p. 403. Comp. J. HAUSER, note sous Cass. civ., 29 janv. 1975, *D.* 1975. 668 : « certaines convictions religieuses s'opposent au divorce et feront préférer la voie de la nullité chaque fois qu'elle sera possible. »

92. Les empêchements religieux des autres religions. La nouvelle rédaction de l'article 180, al. 2 du Code civil, issue de la loi du 4 avril 2006⁴⁹⁷, semblait inviter à admettre une plus grande subjectivité dans l'appréciation des qualités de la personne⁴⁹⁸. Admettant que l'erreur s'entend d'une fausse représentation des « qualités essentielles de la personne », le texte aurait pu permettre une entrée fracassante des empêchements religieux en droit civil du mariage⁴⁹⁹, ceux-ci se faisant passer pour les qualités essentielles subjectivement attendues de l'époux *errans*⁵⁰⁰. C'est ainsi que l'ont compris les juges du Tribunal de grande instance de Lille⁵⁰¹, lorsque, faisant droit à la demande de nullité d'un époux de confession musulmane, ils ont accepté de prononcer la nullité

⁴⁹⁷ L. n° 2006-399 du 4 avr. 2006, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

⁴⁹⁸ C. civ., art. 180, al. 2 : « S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage. »

⁴⁹⁹ Soulignons, au passage, que les empêchements religieux de l'islam et du judaïsme sont plus nombreux que ceux du droit canonique. Outre la condition de virginité de l'épouse lorsqu'il est question de ses premières noces, le droit musulman pose encore bien d'autres empêchements à mariage. La condition la plus répandue, sans doute, est celle qui interdit le mariage de la musulmane avec un non musulman mais autorise l'inverse. Moins connues sont les conditions relatives à la parenté (d'alliance, d'allaitement mais non d'adoption), de mariage (retraite de continence, impossibilité pour la femme d'avoir plus d'un mari, impossibilité pour le mari d'avoir plus de quatre femmes), et, enfin, celles qui ont trait à la condition sociale (mariage du maître avec son esclave, état d'*ih'ram* d'un époux [état de pèlerin accomplissant le rite de pèlerinage à la Mecque], de dernière maladie, ou tenant à une précédente demande faite à une femme de se marier). V. L.-A. BARRIERE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Éditions universitaires, 1993, n° 274, p. 330. Le droit mosaïque est sans doute le droit religieux qui remporte la palme de la sévérité en terme de nombre d'empêchements à mariage. Le mariage selon le droit mosaïque peut être annulé pour cause d'erreur ou de dol, en raison, par exemple, de la non-virginité ou de la difformité de l'épouse, ou de l'impuissance de l'époux. Il peut aussi être annulé en raison d'empêchements dirimants comme la parenté de consanguinité ou d'alliance, mais aussi en raison d'empêchements religieux plus sévères qu'en islam, car aucun mariage mixte n'est admis. Aujourd'hui, les rabbins n'admettent la célébration de mariages qu'à la condition minimale que le futur ou la future se convertisse. D'autres conditions peuvent être recensées, qui donnent une idée de l'étrangeté du droit religieux par rapport au droit civil laïc : les tares physiques, l'état de *mamzer* ou enfant illégitime, la femme répudiée par celui qui revoudrait d'elle, entre le mandataire de la répudiation et la femme répudiée, entre les coupables d'adultère, ... En outre, certains hommes de la caste des « Cohen » doivent se plier à des empêchements encore plus restrictifs. Enfin, le mariage n'est pas totalement libre : outre les questions de consentement qui ne sont pas les mêmes qu'en droit civil, il y a l'institution du lévirat, qui est une sorte d'injonction d'épouser la femme de son frère défunt lorsque le *de cuius* n'a pas de descendance. Bien entendu, cette institution a ses propres conditions, qui préservent du risque de consanguinité. V. par ex., A. ZAGOURI, *Du mariage en droit hébraïque* (préf. M. R. TAJOURI), Paris, LGDJ, coll. « Études juridiques, politiques et économiques de la Faculté de droit du Maroc », 1960.

⁵⁰⁰ En ce sens, Ch. MASSON, « L'ordre public familial en péril ? », *RTD civ.* 2018, 809, n° 16 : « En visant les qualités "essentielles", plutôt que les qualités "substantielles" du droit des contrats, il sous-entendait qu'il existait une essence au mariage, par définition commune à tous. Le juge était par conséquent invité, par la loi, à apprécier la qualité présumée manquer chez celui dont le conjoint demandait la nullité. » Mais l'auteur nuance immédiatement, affirmant qu'une tentation existe chez le juge, qui est d'apprécier subjectivement cette qualité essentielle. Cette tentation vient de l'esprit contractualiste qui souffle sur le droit de la famille : « Or, et c'est ici que réside le contournement de l'ordre public, il arrive que des juges du fond raisonnent *in concreto*. Dans certaines décisions, la qualité conjugale revendiquée n'est pas considérée comme essentielle en ce qu'il serait communément admis qu'elle le soit, mais parce qu'elle est tenue pour telle dans l'esprit de l'*errans* [...] Il reste que la tentation existe bien, chez certains juges, d'appréhender *in casu* l'erreur sur les qualités essentielles, à la manière dont on appréhende, en droit des contrats, l'erreur sur la substance. C'est alors l'idée même de l'essence du mariage qui est remise en cause, chaque union étant supposée avoir sa propre économie, partant ses propres conditions de validité. Le commun recule qui laisse place à l'infinie diversité des espèces. »

⁵⁰¹ TGI Lille, 1^{er} avr. 2008, *D.* 2008, jurispr. p. 1389, note P. LABBEE ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Les sept voiles de la mariée », *RJPF*, juill.-août 2008, p. 8.

du mariage en raison de la non-virginité de l'épouse, cause de nullité du mariage du droit musulman classique lorsqu'il est question des premières noces.

Bien qu'il ait été réformé par la cour d'appel de Douai⁵⁰², le raisonnement contractuel mené par les premiers juges mérite d'être rapporté. Ils avaient accepté de prononcer la nullité du mariage d'époux musulmans en raison de la non-virginité de l'épouse, censée être une condition essentielle selon le droit de leur religion. Ainsi, de son propre aveu, l'époux n'avait donné son consentement au mariage que parce que la jeune fille lui avait été présentée comme « célibataire et chaste ». Cette décision a été unanimement critiquée ; l'appel, d'ailleurs, n'a été interjeté ni par le mari, ni par la femme, mais par le ministère public, pour faire obstacle à cette décision qui, aux dires de certains commentateurs, constituait « un véritable trouble à l'ordre public »⁵⁰³ ! Une telle analyse sera entérinée avec l'avant-projet de loi « confortant les principes républicains », qui prévoit de créer une infraction visant les professionnels de santé qui délivreraient des certificats de virginité⁵⁰⁴.

On peut se demander ce qu'est devenue la volonté, autrefois célébrée, d'éviter de heurter les scrupules religieux des époux⁵⁰⁵, particulièrement lorsqu'aucun des époux ne s'est plaint de la décision d'annulation de leur mariage pour motif religieux. En réalité, les anciennes « zones de partage »⁵⁰⁶ de compétence entre ordre étatique et ordre religieux « sont contestées à mesure que

⁵⁰² CA Douai, 17 nov. 2008, n° 08/03786, *D.* 2008. 2938, obs. V. EGEA : « le mensonge qui ne porte pas sur une qualité essentielle n'est pas un fondement valide pour l'annulation du mariage » et que « tel est particulièrement le cas quand le mensonge prétendu aurait porté sur la vie sentimentale passée de la future épouse et sur sa virginité, qui n'est pas une qualité essentielle en ce que son absence n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale ». La portée de la condamnation, par la cour d'appel de Douai, mérite d'être nuancée. Certes, l'approche contractuelle des qualités essentielles paraît condamnée, parce que « l'absence de [virginité de l'épouse] n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale. ». L'absence de virginité, sans doute, mais l'appartenance religieuse ? L'adhésion aux mêmes dogmes, la commune volonté de soumettre le mariage à la normativité religieuse, n'ont-elles pas d'incidence sur la vie matrimoniale ? À s'en tenir strictement aux termes employés par la cour d'appel de Douai, qui s'éloigne beaucoup moins du raisonnement des premiers juges que ne semble le dire la doctrine : v. *GAJC*, n° 35, p. 249, spéc. p. 253 ; V. EGEA, *D.* 2008. 2938 ; Ch. MASSON, « L'ordre public familial en péril ? », *RTD civ.* 2018. 809, n°16 ; il sera difficile de tenir éloignée de l'erreur sur les qualités essentielles l'appartenance religieuse, et de là, les empêchements religieux à mariage.

⁵⁰³ F. DEKEUWER-DESFOSEZ, « Les sept voiles de la mariée », *RJPF* juill.-août 2008, p. 8.

⁵⁰⁴ Projet de loi confortant les principes républicains, 16 nov. 2020, NOR : INTX2030083L/Rose-1, art. 16. Serait ainsi intégré au Code de la santé publique un art. L. 1110-2-1 : « Hors les cas prévus par les lois et règlements, le professionnel de santé ne peut établir de certificat attestant de la virginité d'une personne », complété d'un art. 1115-3 : « Sans préjudice des sanctions disciplinaires applicables, l'établissement d'un certificat en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1110-2-1 est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

⁵⁰⁵ Cf. *supra* n°91, note P. HEBRAUD, « Nullités de mariage et divorce », in *Mélanges offerts à Jean Davillier*, Toulouse, 1979, p. 403.

⁵⁰⁶ R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.* 2012. 2044.

d'autres religions veulent faire entendre leur particularisme. »⁵⁰⁷. En effet, les données sociologiques ont changé : les religions se sont diversifiées.

93. En résumé. Ayant abandonné la norme de relevance conflictuelle en renonçant à l'idée que les canons reçus de l'Église catholique impliquaient de faire produire des effets aux empêchements religieux, le juge français a opté pour une norme de relevance résolument contractuelle. De cette manière, le raisonnement en termes de vices du consentement a servi, pendant un temps, à introduire certains empêchements religieux en droit civil français. Remarquons que, dans toutes les affaires examinées, ce qui sert de norme de relevance contractuelle est le mariage. Ce contrat *lato sensu* est lui-même strictement réglementé par le droit étatique : les vices du consentement y sont plus restrictivement admis qu'en droit commun des contrats⁵⁰⁸. Dès lors, la normativité religieuse, pour faire son entrée en droit civil, aurait dû en suivre rigoureusement le cadre, ce qui ne permettait pas, en l'occurrence, d'incorporer à la relation de mariage les empêchements religieux. Ne pouvant se frayer un chemin en droit étatique *via* le vice d'erreur, trop restrictif, les empêchements religieux à mariage pourront produire des effets de droit par un autre cadre contractuel, dont la conception est plus souple. Il s'agit des sanctions de l'inexécution.

II. L'application de certaines sanctions de l'inexécution

94. L'allocation de dommages-intérêts et résolution. Ne pouvant être sanctionnée sur le terrain du vice d'erreur, la dissimulation d'état de prêtre ou de divorcé a été sanctionnée sur celui de la faute⁵⁰⁹. C'est ainsi que certaines règles religieuses, comme les empêchements à mariage ou l'obligation de procéder à la célébration religieuse du mariage, parce qu'elles avaient été intégrées dans le « champ matrimonial »⁵¹⁰, ont été sanctionnées par l'allocation de dommages et intérêts et

⁵⁰⁷ R. LIBCHABER, art. préc.

⁵⁰⁸ Pour la doctrine majoritaire, les qualités essentielles doivent être définies abstraitement. Ainsi, « une erreur sur la naissance, sur la race et sur la religion du conjoint » ne devraient pas poser d'obstacle à cette vie matrimoniale : v. *GAJC*, n° 35, p. 249, spéc. p. 253.

⁵⁰⁹ D'accord avec ce déplacement de la sanction, passant des vices du consentement à la sanction d'une faute, v. par exemple, J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les causes du divorce en droit français dans leur rapport avec les nullités du mariage », *L'Année canonique*, 1989, p. 103, spéc. p.104 ; P. BARBIER, « De l'incidence du comportement religieux de l'un des époux sur la dissolution du lien conjugal », *Année canonique*, 1975, t. XIX, p. 41, spéc. p. 48 : « Dans tous les cas c'est le manquement à la promesse qui est sanctionné et qui justifie le divorce. Le cheminement de la jurisprudence sauvegarde, ainsi, en apparence l'intouchable principe de la laïcité de notre droit. Mais il n'en reste pas moins vrai qu'aux yeux du profane — et ce dernier ne s'y trompe pas — cela revient à dire que l'on peut sortir du mariage si la condition essentielle qu'on y avait mise pour qu'il constitue un véritable mariage, n'est pas remplie. La parade du divorce remplace ici la voie interdite de la nullité ». V. également J.-J. LEMOULAND, *JCP G* 1986. II. 20573 ; D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité* (préf. F. TERRE), Paris, LGDJ, 2000, n° 343, p. 287.

⁵¹⁰ J.-J. LEMOULAND, *JCP G* 1986. II. 20573 : « On pourrait par contre situer dans la concordance des perspectives conjugales la décision des futurs époux de souscrire l'engagement matrimonial. Une telle définition assure certainement au concept un caractère objectif [...] Si l'appréciation glisse alors sur un terrain concret, elle conserve cependant, par

le prononcé du divorce aux torts exclusifs de l'époux fautif⁵¹¹. Ces sanctions peuvent être rapprochées des sanctions contractuelles de l'allocation de dommages-intérêts⁵¹² et de la résolution⁵¹³.

95. Choisir la sanction contractuelle de la rétention fautive du *gueth*. L'obligation de délivrer le *gueth*, lettre par laquelle l'ex-époux de confession juive répudie sa femme selon le droit mosaïque afin de lui permettre de contracter un nouveau mariage, a parfois été analysée sur le terrain contractuel. Souvent utilisé comme moyen de chantage contre l'ex-épouse, la rétention du *gueth* par le mari selon la loi mosaïque est presque toujours considérée comme fautive, par les tribunaux français comme par la plupart des juges des États sécularisés. En revanche, c'est sur l'analyse de la faute et du type de sanction qu'elle appelle que les juges français ont beaucoup hésité.

Dans une première série jurisprudentielle assez ancienne, le juge avait considéré que la rétention du *gueth* était une inexécution contractuelle : selon cette conception, les époux s'étant mariés selon le rite mosaïque, ils se seraient par là même engagés à le dissoudre suivant le même rite⁵¹⁴. Cette analyse contractuelle de l'engagement souscrit par le mari avait été critiquée en son temps par certains commentateurs, qui jugeaient que « le mariage n'est pas matière à contrat [...] ; les conditions de dissolution de l'union conjugale ne peuvent être librement et contractuellement établies par les conjoints, elles sont fixées par la loi. »⁵¹⁵. On nous permettra de relever la confusion que signe la critique : il n'est pas question, dans ce contentieux, de faire produire au *gueth* les effets civils d'un divorce ; il s'agit seulement de trouver un fondement permettant de sanctionner un comportement marital jugé fautif. Une deuxième série jurisprudentielle, nettement plus fournie, voyait dans la rétention du *gueth* une prérogative maritale, susceptible d'être sanctionnée seulement

son aspect bilatéral, un caractère objectif. Car les motifs individuels devront encore avoir pénétré par leur réciprocité [...] le champ matrimonial. »

⁵¹¹ CA Rouen, 29 avr. 1910, *S.* 1911. 2, p. 37. Également, T. civ. Seine, 3 mars 1933, *S.* 1934, 2, p. 67 (alors que la date de la cérémonie à la synagogue avait été fixée d'un commun accord, que des invitations nombreuses avaient été envoyées, qu'un orchestre avait été engagé, le mari informe sa femme qu'il se refuse à toute célébration religieuse à moins de recevoir des parents de l'épouse une somme dont le montant se trouvait au-dessus de leurs possibilités.). Et T. civ. Nancy, 8 juill. 1957, *JCP G* 1957. II. 10300, pour le refus d'une femme de faire suivre le mariage civil d'une bénédiction à la cathédrale comme l'indiquaient les faire-part dont le texte avait été composé en sa présence (« qu'il a été jugé que le refus par la femme de se marier religieusement, contrairement avec ce qui avait été décidé par elle-même et son mari, constituait une injure grave de nature à rendre intolérable le maintien du lien conjugal ; qu'il échet, en conséquence, de faire droit à la demande principale en divorce du mari. »).

⁵¹² C. civ., art. 1231 et s.

⁵¹³ C. civ., art. 1224 et s.

⁵¹⁴ Trib. 1^{ère} inst. Casablanca (1^{ère} esp.), *Wizmann*, 21 déc. 1949, *D.* 1953. 538, note F. LUCHAIRE : « le tribunal [...] met en demeure l'épouse française (pour laquelle le tribunal rabbinique est incompétent) de se présenter personnellement et d'assister aux formations nécessitées pour l'application des conséquences sacramentelles de la loi mosaïque (conséquences auxquelles l'épouse s'est contractuellement obligée) sous peine d'une action ultérieure en dommages-intérêts dûment réservée au mari. »

⁵¹⁵ F. LUCHAIRE, *D.* 1953. 538, obs. sous Trib. 1^{ère} inst. Casablanca (1^{ère} esp.), *Wizmann*, 21 déc. 1949.

en cas d'abus : dans cette conception, l'intention de nuire devait donc être prouvée⁵¹⁶. Enfin, la troisième série jurisprudentielle tend à concevoir la rétention du *gueth* comme une simple faute d'abstention⁵¹⁷, débarrassant l'ex-épouse de la charge probatoire qui pesait sur elle, mais n'offrant guère de sanction satisfaisante — du point de vue de l'épouse — car des termes mêmes de la Cour de cassation, « la délivrance du “gueth” constituait pour M. X... une simple faculté relevant de sa liberté de conscience et dont l'abus ne pouvait donner lieu qu'à dommages-intérêts »⁵¹⁸. En d'autres termes, la sanction sollicitée, l'exécution forcée en nature accompagnée d'une astreinte comminatoire, est, à de rares exceptions près⁵¹⁹, refusée par les juges français⁵²⁰.

Un tel refus a été très largement critiqué en doctrine. Certains plaident pour un retour à l'analyse contractuelle de l'obligation de délivrer le *gueth*, lorsqu'un tel engagement a été manifesté par les époux à un quelconque moment de leur union ou désunion conjugale⁵²¹. D'autres, sans

⁵¹⁶ Pour une analyse en termes d'abus de droit, v. par exemple : Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958, *JCP G* 1960. II. 11632, obs. L. DE NAUROIS ; *RTD civ.* 1958. 615, obs. H. et L. MAZEAUD : « Mais attendu que sans que le tribunal ait à s'immiscer dans des questions et des disciplines religieuses auxquelles il doit demeurer étranger, il lui appartient et il lui est loisible de rechercher si l'abstention du mari constitue un abus de droit, quelles que soient l'origine et la nature de ce droit. » Également, Cass., civ. 2^{ème}, 13 décembre 1972, *D.* 1973. 493, note Ch. LARROUMET ; Cass., civ. 2^{ème}, 21 avr. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, n° 306-307, *Jurispr.*, p. 590, note F. CHABAS ; Cass., civ. 2^{ème}, 5 juin 1985, n° 84-11.088 ; Cass., civ. 2^{ème}, 15 juin 1988, n° 86-15.476, *RTD civ.* 1988. 770, note P. JOURDAIN (« Mais attendu qu'après avoir exactement énoncé que si les motivations de la délivrance ou du refus de délivrance du “gueth” échappent à l'appréciation des juridictions civiles, il appartient cependant à celles-ci de déterminer si le refus de délivrance constitue un abus de droit de celui qui l'oppose, l'arrêt retient qu'en demandant le divorce en application de l'article 230 du Code civil, le mari comme la femme ont entendu dissoudre totalement leur mariage et qu'en refusant le “gueth” M. X... laisse subsister le seul lien religieux avec les conséquences qui en découlent et restreint la liberté totale que Mme Y... était en droit d'attendre du divorce ; Que de ces énonciations, la cour d'appel a pu, sans violer le principe de la séparation des Églises et de l'État et hors de toute dénaturation, déduire que le comportement de M. X... constituait un abus de droit ») ; Cass. civ. 2^{ème}, 28 févr. 2013, n° 12-18.856.

⁵¹⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 12 déc. 1994, n° 92-17098 ; Cass. civ. 2^{ème}, 21 nov. 1990, n° 89-17659, *D.* 1991. 434, note E. AGOSTINI, et CA Versailles, 31 oct. 1994, *D.* 1995. 246, note E. AGOSTINI ; CA Versailles, 14 nov. 1996, *JurisData* n° 1996-048618.

⁵¹⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 21 nov. 1990, n° 89-17.659.

⁵¹⁹ Signalons le cas où le juge promet de réduire le montant des dommages-intérêts dans le cas où l'époux s'exécuterait avant le délai d'un mois : CA Alger, 9 avr. 1908, cité par L. DE NAUROIS, *JCP G* 1960. II. 11632 ; également Trib. Civ. Metz, 27 avr. 1957. Et prononçant franchement une condamnation à une astreinte : TGI Seine, 22 juin 1967, *Rev. Crit. DIP.* 1969. 474, note Y. LOUSSOUARN ; Trib. Civ. Grenoble, 7 mai 1958, *JCP G* 1960. II. 11632, obs. L. DE NAUROIS.

⁵²⁰ Signalons à ce sujet un arrêt où la cour d'appel de Versailles, ayant une première fois condamné le mari à des dommages-intérêts pour refus de délivrer le *gueth*, a refusé au cours d'une seconde instance l'argument tiré de l'autorité de la chose jugée, avancé par le mari. Pour la cour d'appel, « l'autorité de la chose jugée de la première décision ne s'attachait qu'au préjudice déjà subi mais non à une persistance fautive du refus du mari qui n'était alors qu'éventuelle et incertaine » : CA Versailles, 14 nov. 1996, *JurisData* : 1996-048618, commenté par C. BROUZES et L. MARSTAL, *Le refus de délivrance du gueth ou get*, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, Bureau chargé du contentieux, juill. 2015.

⁵²¹ Pour une analyse en de faute contractuelle : E. AGOSTINI, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 21 nov. 1990, *D.* 1991. 434, spéc. 436, et *D.* 1995. 246, note sous CA Versailles, 31 oct. 1994. L'auteur parle de « sanctionner l'infraction commise par le mari aux règles d'un jeu qu'il a librement acceptées et dont il s'est volontairement soustrait. » (première note), et s'interroge : « Pourquoi, alors, refuser le recours à l'astreinte quand l'un des partenaires s'écarte sans motif acceptable d'un statut extra-légal que nul ne pouvait l'obliger à accepter mais auquel il a volontairement et librement souscrit ? Certes, du fait que l'état des personnes est hors commerce, le droit français interdit de voir dans la conclusion d'un mariage religieux un engagement “de nature contractuelle” comme le fait, par exemple, l'art. 228-3 du code Napoléon

entrer dans l'analyse contractuelle, estiment que pour être en mesure de faire cesser le trouble, les juges devraient prononcer une sanction avec astreinte⁵²², considérant que l'obligation de délivrance du *gueth* ne fait pas partie de ces « obligations de nature très personnelle, mettant en jeu la liberté de conscience »⁵²³.

De toute évidence, le choix de la sanction impose de déterminer si la délivrance du *gueth* relève de ces affaires de conscience, ce qui la rendrait insusceptible de la sanction de l'exécution forcée en nature ou — ce qui revient à peu près au même — du prononcé d'une astreinte comminatoire.

96. Qualification et sanction en Israël. Or, sur cette question, un bref détour par le droit mosaïque et par les sanctions du droit israélien offre une réponse dénuée d'ambiguïté. Il suffit, pour s'en convaincre, de s'intéresser aux dispositions du *Schulchan Arouch* qui exposent la procédure de remise du *gueth*, et d'examiner la palette de sanctions que peuvent prononcer les tribunaux rabbiniques israéliens.

Concernant, d'abord, les dispositions du *Schulchan Arouch*⁵²⁴, ce recueil de la *halakha* situe les dispositions relatives à la remise du *gueth* dans la partie relative au statut personnel⁵²⁵, et non dans les parties consacrées aux questions religieuses⁵²⁶. Cet emplacement dans le recueil, ainsi que les dispositions précises qui règlent les conditions de fond et de forme du divorce mosaïque,

mauricien. Toutefois, rien n'interdit de l'analyser comme l'adhésion à un statut qui s'impose dans tout ce qu'il a de compatible avec l'ordre public et le droit positif » (seconde note).

⁵²² Par exemple, L. DE NAUROIS, *JCP G* 1960. II. 11632 ; Ch. LARROUMET, *D.* 1973. 493 ; F. CHABAS, *Gaz. Pal.* 1983, 2, 590 ; G. DURRY, *RTD civ.* 1984. 114.

⁵²³ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2018, 12^{ème} éd., n° 1539, p. 1610 et s. *Contra*, les rares auteurs ayant émis une voix contradictoire étant P. BARBIER, « Le problème du *gueth* », *Gaz. Pal.* 1987, doct. 484, spéc. p. 487 : « on peut tout de même se demander, au contraire, si l'on ne se trouve pas précisément, ici, en présence d'une obligation de cette nature, surtout si l'on songe qu'il ne peut guère exister quelque chose de plus personnel que l'accomplissement d'un acte religieux. » L'auteur estime donc qu'« en définitive, il faut souhaiter sur ce point que la Cour de cassation maintienne la position qu'elle a prise dans son arrêt du 21 avril 1982. » Également, H. et L. MAZEAUD, *RTD civ.* 1958. 615, qui vont jusqu'à nier la possibilité de sanctionner la rétention du *gueth* : « Mais le droit de refuser le *gueth*, qui est conféré au mari par la loi religieuse, n'est-il pas de ces droits absolus, insusceptibles d'abus, parce que leur exercice ne peut dépendre que de la conscience de leur titulaire ? »

⁵²⁴ C'est aujourd'hui encore, et depuis qu'il a été compilé par le rabbin Joseph Karo (1488-1575) au XVI^{ème} siècle, le recueil le plus complet des lois juives, ou *halakha*, appliqué en Israël. Il codifie les abrégés d'El Faci et de Maïmonide et le commentaire de Jacob Ascher ; les deux premiers livres du recueil sont consacrés aux questions religieuses ; la quatrième aux biens ; la troisième au statut personnel. C'est dans la troisième, disions-nous, qu'est abordée la question de la répudiation. Par où l'on voit que, dans la structure même de ce recueil de lois, la question du *gueth* n'est pas abordée dans les questions purement religieuses, « sacerdotales », pourrait-on dire.

⁵²⁵ Il s'agit de la troisième partie du *Schulchan Arouch*. Sur le cérémonial de la remise du *gueth*, v. L. WEILL, « Le divorce des israélites russes en France », *Revue de droit international privé et de droit pénal international* 1908. 759 (première partie), 1909. 140 (seconde partie), spéc. p. 144.

⁵²⁶ Il s'agit de la première et de la deuxième partie du *Schulchan Arouch*, consacrées, pour la première, aux prières, à la synagogue et aux fêtes religieuses, et, pour la seconde, notamment aux règles de la *cashrout*.

rattachent l'institution aux questions civiles plutôt qu'aux affaires de la conscience. C'est le sens de l'étude de Louis Weill, qui, s'étant interrogé sur la question de savoir si « le divorce juif a [...] en réalité le caractère d'un acte confessionnel tel qu'il doit entraîner justement et nécessairement l'incompétence des tribunaux français »⁵²⁷, répond résolument par la négative. D'après l'auteur, « pas d'invocation divine, de sacrifice expiatoire, de paroles prononcées sur l'autel sacré, de gestes rituels accomplis sur des objets de culte ou des aliments consacrés ; pas de prières, pas de bénédiction, pas d'agenouillement, ni de communion, rien que les mots et les gestes courants pour rompre un marché ou dissoudre un contrat ; rien qui rappelle les pratiques d'un culte quelconque, celles du culte juif en particulier qui se ramènent toujours à un acte de foi et de gratitude envers un Dieu unique de justice et de bonté. »⁵²⁸. Dans l'esprit du recueil le plus important de la loi mosaïque, il s'agit donc d'une obligation tout à fait profane, n'engageant pas la conscience de l'époux.

Concernant, ensuite, les sanctions prononcées par les tribunaux rabbiniques israéliens à l'encontre du mari, il convient de remarquer qu'elles sont, elles aussi, tout à fait terrestres, puisqu'elles vont de l'augmentation de la pension alimentaire à la peine d'emprisonnement, en passant par la confiscation du passeport, du permis de conduire et de la carte de crédit⁵²⁹. Certes, le tribunal rabbinique ne peut jamais se substituer au mari, et il reste que l'acte doit être un acte volontaire de répudiation, auquel le mari est seulement indirectement contraint : il se peut qu'un mari préfère mourir en prison, trente années après avoir été condamné à la délivrance du *gueth*, plutôt que de libérer sa femme des chaînes d'un mariage malheureux⁵³⁰.

À supposer qu'on puisse encore parler d'acte volontaire quand ce genre de contrainte existe, il y a loin entre cet acte, tel qu'interprété par les juridictions israéliennes, et la simple faculté vue par les juridictions françaises⁵³¹. Et en tout état de cause, il est impossible d'y voir une obligation si personnelle qu'elle ne puisse pas être contrainte par la sanction indirecte qu'est l'astreinte. C'est la raison pour laquelle la doctrine critique d'une seule voix⁵³² le refus du juge de faire cesser le trouble en prononçant l'astreinte.

⁵²⁷ L. WEILL, art. préc., deuxième partie, spéc. p. 147.

⁵²⁸ Art. préc., p. 148.

⁵²⁹ Sur ces sanctions, v. M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux* (préf. Y. LEQUETTE), Paris, LGDJ, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005, n° 209, p. 198.

⁵³⁰ Le cas a été reporté par Ch. HERFARTH, *Die Scheidung nach jüdischem Recht, im internationalen Zivilrechtsverfahren*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 2000, reporté par P. LAGARDE, *Rev. Crit. DIP* 2003. 203.

⁵³¹ En ce sens, également, G.-D. AYACHE, « Le gueth ou la religion a-t-elle ses raisons que le droit ne saurait méconnaître ? », *Gaz. Pal.* 1991. 2. doctr. 760.

⁵³² Par exemple, L. DE NAUROIS, *JCP G* 1960. II. 11632 ; Ch. LARROUMET, *D.* 1973. 493 ; F. CHABAS, *Gaz. Pal.* 1983, 2, 590 ; G. DURRY, *RTD civ.* 1984. 114 ; E. AGOSTINI, *JCP G* 1987. II. 20728 ; *D.* 1991. 434 ; *D.* 1995. 246.

97. **La « clause Liberman ».** Contrairement à Israël⁵³³, les tribunaux rabbiniques des pays de la diaspora, quand ils existent, ne sont pas dépositaires de la puissance publique et ne peuvent contraindre *manu militari* l'ex-mari à remettre cette lettre à son épouse. Toutefois, les pays anglo-saxons sont parvenus à donner vigueur à l'obligation qui pèse sur l'ex-époux de confession juive à délivrer le *gueth*. Avant que le Canada⁵³⁴, l'État de New York⁵³⁵ et le Royaume-Uni⁵³⁶ eussent voté des lois spéciales faisant obstacle au divorce civil tant que le divorce religieux n'était pas acquis, leurs juges avaient adopté une conception contractuelle de l'obligation de délivrer le *gueth*. En réalité, ces juges faisaient suite à une pratique qui s'était instaurée aux États-Unis d'Amérique, et qui consistait à faire signer aux époux, au moment de leur mariage, une clause en vertu de laquelle, en cas de divorce, le mari s'engagerait à délivrer le document convoité. Cette clause — appelée « clause Liberman », du nom de son concepteur⁵³⁷, ou *prenuptial agreement*⁵³⁸ — offrait donc un

⁵³³ En droit israélien, la loi n° 5713 du 26 août 1953 donne compétence exclusive aux tribunaux rabbiniques dès lors que le litige de droit de la famille concerne des juifs. L'article 1^{er} de la loi dispose ainsi que « tout ce qui concerne le mariage ou le divorce de juifs en Israël, nationaux ou résidents, est exclusivement de la compétence des tribunaux rabbiniques. ».

⁵³⁴ Il s'agit de la *Loi sur le divorce*, votée en juin 1990, dont l'article 21.1 prévoit que le tribunal peut « [...] rejeter tout affidavit, demande ou autre acte de procédure » de l'époux qui refuse de supprimer tout obstacle au remariage religieux de son conjoint. Ce pouvoir du tribunal ayant comme unique but d'éviter la mauvaise foi de l'un des conjoints, il ne s'applique pas lorsque le refus est justifié par des « motifs sérieux, fondés sur la religion ou la conscience. »

⁵³⁵ La section 253 a été intégrée à l'article 13 du *New York Domestic Relations Law* : « 2. Any party to a marriage defined in subdivision one of this section who commences a proceeding to annul the marriage or for a divorce must allege, in his or her verified complaint : (i) that, to the best of his or her knowledge, that he or she has taken or that he or she will take, prior to the entry of final judgment, all steps solely within his or her power to remove any barrier to the defendant's remarriage following the annulment or divorce ; or (ii) that the defendant has waived in writing the requirements of this subdivision.

3. No final judgment of annulment or divorce shall thereafter be entered unless the plaintiff shall have filed and served a sworn statement [...]

6. As used in the sworn statements by this section "barrier to remarriage" includes, without limitation, any religious or conscientious restraint or inhibition, of which the party required to make the verified statement is aware, that is imposed on a party to a marriage, under the principles held by the clergyman or minister who has solemnized the marriage, by reason of the other party's commission or withholding of any voluntary act [...]

⁵³⁶ *Divorce (Religious Marriages) Act* of 2002, chapter 27, 10.

⁵³⁷ Ainsi nommée du nom de son concepteur américain, Saül Liberman (1898-1984). Par cet accord, le couple consent, en cas de conflit au sujet du *gueth*, à s'en remettre à la décision du *Beth Din*. Si celui-ci condamne le mari à délivrer le *gueth* et qu'il s'y refuse, la clause prévoit le recours aux juridictions civiles. Dans la décision new-yorkaise *Avitzur c. Avitzur* (58 N.Y. 2d 108, 446 N.E. 2d 136, 459 N.Y.S. 2d 572 (1983) cert. Denied, 464 U.S. 817 (1983), le contrat de *kéoutba* contenait une telle clause ; le défendeur prétendait que cette clause ne lui avait jamais été expliquée. C'est pourquoi, depuis 1991, les *Beth Din* du mouvement *Massarti* (conservateur progressiste) font signer une lettre à part, par laquelle le couple atteste que le rabbin leur a expliqué la clause *Liberman*. V., en ce sens, I. STIBBE, *Le divorce juif en droit international privé. Le gueth, ou la tradition à l'épreuve de la laïcité*, Éditions interuniversitaires suisses, 2005, n° 242 et s., p. 147.

⁵³⁸ Il s'agit d'un accord qui comprend d'une part, une clause pénale condamnant le mari à verser à la femme une somme prédéterminée (à laquelle il ne peut renoncer que si la femme refuse de comparaître devant le *Beth Din* ; nommée le *Husband's Assumption of Obligation*) et d'autre part, une clause compromissaire par laquelle les parties s'entendent pour soumettre leurs litiges futurs au *Beth Din* (nommée le *Prenuptial Arbitration Agreement Between Husband and Wife*). Un autre moyen a été inventé en 1968 par la communauté conservatrice des États-Unis, qui s'appelle en hébreu « T'nai B'kiddushin », et qui est une sorte de clause frappant de nullité le mariage religieux si, six mois après le divorce civil, le mari refuse de donner le *gueth*. Par cette fiction juridique, la femme est délivrée de son statut d'*agounah*, et peut se passer du *gueth* de son ex-époux. V., en ce sens, I. STIBBE, *Le divorce juif en droit international privé. Le gueth, ou la tradition à l'épreuve de la laïcité*, Éditions interuniversitaires suisses, 2005, n° 244, p. 148.

fondement contractuel à l'inexécution du mari, ce qui permettait aux tribunaux de faire droit aux demandes en exécution forcée⁵³⁹.

98. Pour la sanction de l'exécution forcée en nature. Aussi, pour éviter que « la reconnaissance du mariage religieux [ne soit vue] comme [un] véritable acte juridique générateur d'obligations civiles, parallèle à cet autre acte juridique qu'est le mariage »⁵⁴⁰, il pourrait être souhaitable d'adopter la pratique de la « clause Liberman » en droit français. Elle aurait le mérite d'éclaircir sur la portée de l'engagement de l'époux : s'il s'est engagé à délivrer le *gueth*, la sanction contractuelle de l'exécution forcée en nature serait conforme à la fois à la qualification que reçoit, en droit mosaïque⁵⁴¹, l'obligation en question, et à la nomenclature des sanctions contractuelles proposées en droit français⁵⁴². Si, à l'inverse, l'époux ne s'y est pas engagé, il ne pourrait être condamné à délivrer le *gueth* sous astreinte ; la rétention ne saurait être sanctionnée que si elle est constitutive d'un abus.

En dépit de son ancienneté et de son succès à l'étranger, l'analyse contractuelle de l'engagement de délivrer le *gueth* n'a pas convaincu tous les auteurs⁵⁴³. En particulier, M. Daniel Gutmann s'inquiète de la portée d'un tel engagement. Pour lui, « si l'on décidait d'analyser le statut matrimonial religieux à travers le prisme du droit civil des contrats [...] force serait de conclure d'emblée à la nullité pour contrariété à l'ordre public d'un accord consacrant l'inégalité entre les parties et la discrimination entre les sexes. Il n'en serait autrement que si l'on reconnaissait que la spécificité de la matière religieuse impose de réputer valable un contrat que le droit commun déclarerait nul, ce qui ne serait pas sans suggérer l'idée d'un *effet atténué de l'ordre public transposé aux conflits de normes internes*. »⁵⁴⁴. Et l'auteur d'ajouter : « ce qui serait contraire au principe de laïcité tel

⁵³⁹ Pour l'État de New York, l'arrêt emblématique est celui de la Cour d'appel de New York, *Avitzur c. Avitzur*, 58 N.Y. 2d 108, 446 N.E. 2d 136, 459 N.Y.S. 2d 572 (1983) cert. Denied, 464 U.S. 817 (1983), cité par I. Stibbe, *Le divorce juif en droit international privé. Le gueth, ou la tradition à l'épreuve de la laïcité*, Éditions interuniversitaires suisses, 2005, n° 154 et s., p. 95-96.

⁵⁴⁰ SOULEAU, note sous Trib. civ. Seine, 22 févr. 1957, *Muskat c. Danan*, JCP 1957. II. 9892 : pour l'auteur, « une telle thèse ne peut être acceptée, — car elle suppose la reconnaissance du mariage religieux comme véritable acte juridique générateur d'obligations civiles, parallèle à cet autre acte juridique qu'est le mariage civil ».

⁵⁴¹ Plus généralement, sur le problème de la qualification des obligations religieuses, cf. *infra*, n° 164 et s., spéc. n° 179 et s.

⁵⁴² Plus généralement, sur les sanctions des obligations religieuses dûment contractées, cf. *infra*, n° 214 et s.

⁵⁴³ V. D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, (préf. G. CORNU), LGDJ, 1995, p. 364, note 494 : la contractualisation du *gueth* serait « une obligation purement religieuse, que le principe de laïcité interdit de sanctionner en soi ». Comp. SOULEAU, note préc. Cf. *supra*, n° 98.

⁵⁴⁴ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Études de droit des personnes et de la famille* (préf. F. TERRE), LGDJ, 2000, note n° 75, p. 419-420.

qu'il a toujours été appliqué : va-t-on déclarer la nullité des mariages catholiques au motif qu'ils sont indissolubles »⁵⁴⁵ ?

À vrai dire, l'argument fait comme si le simple fait de conclure un contrat contenant des obligations religieuses revenait à introduire tout le statut personnel hébraïque en droit privé. Or, ce résultat serait plutôt l'effet de la norme de relevance conflictuelle que celui de la norme de relevance contractuelle⁵⁴⁶. Nous reviendrons longuement sur la portée de la « clause religieuse », mais qu'on nous permette d'affirmer dès à présent que le contrat, lorsqu'il est utilisé comme norme de relevance, n'aura d'autre effet que de rendre obligatoire la stricte obligation convenue entre les parties — en l'espèce, seulement la délivrance du document convoité — sous réserve du respect de l'ordre public⁵⁴⁷. Sur ce dernier point, nous ne sachions pas que l'obligation contractuelle de remettre le *gueth* puisse être vue comme « un accord consacrant l'inégalité entre les parties et la discrimination entre les sexes. »⁵⁴⁸. L'ensemble du statut hébraïque est sans doute discriminatoire⁵⁴⁹, mais non la disposition précise qui impose au mari de délivrer le *gueth* — elle aurait plutôt vocation à contrecarrer les discriminations qui émaillent ce statut⁵⁵⁰. L'inquiétude exposée par l'auteur nous paraît en conséquence infondée ; et l'exécution forcée à délivrer le *gueth*, lorsqu'elle a fait l'objet d'une prévision contractuelle, ne devrait pas rencontrer d'obstacle en droit français.

99. En résumé. Le juge français a manifesté une certaine tendance, sans la suivre rigoureusement, à donner des effets de droit aux prescriptions religieuses dans les relations entre époux, en leur faisant suivre le cadre contractuel. De cette tendance un peu lacunaire, il est possible de conclure par le bilan que voici. D'abord, il est nécessaire que le cadre contractuel permettant l'incorporation soit respecté. Le juge ne pourra donc, sous couvert d'erreur subjective sur la qualité du conjoint, donner des effets de droit aux empêchements religieux, si l'empêchement en question ne correspond pas à la conception de l'erreur qui prévaut en droit français. Admettre le contraire reviendrait à « forcer » le cadre contractuel. Ensuite, si le cadre contractuel étatique est suffisamment souple, l'obligation religieuse pourra y être incorporée et produire les effets de droit prévus par l'ordre étatique. Ainsi, de longue date, la méconnaissance de l'engagement de se marier

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ Cf. *supra*, n° 26 et s., n° 51 et s.

⁵⁴⁷ Cf. *infra*, n° 215 et s.

⁵⁴⁸ D. GUTMANN, *op. cit.*, *ibid.*

⁵⁴⁹ Encore que bien souvent, telle disposition qui nous paraît aujourd'hui discriminatoire peut être en partie compensée par telle autre. Ainsi, s'il revient au mari de délivrer le *gueth*, l'initiative de la répudiation n'est pas laissée qu'au mari : la femme peut exiger dans certains cas d'être répudiée.

⁵⁵⁰ Rappelons qu'en droit mosaïque, l'homme peut être polygame, mais la femme ne le peut pas. L'époux pourrait donc se remarier religieusement sans avoir répudié sa femme, alors que la femme reste prisonnière des liens de son mariage, sans pouvoir refaire sa vie, sous peine d'être frappée d'ostracisme, elle et sa descendance.

religieusement a eu ses sanctions relevant du droit de la famille, qui correspondent à l'allocation de dommages-intérêts et à la résolution. On regrettera que la voie n'ait pas été suivie rigoureusement pour sanctionner le refus de délivrer le *gueth*.

La tendance du juge à rechercher le contrat qui serait à l'origine des effets juridiques à donner aux prescriptions religieuses se retrouve dans les relations parentales, au sujet de l'éducation religieuse à donner à leur enfant — et on y décèlera les mêmes imperfections.

§ 2 Les contrats parentaux relatifs à l'enfant

100. Les « contrats » d'éducation religieuse encouragés par la loi. L'éducation religieuse des enfants est traditionnellement une prérogative parentale. Dissociée de l'état des personnes pour d'évidentes raisons de laïcité du statut personnel, elle se rattache à la direction morale de la famille et est gouvernée par les dispositions relatives à l'autorité parentale. L'éducation religieuse à donner à l'enfant est donc une option que les parents, d'un commun accord, devront choisir.

En conséquence, les dispositions légales sont très peu disertes sur l'éducation religieuse des enfants ; celle-ci n'est expressément mentionnée que dans le Code de procédure civile, à l'article 1200⁵⁵¹, qui ne date que de 1980. L'accord parental est certes encouragé par la loi et par la pratique judiciaire⁵⁵², mais sa force obligatoire demeure incertaine. L'essentiel du contentieux concerne donc la rétractation d'un parent sur l'éducation religieuse de son l'enfant. Le désaccord soudain d'un parent rend-il le pacte caduc ?

101. Évolution de la matière. La résolution des désaccords, à ce sujet, prête à discussion. Jusqu'à la loi du 4 mars 2002, l'article 372-1-1 du Code civil⁵⁵³ ordonnait au juge de poursuivre la pratique antérieure ayant fait consensus, malgré l'émergence d'un désaccord parental. Son abrogation a laissé place à l'article 376-1 du Code civil, qui donne seulement au juge la faculté de poursuivre les anciens pactes parentaux relatifs à l'éducation religieuse des enfants⁵⁵⁴. L'examen

⁵⁵¹ C. proc. civ., art. 1200, issu du D. n° 81-500 du 12 mai 1981 : « Dans l'application de l'assistance éducative, il doit être tenu compte des convictions religieuses ou philosophiques du mineur et de sa famille. »

⁵⁵² Sur l'office du juge en la matière, v. par ex. F. TERRE et D. FENOUILLET, *Les personnes. Personnalité – Incapacité – Protection*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2012, 8^{ème} éd., n° 436 et s., p. 436 et s.

⁵⁵³ C. civ., anc. art. 372-1-1, al. 1^{er} : « Si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'il avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règle. »

⁵⁵⁴ C. civ., art. 376-1, issu de la L. n° 70-459 du 4 juin 1970 : « Un juge aux affaires familiales peut, quand il est appelé à statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou sur l'éducation d'un enfant mineur ou quand il décide de confier l'enfant à un tiers, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet,

de la jurisprudence judiciaire ne permet pas davantage de répondre avec certitude à la question de la force obligatoire de tels accords. Elle s'illustre par sa discontinuité, ce qui fut qualifié, en doctrine, de « cacophonie »⁵⁵⁵ jurisprudentielle.

C'est, nous semble-t-il, que les décisions publiées chevauchent plusieurs périodes, ou époques, d'une matière qui a beaucoup évolué. Qu'il nous soit permis, faute de systématique claire, d'indiquer simplement les tendances qui se sont dessinées au cours des différentes époques qui se sont succédé, pour déterminer le type d'accord parental qui servait de norme de relevance, et sa force obligatoire.

102. Trois époques. À la première époque, schématiquement située entre le Code Napoléon et les années 1960-1970, le juge tranchait le désaccord entre les parents en se référant à l'existence d'un mariage religieux. S'ils s'étaient unis *in facie Ecclesiae*, ils étaient réputés avoir consenti à élever leurs enfants dans la foi qui avait présidé à leur union **(I)**. Le deuxième temps est essentiellement une période de transition, et prépare le consensualisme explicite de l'époque que nous traversons, et qui n'est encore qu'à l'état d'ébauche. Ainsi, des années 1970 à 1990, *grosso modo*, le juge consacre la théorie des actes non-usuels : l'éducation religieuse des enfants doit avoir fait l'objet d'un consentement, si ce n'est explicite, au moins non démenti par une pratique antérieure claire **(II)**. La troisième époque, qui est la nôtre, n'existe encore qu'à l'état embryonnaire. Elle marque le règne du sur-explicite : l'éducation religieuse de l'enfant résultera probablement de la convention de divorce des parents, en cas de mariage antérieur, ou d'une convention d'éducation homologuée judiciairement ou formalisée par un notaire, lorsqu'ils se seront seulement séparés. La nature contractuelle de la norme de relevance ne ferait, demain, pas plus de doute qu'hier ; elle se calque seulement sur le contrat principal, qui, puisqu'il n'existe plus *ab initio*, est créé *ex post* au moment de la séparation **(III)**.

I. Première époque

103. L'immense portée du mariage *in facie Ecclesiae*. Lors de la première époque, aujourd'hui révolue, l'éducation religieuse à donner à l'enfant était généralement caractérisée par

à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement. » Il peut, c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu par ces pactes.

⁵⁵⁵ J. HAUSER, « Religion de l'enfant : cacophonie chez les juges du fond », *RTD civ.* 2008. 472, obs. sous Montpellier, 27 nov. 2007, *JCP G* 2008. IV. 1799.

l'existence d'un mariage célébré religieusement⁵⁵⁶. Si un tel mariage avait eu lieu, et même si l'épouse avait eu connaissance des opinions de libre penseur du mari, refuser de consentir au baptême des enfants pouvait être considéré comme une injure grave justifiant le divorce⁵⁵⁷, voire pouvait donner lieu à l'autorisation, pour la mère, de faire donner la première communion à l'enfant contre le consentement du père⁵⁵⁸. Évidemment, le choix d'une religion s'imposait à l'enfant, au tuteur, au conseil de famille, mais également à l'époux survivant⁵⁵⁹. Le consentement réputé donné par mariage religieux paraissait irréversible puisque ce qui aurait pu passer pour un acte de rétractation, le divorce, n'enlevait rien à la poursuite de l'exécution des engagements pris lors de sa conclusion.

Par sa portée, le consentement donné ressemblait assez à une option de statut personnel, d'origine contractuelle : « Cette religion d'origine n'est pas retenue comme religion contraignante mais comme religion convenue entre les époux, le plus souvent au moment du mariage [...] Ainsi, l'autonomie de la volonté est ce qui rend irrévocable, sauf nouvel accord, le premier rattachement confessionnel de l'enfant. Mais l'autonomie de la volonté, c'est encore une forme de la liberté : après avoir semblé, un instant, sacrifiée, la liberté est sauvée. »⁵⁶⁰.

C'est ce caractère irrévocable qui a conduit le doyen Carbonnier à voir dans la religion un élément de l'état des personnes, qui devait apporter la stabilité nécessaire à l'unité religieuse de la famille⁵⁶¹. Dans un tel contexte, il n'est finalement pas si étonnant qu'une proposition d'option de

⁵⁵⁶ J. CARBONNIER, note sous CA Paris, 30 avr. 1959, *D.* 1960. 673, spéc. 676 : « l'engagement, exprès ou tacite, pris par le mari envers la femme relativement à l'éducation religieuse des enfants, la première forme de l'engagement tacite étant d'avoir consenti à la célébration du mariage *in facie Ecclesiae*. »

⁵⁵⁷ Cass. req. 19 juill. 1898, *D. P.* 1898. 1. 424 ; 30 nov. 1898, *D.P.* 1899. 1. 358 ; CA Lyon 25 mars 1873, *DP* 74. 5. 445 : « Qu'en le voyant faire bénir son mariage par un prêtre catholique, la dame B. ne pouvait prévoir qu'il s'opposerait au baptême des enfants à naître ; que c'est avec raison que les premiers juges ont vu, dans le refus exprimé dans de telles circonstances, non pas seulement un déplorable abus de l'autorité paternelle, mais une violence morale envers la mère et l'oubli d'une promesse tacite, mais virtuelle, qui ont dû blesser la conscience d'une femme chrétienne dans ses sentiments les plus intimes et les plus respectables. » CA Colmar, 4 juill. 1952, *D.* 1952. 751 : « constitue une injure grave le manquement à la promesse de faire baptiser et élever dans la religion catholique l'enfant commun, alors qu'il est établi que cette promesse a été une condition *sine qua non* du mariage » ; CA Paris, 13 oct. 1959, *JCP* 1960. 11552. CA Versailles, 26 mars 1987, *Gaz. Pal.* 1987. 2. somm. p. 398 : la cour de Versailles a pu prendre en compte la faute du mari pour prononcer le divorce aux torts partagés : le mari refusait de faire baptiser sa fille alors que son fils avait reçu ce sacrement et qu'il avait accepté avant le mariage « la collaboration de l'Église pour l'éducation chrétienne de ses enfants ».

⁵⁵⁸ CA Paris, 13 déc. 1934, *DH* 1935. 138, S. 1935. 2. 168 : le juge peut « décider que l'un des enfants sera remis à la mère en vue de la première communion, et ce, malgré l'opposition du père, alors que, celui-ci avait, précédemment, autorisé un autre de ses enfants à faire sa première communion ».

⁵⁵⁹ J.-D. BREDIN, « La religion de l'enfant », *D.* 1960. 73, chron. XIII. C'est son analyse d'un ancien arrêt de La Cour de Colmar, qui avait « autrefois affirmé, en termes vigoureux, que le choix de la religion décidé par les parents s'imposait au tuteur après leur mort » : CA Colmar, 19 nov. 1957, *DP* 1959. 2. 36.

⁵⁶⁰ J. CARBONNIER, note sous Trib. civ. Briançon, 6 janv. 1948, *D.* 1948. 579.

⁵⁶¹ *Ibid.* Pour l'auteur, l'unité religieuse de la famille est un objectif à préserver ; la seule restriction de l'abus de droit (d'autorité parentale) ne suffit pas à atteindre cet objectif : « Même avec la restriction acceptée par le tribunal pour le cas d'abus du droit, on aurait peine à concevoir la vie d'une famille où deux prosélytismes en sens contraire pourraient licitement se déchaîner autour de l'enfant. »

statut personnel catholique ait été proposée, par les frères Mazeaud, malgré le peu de succès qu'on lui connaît : c'est que la proposition venait à la fin de la période décrite⁵⁶².

104. L'unité religieuse de la famille. Aujourd'hui, l'idée de faire de la religion un élément de l'état des personnes paraît choquante parce qu'elle produirait les effets d'une règle de conflit interne de lois. À l'époque, cependant, elle correspondait assez bien à l'idée qu'on se faisait de la famille. Véritable petit ordre juridique fonctionnant en vase clos⁵⁶³, la famille naissait par le mariage, avait à sa tête le *paterfamilias*, la femme mariée était une incapable civile. Les règles de droit international privé suivaient cette conception du mariage : la loi du mariage attirait dans son orbite toutes les conséquences qu'on lui prêtait — filiation, nationalité de la femme mariée, localisation du logement familial, divorce...

Dans cette conception, il n'était guère étonnant que le choix d'une célébration religieuse du mariage impliquât le choix de la religion des enfants. Le consentement, donné une fois, n'avait pas besoin d'être réitéré. En outre, c'était l'époque où les tribunaux admettaient la nullité du mariage civil par complaisance envers l'ordre juridique catholique, alors que la sanction du divorce fautif pour injure grave existait déjà. Bref, à cette époque, le juge semblait n'éprouver aucune difficulté à voir une espèce de statut personnel catholique introduit par un mariage célébré *in facie Ecclesiae*. L'application du droit religieux suivait l'institution du mariage : subjective ou contractuelle dans sa source, elle devenait objective ou institutionnelle dans ses effets.

105. Force obligatoire de l'accord. Dans cet ordre des choses, la rupture par l'un des époux de l'unité religieuse de la famille devait être évitée, et le juge pouvait ordonner la poursuite de l'éducation religieuse initialement convenue entre les époux⁵⁶⁴.

⁵⁶² Cf. *infra*, n° 368 et s.

⁵⁶³ Sur l'assimilation de la famille à un ordre juridique, v. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque », 2002 (1^{ère} éd. 1975), trad. GOTHOT et FRANÇOIS, préf. FRANCESCAKIS, § 18, p. 48 et s. V. également H. BATIFFOL, Préface à : I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1977, p. VI.

⁵⁶⁴ Trib. civ. Briançon, 6 janv. 1948, *D.* 1948. 579, note J. CARBONNIER : « Attendu que si d'une manière générale [...] chacun des époux de foi différente dispose de droits égaux quant à la direction spirituelle de l'enfant, en ce sens que seul l'abus de ces droits peut constituer une infraction aux devoirs et obligations du mariage quant aux rapports des époux entre eux, néanmoins, en la circonstance, le fait par un père, catholique, de s'opposer à ce qu'il soit donné à son fils une formation protestante, est parfaitement légitime, alors que les époux se sont mariés tous deux dans la foi catholique, et que la mère s'est seule convertie au protestantisme au cours du mariage. » Cependant, le doyen Carbonnier doutait de la force exécutoire de l'accord primordial du mariage. Tout en citant des arrêts où une exécution forcée a pu être ordonnée, il était d'avis que « si de tels accords sont sanctionnés par les tribunaux, c'est uniquement en ce sens que leur violation sera réputée injure grave, cause de divorce. Il est très douteux que la femme puisse en exiger l'exécution directe, contraindre la puissance paternelle à s'y plier » : v. J. CARBONNIER, note sous CA Paris, 30 avr. 1959, *D.* 1960. 673, spéc. 676.

Mai 1968 mettra un terme à la première époque, en introduisant l'égalité dans les rapports familiaux. Ce sera la deuxième époque.

II. Deuxième époque

106. Remplacement de l'ancienne norme de relevance. La deuxième époque est issue de la réforme du droit de la famille des années 1970 et perdure encore. L'essentiel des textes de droit positif ont été élaborés à cette période, qui a partagé l'autorité du *paterfamilias* à égalité entre le père et la mère. C'est l'avènement de la « co-parentalité ». Le « vase clos » de l'ordre familial s'ouvre au juge, qui doit s'assurer de l'égale répartition de l'autorité entre les parents. Les divorces sont facilités et fréquents ; les mariages civils, plus rares, ont rendu les mariages religieux au moins aussi rares dans les familles catholiques.

L'éducation religieuse de l'enfant n'est plus la suite logique d'un statut personnel religieux inavoué, mais est explicitement conçue comme le prolongement de la liberté religieuse des parents⁵⁶⁵. L'éducation religieuse perd son ancienne composante objective pour devenir un choix censé être le résultat de deux libertés religieuses accordées : on voit poindre les complications.

De la sorte, le mariage *in facie Ecclesiae* ne peut plus jouer son rôle de norme de relevance. Contrairement à la première époque, le consentement donné au départ ne suffit plus, puisque, par hypothèse, cet accord primitif, le mariage, fait plus fréquemment défaut. Le juge devra lui substituer un autre accord parental.

107. La théorie des actes usuels. Reflétant à merveille la conception renouvelée de l'autorité parentale, partagée à égalité entre les père et mère, la jurisprudence a développé la théorie des actes usuels. D'après une lecture *a contrario* de l'article 372-2 du Code civil⁵⁶⁶, les actes dits « non-usuels » nécessitent le consentement clair des deux parents. L'éducation religieuse en fait partie. La

⁵⁶⁵ Conv. EDH, art. 2 du Prot. add. n° 1 : « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »

⁵⁶⁶ C. civ., art. 372-2, issu de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 : « A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des époux est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. »

jurisprudence, abondante au sujet du baptême de l'enfant⁵⁶⁷ et de la circoncision⁵⁶⁸, plus lacunaire au sujet de la bar mitsva⁵⁶⁹, indique que le consentement n'est plus donné par le seul mariage, il doit être réitéré pour chaque nouvelle étape de l'éducation religieuse de l'enfant, « sauf s'il ne s'agit que de la répétition d'actes à propos desquels les père et mère ont préalablement manifesté leur accord. »⁵⁷⁰.

Lors de la deuxième époque, l'accord des parents est réputé conclu lorsqu'ils se sont conformés à une pratique religieuse stable⁵⁷¹. Ainsi, la directive donnée par l'article 373-2-11 du Code civil fait de la pratique stable un équivalent aux accords passés entre les parents⁵⁷², ce qui se prête, une nouvelle fois, à l'analyse contractuelle.

108. Force obligatoire. Comme la poursuite de la pratique religieuse est réputée être la plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge, lors de la deuxième époque, en ordonne généralement la poursuite, ce qui confère à cet ancien accord parental une force obligatoire indéniable. Ainsi, « l'idée est qu'il vaut mieux restreindre la liberté de conscience d'un parent au profit d'un consensus ancien, plutôt que de contraindre celle de l'autre pour parvenir à une situation qui n'a jamais fait consensus. »⁵⁷³.

⁵⁶⁷ Par ex., CA Amiens, 23 sept. 2009, *JurisData* n° 2009-12868 : le père est débouté de sa demande d'autoriser le baptême de son enfant. *Contra* : CA Paris, 22 janv. 2009, *JurisData* n° 2009-019962 : la cour d'appel autorise la mère à faire baptiser l'enfant parce que le père ne justifie pas d'un motif légitime pour s'y opposer. Cet arrêt mérite l'attention parce que les parents n'étaient pas mariés, et ne se sont jamais mariés, vivant séparés peu de temps après la naissance de l'enfant. Le baptême n'est donc pas même autorisé suivant un mariage religieux.

⁵⁶⁸ Au sujet de la circoncision : TGI Paris, 6 juin 1973, *Gaz. Pal.* 1974, 1, 299, note BARBIER ; Cass. civ. 1^{ère}, 26 janv. 1994, *D.* 1995, p. 226, note C. CHOAN ; CA Paris, 29 juin 2000, *D.* 2001. 1585, note C. DUVERT ; CA Lyon, 25 juill. 2007, *JCP G* 2008, IV, 1028, *RTD civ.* 2008. 99, chron. J. HAUSER, exigeant en outre le consentement de l'enfant à la circoncision.

⁵⁶⁹ V. cependant, CA Nîmes, 20 juin 2012, n° 10/02716 : d'après les termes de la Cour d'appel, la mère avait certes accepté que l'enfant reçoive une éducation religieuse, mais « cet accord ne concernait que la participation à une éducation religieuse non nécessairement suivie d'un engagement suffisamment important et sérieux pour entraîner la conversion à cette religion » ; or, d'après l'analyse de la Cour, la *bar-mitsva* organisée lors d'un voyage touristique en Israël contrevenait à la portée de l'accord parental.

⁵⁷⁰ Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2014, 2^{ème} éd., coll. « Précis », n° 721, p. 459.

⁵⁷¹ Pratique antérieure : CA Paris, 12 juin 2003, *JurisData* n° 2003-218196 : « il convient de maintenir les enfants dans le même établissement scolaire, une école privée catholique qui avait été choisie par les deux parents au temps de la vie commune. La demande de transfert des enfants dans un établissement laïc, sollicitée par le père au motif de confessions différentes, doit être rejetée afin d'éviter un changement aux enfants déjà perturbés par la séparation des parents. » Également, CA Paris, 7 sept. 1994, *JurisData* n° 1994-023218 : « il y a lieu d'autoriser la mère à inscrire l'enfant dans une école judaïque, correspondant à la pratique religieuse des deux parents, l'opposition du père, lui-même fidèle assidu de cette religion, ne se justifiant pas. »

⁵⁷² C. civ., art. 373-2-11 : « Lorsqu'il [le juge] se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération : 1° La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure. »

⁵⁷³ G. MAUGAIN, « Le juge, le droit de la famille et la religion », *JCP G* 2019, n° 1-2, doctr. p. 31.

Toutefois, l'éducation religieuse de l'enfant étant conçue, à cette période, comme le prolongement de la liberté religieuse des parents, elle est susceptible de changements, dès lors que la pratique religieuse des parents est susceptible d'évolution. On devine la suite : le consentement parental devra être réitéré pour chaque enfant, voire pour chaque nouveauté dans l'éducation religieuse, ce qui amène à un autre type d'accord, plus explicite, qui sera le propre de la troisième époque.

III. Troisième époque

109. L'éclosion de conventions parentales notariées ou judiciaires. Dans la troisième époque, qui n'est encore qu'en germe dans notre droit, le couple perd sa force structurante de naguère : le centre de gravité de la famille est désormais l'enfant. À cette réorganisation s'ajoute l'influence du règne de l'explicite : la famille devient le lieu de prolifération des conventions parentales écrites.

L'ancien article 372-1-1 du Code civil, qui présumait que la pratique antérieure des parents était conforme à l'intérêt de l'enfant, a été abrogé par la loi du 4 mars 2002⁵⁷⁴. La disposition qui le remplace, l'article 376-1⁵⁷⁵, ne contraint plus le juge à poursuivre l'exécution de cet accord : c'est devenu, pour lui, une simple faculté. N'étant plus lié par ce type d'accord parental, le juge pourra trouver, une nouvelle fois, un accord parental plus conforme à l'esprit du temps.

C'est ainsi qu'une nouvelle forme contractuelle a été imaginée, qui semble avoir trouvé son support idéal dans les conventions notariées ou homologuées par le juge. L'article 372-2-7 du Code civil, issu de la loi précitée, autorise désormais les parents à faire homologuer judiciairement une convention réglant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale⁵⁷⁶. Avertissons cependant que cette nouvelle norme de relevance n'a encore qu'une assise relativement faible dans notre droit : la jurisprudence s'est encore assez peu prononcée sur l'effet de la rétractation d'un parent

⁵⁷⁴ C. civ., anc. art. 372-1-1, al. 1^{er}, abrogé par la L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 : « Si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'il avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règle. »

⁵⁷⁵ C. civ., art. 376-1 : « Un juge aux affaires familiales peut, quand il est appelé à statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou sur l'éducation d'un enfant mineur ou quand il décide de confier l'enfant à un tiers, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement. » Il *peut*, c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu par ces pactes.

⁵⁷⁶ C. civ., art. 372-2-7 : « Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement. »

relativement à l'éducation religieuse de l'enfant⁵⁷⁷. Pour l'essentiel, les tendances qui seront décrites correspondent à une étude de droit prospectif⁵⁷⁸.

110. Réforme de l'autorité parentale. *De lege ferenda*, donc, la pratique qui a commencé à se développer, et qui consiste à formaliser par écrit les aménagements de l'éducation religieuse à donner à l'enfant en les intégrant dans une convention⁵⁷⁹, pourrait se généraliser. La loi s'apprêtait à prendre le relais de cette pratique, proposant un cadre à ce que la doctrine appelle un « mandat d'éducation quotidienne »⁵⁸⁰. Cette réforme, à l'ordre du jour en 2014, n'a pas abouti. Pourtant, elle donne des indications d'une grande clarté sur les perspectives d'avenir⁵⁸¹, c'est pourquoi nous

⁵⁷⁷ Soulignons que ce genre de convention serait dépourvue de validité si elle était conclue au moment du mariage. Ainsi, s'il est arrivé, au début des années 1990, que des juges du fond soient tout à fait hostiles à faire produire des effets de droit à une convention organisant l'éducation religieuse des enfants, il faut remarquer que ladite convention avait été conclue au moment du mariage, et avant la naissance des enfants : CA Montpellier, 29 juin 1992, *RTD civ.* 1992. 751, J. HAUSER. Cet arrêt doit donc être compris comme l'abandon de l'accord résultant du mariage *in facie Ecclesiae*.

⁵⁷⁸ Sur ce genre de convention, v. par ex. F. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ/ Lextenso, 2020, 7^{ème} éd., n° 1472, p. 812 ; V. EGEA, *Droit de la famille*, Paris, LexisNexis, 2016, n° 1241, p. 575.

⁵⁷⁹ Le premier arrêt rencontré date de la fin des années 1980 : TI Sarrebourg, 12 nov. 1988, *JCP N* 1989, p. 213, note T. FOSSIER. Dans cette affaire, qui opposait la mère catholique de deux enfants à leur père devenu un adepte des Témoins de Jéhovah, les conjoints étaient parvenus à un accord, aux termes duquel la mère s'engageait à ne plus emmener ses enfants à l'église, le père de son côté ne devant plus faire participer les enfants aux activités des Témoins de Jéhovah. Également, CA Pau, 22 mai 2007, *JurisData* n° 2007-345532 : « La mère s'étant engagée sur l'honneur à ne mettre aucun obstacle à ce que son fils soit élevé selon les préceptes de la religion catholique dont le père est adepte, ne s'engage pas pour autant à se charger personnellement et de façon active de l'éducation de l'enfant dans une religion qui lui est totalement étrangère. Elle ne méconnaît donc pas son engagement moral en en posant comme condition que ce soit le père qui se charge de cet enseignement religieux et qu'il fasse le nécessaire à cette fin lors de l'exercice de son droit de visite et d'hébergement » ; CA Rennes, 10 mai 2007, n° 05/08505 : dans cette décision, la mère s'était engagée dans la convention de divorce « à respecter la liberté religieuse et de culte de l'enfant en ne l'obligeant pas à se rendre aux réunions des Témoins de Jéhovah si celle-ci n'en manifeste pas la volonté. » Telle est également l'analyse de F. BOULANGER, « Autorité parentale et formation religieuse des mineurs (essai comparatif) », *Dr. fam.* 2013, n° 11, étude 14 : l'auteur voit un mouvement jurisprudentiel favorable à ce genre de conventions écrites.

⁵⁸⁰ Ch. MASSON, « L'ordre public familial en péril ? », *RTD civ.* 2018. 809, n° 11 : « Le mouvement de contractualisation de l'autorité parentale pourrait marquer un pas supplémentaire, si le législateur décidait demain de consacrer le "mandat d'éducation quotidienne" qu'une partie de la doctrine appelle de ses vœux ; par là, il s'agirait de pallier le défaut de statut juridique des beaux-parents. Il existe aujourd'hui une possibilité pour les père et mère de saisir le juge en vue de déléguer l'exercice de l'autorité parentale à un tiers, "membre de la famille, proche digne de confiance ou établissement agréé" (C. civ., art. 377), mais aucune convention ne peut être conclue sur ce point, partant la volonté parentale est réduite à peau de chagrin. Il en irait autrement avec le mandat susvisé. Par acte authentique ou sous seing privé, un parent pourrait, avec l'accord de l'autre, mandater le beau-père ou la belle-mère de l'enfant, afin qu'il ou elle puisse accomplir certains actes usuels relevant de l'autorité parentale. Sans doute le mandat devrait-il être homologué judiciairement pour être efficace ; il reste que la marge de manœuvre laissée à la volonté parentale quant à l'étendue des pouvoirs du mandataire serait considérable, le juge se contentant d'intervenir *ex post facto* pour apposer le libellé étatique. »

⁵⁸¹ La proposition de L. n° 1856 et n° 1925 du 27 juin 2014 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, contient un article 4, qui propose une modification des articles 372-1 et 372-1-1 du Code civil. Aux termes du premier de ces textes, art. 372-1 nouveau : « Tout acte de l'autorité parentale, qu'il ait un caractère usuel ou important, requiert l'accord de chacun des parents lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale. Cet accord n'est pas présumé pour les actes importants. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales, en référant le cas échéant. Le juge statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant et en prenant en considération les éléments mentionnés à l'article 373-2-11.

Constitue un acte important l'acte qui rompt avec le passé et engage l'avenir de l'enfant ou qui touche à ses droits fondamentaux. »

prendrons appui sur les innovations de cette proposition de loi et celles de la doctrine, pour exposer la physionomie que prendra probablement la norme de relevance en la matière.

Pour l'ensemble, la proposition de loi insiste sur le consentement des deux parents à tout acte intéressant l'enfant. Le choix de l'école fait l'objet d'une disposition à part : il ne peut plus résulter que d'un accord commun explicite des parents ; la pratique antérieure paraît impropre à se substituer à cet accord⁵⁸². Tout ce qui touche aux droits fondamentaux de l'enfant — et la liberté religieuse semble être visée au premier chef — est un acte important requérant le consentement explicite des deux parents⁵⁸³. Surtout, une disposition attire spécialement l'attention : en l'absence d'accord des parents sur le choix d'un établissement privé confessionnel, le juge placera l'enfant dans une école publique laïque⁵⁸⁴, ce qui, jadis, avait fait l'objet de critiques sévères en doctrine⁵⁸⁵.

111. La recherche judiciaire de l'intérêt de l'enfant. Dans l'esprit des conventions notariées ou judiciairement homologuées, l'accord parental ne sera encore qu'à l'état d'ébauche tant qu'il n'aura pas été enregistré par acte authentique ou fait l'objet d'une homologation judiciaire. Si le juge intervient, c'est à lui que reviendra le soin de valider l'accord en le déclarant conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Toute la nouveauté d'un tel dispositif consiste dans le fait que la

Aux termes du second, art. 372-1-1 nouveau : « Le changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités de résidence de l'enfant ou le droit de visite de l'autre parent, et le changement d'établissement scolaire sont des actes importants. »

⁵⁸² Art. 372-1-1, al. 1^{er} (nouveau) préc.

⁵⁸³ Art. 372-1, al. 2 (nouveau) préc.

⁵⁸⁴ Proposition de L. n° 1856 et n° 1925 du 27 juin 2014 préc., visant à introduire un article L. 131-13 dans le Code de l'éducation : « L'inscription d'un enfant soumis à l'obligation scolaire dans un établissement d'enseignement public ou privé ou la déclaration faite au maire de la commune de résidence qu'il lui est donné l'instruction dans la famille doit être effectuée d'un commun accord par chacun des parents exerçant l'autorité parentale.

Le premier alinéa s'applique en cas de changement de résidence ou de choix d'instruction.

À défaut d'accord entre les deux parents intervenu avant la rentrée scolaire ou dans les huit jours qui suivent tout changement de résidence, *l'enfant est scolarisé dans l'établissement d'enseignement public* dont dépend le domicile où il réside majoritairement ou, lorsque sa résidence est partagée à égalité entre les domiciles de chacun de ses parents, dans l'établissement d'enseignement public le plus facilement accessible à partir des deux domiciles. » (nous soulignons).

⁵⁸⁵ Par exemple, Carbonnier avait souligné que ce choix avait été fait, avant la France, par l'ex-URSS, et que ce choix neutre en apparence, ne l'est pas en réalité, puisqu'il prépare l'enfant à une doctrine particulière, celle de l'irréligion : J. CARBONNIER, obs. sous Trib. Civ. Briançon, 6 janv. 1948, *D.* 1948. 579 : « Le code civil soviétique de 1923 (art. 148, al. 2) avait sa solution : faute d'accord entre les parents, le mineur devait être considéré comme n'appartenant à aucune confession. Ce système de la table d'attente est peut-être le plus respectueux de la conscience de l'enfant. » Mais, poursuit-il, « le droit français, plus romain que d'autres [...] ne s'est jamais inquiété de reconnaître à l'enfant, si proche qu'il fût de sa majorité, une liberté religieuse personnelle ; de sorte que la solution soviétique risquerait d'apparaître chez nous comme un choix exercé en faveur d'une troisième religion — irréligion, en l'occurrence — qui, n'étant ni celle du père ni celle de la mère, mais bien celle de l'État, n'avait aucun titre à être choisie. » Il le montre lui-même : la solution en l'absence de consensus parental, c'est la laïcité, qu'il considère chargée idéologiquement autant qu'une religion, puisqu'il parle d'une « troisième religion ». Également, J.-D. BREDIN, « La religion de l'enfant », *D.* 1960. 73, Chron. XIII : cette absence de choix ne serait qu'un leurre, car « sous prétexte de garantir sa liberté, cette solution choisit pour lui l'irréligion ».

convention n'est pas présumée conforme à l'intérêt de l'enfant⁵⁸⁶. C'est même plutôt l'inverse qui semble se dessiner : l'intérêt de l'enfant paraît si peu présumé, dans les conventions parentales, que le juge doit le vérifier spécialement dans chaque cas, avant d'homologuer l'accord.

Cette perspective nouvelle résulte d'un changement dans le titulaire de la liberté religieuse. Le véritable titulaire de la liberté religieuse serait l'enfant, non les parents⁵⁸⁷. C'est en ce sens qu'allait la réforme de l'autorité parentale proposée en 2014, qui consacrait les droits fondamentaux de l'enfant⁵⁸⁸ ; c'est ce que pose la Convention de New York depuis qu'elle existe⁵⁸⁹, et c'est encore ce que soutient la Cour européenne des droits de l'homme depuis plusieurs dizaines d'années⁵⁹⁰.

Or, comment le juge peut-il apprécier l'intérêt de l'enfant ? Une voie consisterait à entendre l'avis de l'enfant⁵⁹¹, et à modifier la convention en fonction de l'opinion religieuse qu'il

⁵⁸⁶ J. CARBONNIER, note sous TGI Versailles 24 sept. 1962, *D.* 1963. 52, spéc. 54 : « il y a une injure gratuite à présumer que des parents, en s'occupant de leur enfant, n'ont pas envisagé son intérêt ; seulement, par hypothèse, ils ne l'ont pas envisagé de la même manière que les juges [...] L'intérêt étant multiforme et certaines de ses formes impalpables (l'intérêt moral, l'intérêt futur, l'intérêt familial...), chacun, de très bonne foi, peut s'en faire du dehors une conception différente et la notion est finalement trop vague pour fournir un principe objectif de solution. »

⁵⁸⁷ Encore qu'une telle consécration n'a pas encore vu le jour dans le droit positif. Rappelons que dans le Code civil, la direction morale de la famille incombe aux parents, au même titre que la direction matérielle : en ce sens, C. civ., art. 213. Ce qui suppose que les parents aient toujours le droit de déterminer la religion de leur enfant : DUDH, art. 26, al. 3, et Conv. EDH, art. 2, Prot. add. n° 1. L'enfant, jusqu'à sa majorité civile, restera à cet égard sous l'autorité de ses parents. Contrairement à d'autres États (C. civ. suisse, art. 277, fixe la majorité religieuse à 16 ans ; le droit allemand, par une L. du 15 juill. 1921, l'accordait à 14 ans) la France ne donne pas de majorité religieuse aux mineurs, même lorsqu'ils sont très proches de leurs dix-huit ans : ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, n° 89-20.878, obs. J. HAUSER, « Adhésion à une secte et autorité parentale », *RTD civ.* 1992. 75 ; *D.* 1991. 521, obs. Ph. MALAURIE, au sujet d'une jeune fille de seize ans, voulant quitter la religion catholique pour adopter celle de son père par le baptême des Témoins de Jéhovah. Notons que ce ne fut pas toujours le cas : par sa déclaration du 14 oct. 1665, Louis XIV avait prescrit que les enfants des protestants pourraient, s'ils le désiraient, se convertir au catholicisme, les garçons à 14 ans, les filles à 12 ans ; et ils pouvaient demander pour ce faire, de quitter le foyer, et recevoir une pension de leurs père et mère : v. J. CARBONNIER, note sous TGI Versailles, 24 sept. 1962, *D.* 1963. 52, spéc. 55. Traditionnellement, donc, le droit français ne reconnaît ni majorité religieuse, ni âge de discernement à partir duquel l'enfant pourrait librement développer ses sentiments religieux : en ce sens, E. MICHELET, « L'intervention du juge dans les conflits familiaux en matière de vocation religieuse », *D.* 1971. 233.

⁵⁸⁸ Proposition de L. n° 1856 et n° 1925 du 27 juin 2014 préc., art. 372-1, al. 2 (nouveau), préc.

⁵⁸⁹ CIDE, art. 14 : « 1. Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion. 2. Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités. » En ce sens, F. BOULANGER, « Autorité parentale et formation religieuse des mineurs (essai comparatif) », *Dr. fam.* 2013, n° 11, étude 14.

⁵⁹⁰ V. Cour EDH, 7 déc. 1976, req. n° 5095/71, 5920/72 et 5926/72, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, *GACEDH*, n° 56 : il faut « lire les deux phrases du protocole additionnel n°1 à la lumière [...] des articles 8, 9 et 10, qui proclament le droit de toute personne [...] y compris [...] les enfants [...] à la liberté de pensée, de conscience et de religion ».

⁵⁹¹ En ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 23 sept. 2015, n° 14-23724 : « Mais attendu qu'après avoir exactement rappelé [...] que le conflit d'autorité parentale relatif au baptême des enfants devait être tranché en fonction du seul intérêt de ces derniers, la cour d'appel a relevé [...] d'une part que les enfants, âgés de 6 et 7 ans, ne souhaitaient pas être baptisés car ils ne comprenaient pas le sens de cette démarche, d'autre part, qu'ils ne souhaitaient pas, en l'état, revoir leur père, dont les droits de visite avaient été suspendus en raison de son comportement menaçant et violent ; qu'elle en a souverainement déduit, sans méconnaître la liberté de conscience du père, qu'en l'état du refus de la mère, la demande de ce dernier, qui n'était pas guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant, devait être rejetée. »

aura exprimée. Parole de l'enfant contre accord parental⁵⁹². Ainsi, sauf à ce que l'accord soit déclaré conforme à l'intérêt de l'enfant par le juge, les conventions conclues entre les parents seront privées de leur force obligatoire. Telle sera la nouvelle époque.

L'acte en question se prête-t-il encore à l'analyse contractuelle ? Les réflexions de Mme Anne-Marie Leroyer vont dans le sens d'une réponse affirmative⁵⁹³ : un tel contrat ferait revivre la théorie des *pacta vestita*, qui renvoie à la doctrine anti-consensualiste du XIX^{ème} siècle, en vertu de laquelle « seul engage un pacte vêtu soit par une certaine forme, soit par une certaine cause »⁵⁹⁴. C'est donc dans l'existence d' « éléments extérieurs »⁵⁹⁵ que le pacte puiserait sa force obligatoire, et non dans la seule rencontre des volontés. Transposée à la convention parentale judiciairement homologuée, la forme que devrait revêtir un tel pacte serait l'homologation judiciaire ; la cause, quant à elle, serait caractérisée par la conformité du pacte à l'intérêt de l'enfant : dans cette conception, l'intérêt de l'enfant devient « à la fois la cause subjective du contrat, mais aussi sa cause efficiente »⁵⁹⁶.

112. Force super-obligatoire. L'intervention d'une tierce partie à la conclusion du contrat, le juge ou le notaire, ne sera pas sans conséquence sur le plan de l'exécution de l'obligation⁵⁹⁷. En effet, l'exécution dont il est question ressemblera bien davantage à l'exécution

⁵⁹² F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris, Lexis Nexis, 2013, 2^{ème} éd., n° 1649, p. 1031 : « la nécessité de tenir compte de l'opinion de l'enfant en fonction de son degré de maturité permet de penser que les juges ne feront plus systématiquement le choix de la stabilité religieuse à l'avenir. *Contra*, Cass. civ. 2^{ème}, 5 juin 1991, *RTD civ.* 1991. 522, obs. D. HUET-WEILLER : cas d'un enfant de 12 ans ayant exprimé la préférence de vivre chez sa mère, qui vivait elle-même au sein de la communauté du Grand-Logis (Mouvement du Graal), et pour qui le juge a finalement fixé la résidence chez le père. *Comp.* L. LEVENEUR, « Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant ? », in *L'autorité parentale en question* (dir. F. DEKEUWER-DESFOSSÉZ et Ch. CHOAIN), Villeneuve-d'Ascq, Septentrion Presses universitaires, 2003, p. 43 et s., spéc. p. 65.

⁵⁹³ A.-M. LEROYER, « Autorité parentale et contrat », in *La contractualisation du droit de la famille* (dir. D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIERES), Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2001, p. 153 et s.

⁵⁹⁴ A.-M. LEROYER, art. préc., spéc. p. 165-166 : « Il est traditionnel d'affirmer que les pactes relatifs à l'autorité parentale n'ont pas la force obligatoire des conventions ordinaires, parce que la volonté des parties est à elle seule impuissante à les faire naître. Dans cette acception, le pacte est distingué du contrat, dès lors qu'il n'est pas possible d'admettre une "contractualisation" de l'autorité parentale. Toutefois, cette analyse participe de la conception classique de la force obligatoire du contrat : celle selon laquelle le contrat tire sa force obligatoire de la volonté des parties. Or, cette conception a été renouvelée et certains auteurs ont fait valoir que le contrat pouvait tirer sa force obligatoire d'éléments qui lui sont extérieurs. Les pactes portant sur l'autorité parentale pourraient très bien prendre place dans cette nouvelle acception du contrat et contribuer au renouveau des fondements de la force obligatoire des contrats [...] Seul le pacte vêtu [à la différence de ce que l'auteur appelle le pacte nu, purement consensuel, N.D.L.R.], soit en raison de sa forme (juridictionnelle) soit en raison de sa cause (l'intérêt de l'enfant) donne naissance à un engagement juridiquement sanctionné. »

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 168-169 : « la cause étant la raison justificative de la reconnaissance juridique de l'obligation. En matière d'autorité parentale, cette raison justificative, objective parce qu'indépendante de la volonté des parents, est l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant est à la fois la cause subjective du contrat, mais aussi sa cause efficiente ».

⁵⁹⁷ *Ibid.* : « Dans un système de *pacta vestita*, le juge doit rechercher l'existence des éléments efficaces qui donnent au contrat sa force obligatoire. Or, en droit positif, une fois que l'intérêt de l'enfant est constaté, le pacte a pleine force obligatoire et les parents peuvent en demander l'exécution forcée. Par ailleurs, parce que la cause efficiente des pactes

d'une décision de justice qu'à l'obligation d'exécuter un engagement contractuel. Les pactes conjugaux, judiciaires ou notariés, ont depuis fort peu de temps une force obligatoire inconnue jusqu'alors en ce qui concerne les obligations personnelles : l'exécution de ce pacte parental peut désormais être forcée par le concours de la force publique⁵⁹⁸ — et l'astreinte, cette fois, n'est pas oubliée⁵⁹⁹. Qu'elle paraît lointaine, l'époque où les engagements concernant les obligations religieuses se résolvaient seulement en dommages-intérêts !

113. En résumé. Lorsque, dans les relations parents-enfant, il est question d'accueillir la normativité religieuse, cet accueil se fait, depuis le Code Napoléon à nos jours, par la voie contractuelle, entendue dans un sens large. La première époque s'étend du Code Napoléon à la réforme de l'autorité parentale, intervenue dans les années 1970. À cette époque, le mariage célébré religieusement valait consentement des époux à élever leurs enfants à venir dans la religion initialement choisie. La deuxième époque est celle d'une première mutation de la famille : du mot du doyen Cornu, elle cesse d'être une monarchie et se mue en une dyarchie⁶⁰⁰. En conséquence, l'autorité parentale se partage à égalité entre le père et la mère. L'intégration de la normativité religieuse au sein de la famille est conçue comme le prolongement de la liberté religieuse des deux parents ; le type de contrat par lequel les prescriptions religieuses se font une place en droit de la famille se ressent de ce changement. Le consentement ne peut plus être donné une fois pour toutes au moment de la célébration du mariage ; il doit être réitéré, même implicitement, par le suivi d'une pratique religieuse. Cette deuxième époque est aujourd'hui en train de s'achever, et nous nous acheminons désormais vers la troisième, dans laquelle la famille se restructure autour de l'enfant,

n'est pas la seule volonté des parties, il n'est pas concevable que la sanction de leur inexécution relève de la justice privée. C'est pourquoi l'exception d'inexécution ou bien une action en dommages-intérêts pour responsabilité contractuelle ne sont guère concevables. En revanche, lorsque l'intérêt de l'enfant n'apparaît plus, le pacte dépourvu de cause perd sa force obligatoire et la révocation du consentement est alors admise. Les *pacta nuda* sont révocables. Pour éviter une révocation *ad nutum*, le législateur a exigé que le juge contrôle la gravité des motifs de la révocation. Il peut même passer outre la révocation s'il estime que l'intérêt de l'enfant l'exige. »

⁵⁹⁸ L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, modifiant l'art. 373-2 du Code civil, en y insérant un alinéa 2 : « A cette fin, à titre exceptionnel, à la demande de la personne directement intéressée ou du juge aux affaires familiales, le procureur de la République peut requérir le concours de la force publique pour faire exécuter une décision du juge aux affaires familiales, une convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire ou une convention homologuée fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale. »

⁵⁹⁹ L. préc., complétant l'art. 373-2-6 : « Il peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision. Si les circonstances en font apparaître la nécessité, il peut assortir d'une astreinte la décision rendue par un autre juge ainsi que l'accord parental constaté dans la convention de divorce par consentement mutuel. Les dispositions des articles L. 131-2 à L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution sont applicables.

Il peut également, lorsqu'un parent fait délibérément obstacle de façon grave ou renouvelée à l'exécution d'une décision, d'une convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire ou d'une convention homologuée fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le condamner au paiement d'une amende civile d'un montant qui ne peut excéder 10 000 €. »

⁶⁰⁰ G. CORNU, *La rénovation du Code civil*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables » (préf. Y. LEQUETTE), 2017.

désormais titulaire de liberté religieuse. L'accord par lequel l'enfant recevra une éducation religieuse subira encore une modification, pour refléter au mieux ce changement. Le juge, et peut-être le notaire, auront certainement un rôle de premier plan : ils devront s'assurer du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui les fait participer à cet accord.

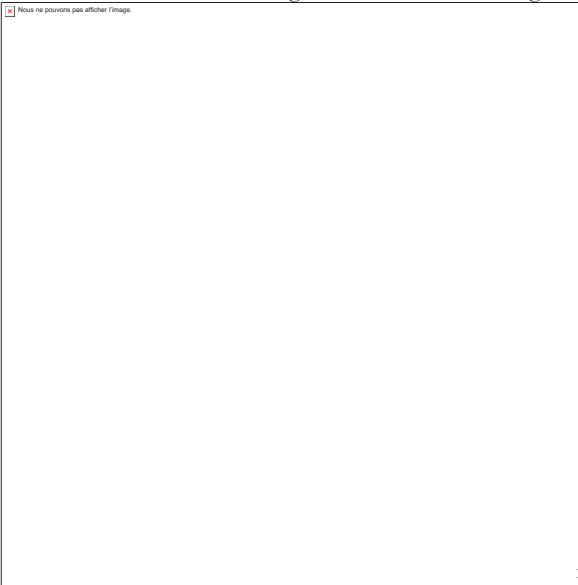
Conclusion de la section 2

114. Utilisation généralisée du contrat *lato sensu*. L'examen de la jurisprudence indique que le contrat se prête tout à fait à l'incorporation de prescriptions religieuses en droit de la famille. Dans les relations conjugales, d'abord, un époux peut être sanctionné s'il refuse de se prêter à la célébration religieuse du mariage, s'il s'est marié au mépris d'un empêchement religieux à mariage, comme son état de prêtre ou de divorcé, ou s'il refuse de donner le *gueth* à son ex-épouse. Toutefois, pour que ces prescriptions religieuses acquièrent un caractère obligatoire, il est indispensable qu'elles aient préalablement fait l'objet d'un accord entre les époux. La même observation peut être faite à l'égard des relations parents-enfants. L'essentiel du contentieux en la matière concerne l'éducation religieuse à donner à l'enfant : celle-ci peut être décidée par la conclusion d'un accord. Toutefois, ce domaine du droit de la famille a connu de profondes évolutions, du Code Napoléon à nos jours, ce qui a pu influencer la forme de l'accord, et les parties à celui-ci. Très schématiquement, résumons par la tendance que voici : à l'époque du Code Napoléon, les époux étaient réputés consentir à un type d'éducation religieuse en contractant un mariage religieux ; aujourd'hui, l'enfant est devenu une partie de cet accord, représenté par le juge, qui appréciera, dans la conclusion de l'acte, la conformité de celui-ci à son intérêt supérieur. Les modifications profondes des relations parents-enfants n'ont pas changé la nature contractuelle de la norme de relevance, qui se vérifie ainsi dans tout le droit extrapatrimonial de la famille.

115. Une ligne jurisprudentielle discontinuée. L'utilisation générale du contrat en droit de la famille est un phénomène tout à fait remarquable, mais il convient de nuancer le bilan : le juge, tout en apercevant cet usage du contrat, a manqué de rigueur. La « ligne » jurisprudentielle est donc en pointillé : quelques hésitations en perturbent la continuité. Du reste, d'autres auteurs ont remarqué le caractère fécond du contrat, et proposent de généraliser son usage dans les relations du mariage⁶⁰¹ — il convient donc d'élargir : toutes les relations de famille se prêtent à l'incorporation du droit religieux par le contrat.

⁶⁰¹ Une autre étude portant sur les points de contact entre religion et mariage conclut dans le même sens, en faveur de la systématisation du contrat : C. LE TERTRE, *La religion et le droit civil du mariage*, (préf. R. LE GUIDEC), Defrénois, 2004. Quoi d'étonnant à cela, étant donné que la jurisprudence que nous avons décrite s'illustre par sa stabilité ? Comp. le rapp. E. PUTMAN, « Claire Le Tertre : la religion et le droit civil du mariage », *RTD civ.* 2005. 688 : L'auteur de cette thèse « croit notamment aux fonctions du contrat pour les conflits religieux au sein du couple et de la famille, mais plus largement elle essaye de faire de la “désinstitutionnalisation” du mariage une chance pour sa dimension religieuse qui pourrait être valorisée par les époux qui le souhaitent, au moyen d'un contrat entre eux relatif à leur statut personnel. L'idée pourrait sembler paradoxale à ceux qui associent au contraire le déclin de la dimension religieuse du mariage au déclin de l'institution, certes laïque mais héritière d'une tradition et marquée par l'usage voire la coutume du mariage religieux “doublant” le mariage civil [...] Outre le paradoxe, qui peut d'ailleurs séduire, on objectera à l'auteur le caractère exceptionnellement organisé et prévoyant qu'elle suppose chez les époux susceptibles de faire rédiger par un

notaire, à côté de leur contrat “de” mariage, cet autre contrat réglant leurs relations “en” mariage y compris sur le



chapitre de la *happy few*... Mais, en somme, pourquoi pas ? »

religion. Ce serait en pratique un contrat pour

Conclusion du chapitre 1

116. L'extraordinaire portée de la solution « Cours Sainte-Marthe ». En droit des contrats *stricto sensu*, la jurisprudence de la Cour de cassation a affirmé, dans sa formation la plus solennelle, que les prescriptions religieuses pouvaient recevoir force obligatoire, si elles ont été intégrées, par la commune volonté des parties, dans le champ contractuel. Une telle affirmation, intervenue en droit du travail dans l'affaire du « Cours Sainte-Marthe » de 1978, a reçu de nombreuses applications. Tous les types de contrats sont concernés par la règle : contrats de consommation, actes de commerce, produits financiers, contrat de société, libéralités... la règle est déclinée dans tous les domaines dont le rapport d'obligation est réglé par contrat.

La règle semble également valable en droit de la famille, bien qu'elle n'ait jamais été affirmée avec la force de l'arrêt « Cours Sainte-Marthe ». À bien y regarder, ces rapports de famille se prêtent à une analyse contractuelle : à l'origine des rapports conjugaux envisagés, il y a le mariage, *mutuus consensus*, et le divorce par consentement mutuel, *mutuus dissensus*. De même, dans l'aménagement de l'autorité parentale, le contrat tient une place de premier rang. Ainsi, dans ces rapports de droit, les prescriptions religieuses se frayent un passage *via* l'accord de volonté qui leur correspond : mariage, convention de divorce, convention d'aménagement d'autorité parentale.

117. Particularité de la France ? Ce choix de norme de relevance est-il particulier à la France ? Au regard des quelques comparaisons faites avec le droit allemand, le droit des États-Unis d'Amérique, du Canada et d'Angleterre, une réponse nuancée s'impose. La France n'est sans doute pas le seul ordre juridique à intégrer les prescriptions religieuses dans son droit par le truchement du contrat. D'autres ordres juridiques en font l'usage : la « clause Liberman », par laquelle l'époux de confession juive s'engage à délivrer le *gueth* en cas de divorce, est née dans l'État de New York. En Allemagne, c'est à leurs contractants que les entreprises de tendance imposent le respect du droit religieux auquel elles affirment se soumettre. Ainsi, en Amérique comme en Europe, le contrat est fréquemment à l'origine de l'introduction de la normativité religieuse.

Toutefois, en droit comparé, l'usage du contrat se double de l'usage d'une autre norme de relevance. Ainsi, dans l'État de New-York, au Canada, en Angleterre, c'est désormais la loi étatique qui fait obligation à l'époux de confession juive de délivrer le *gueth* ; et en Allemagne, le droit secrété par les entreprises de tendance ne résulte pas seulement du contrat, mais d'une garantie constitutionnelle, qui autorise les communautés religieuses à s'autodéterminer. Si la France présente

une particularité, ce serait de n'avoir recours qu'à la norme de relevance du contrat, à l'exclusion de toute autre.

Chapitre 2 : L'exclusivité de la norme de relevance contractuelle

118. **La règle *a contrario* de l'arrêt « Cours Sainte-Marthe ».** La règle posée par la Cour de cassation dans l'arrêt « Cours Sainte-Marthe »⁶⁰², en vertu de laquelle les prescriptions religieuses peuvent être rendues obligatoires lorsqu'elles ont été intégrées dans le champ contractuel, est également vraie *a contrario*, au moins en droit des contrats *stricto sensu*. Ainsi, lorsque les parties à une relation contractuelle ont omis d'intégrer dans les obligations réciproques les prescriptions religieuses auxquelles elles entendent se soumettre, celles-ci sont dépourvues de caractère obligatoire (**section 1**). Une telle règle n'a jamais été affirmée avec clarté en droit de la famille. Cette lacune était prévisible ; aussi convient-il de vérifier si d'autres normes de relevance que le contrat peuvent, en droit de la famille, servir à intégrer en droit étatique les prescriptions religieuses (**section 2**).

Section 1 : Usage exclusif en droit des contrats *stricto sensu*

119. **Exclusivité et exclusions.** Que les parties à une relation contractuelle ne puissent rendre obligatoires les prescriptions religieuses qu'en les incluant dans le champ contractuel découle naturellement de l'arrêt « Cours Sainte-Marthe », puisque des termes mêmes de l'arrêt, « les convictions religieuses [...] reste[nt] habituellement en dehors des rapports de travail »⁶⁰³. Les prescriptions religieuses n'accèdent donc à la vie juridique que de façon exceptionnelle, lorsque les parties en ont fait un « élément de l'accord des volontés »⁶⁰⁴. Le contrat apparaît ainsi comme la norme de relevance exclusive de l'ordre juridique français (§ 1). Il en résulte l'exclusion de toute autre norme qui tendrait à ouvrir l'ordre étatique sur l'ordre religieux. C'est là une particularité du droit français (§ 2).

§ 1 Affirmation de l'exclusivité du contrat

120. **Généralité de la règle.** La jurisprudence a souvent eu l'occasion d'affirmer que le contrat était le passage obligé des prescriptions religieuses. Prenons l'exemple du contrat de vente de voyages et de séjours⁶⁰⁵, où la Cour de cassation a rejeté la prétention de l'acheteur d'un billet

⁶⁰² Cass. ass. plén., 19 mai 1978, D. 1978. 541, concl. R. SCHMELCK, note Ph. ARDANT, JCP 1979. II. 19009, rapp. SAUVAGEOT, note R. LINDON, GAJC, 13^{ème} éd., n°31, p. 214. Cf. *supra*, n° 71.

⁶⁰³ Cass. ass. plén., 19 mai 1978, *id.*

⁶⁰⁴ *Id.*

⁶⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 1989, n° 88-10.549, JCP G 1989. IV. 277 : le retour d'un voyage touristique en Israël, organisé par une agence de voyages, ayant été reporté, un touriste, de confession juive, a refusé d'emprunter un vol dont l'heure d'arrivée en France ne lui permettait pas de respecter le sabbat et a sollicité le remboursement du coût du billet d'avion acheté en remplacement de celui qui lui avait été délivré par l'agence. Un tribunal d'instance a accueilli sa demande. En

d'avion, qui, parce qu'il était de confession juive et se déplaçait à l'aide d'une agence de voyage spécialisée dans le tourisme en Israël, exigeait de la part de celle-ci le respect des règles relatives au sabbat. Pour la Cour de cassation, les règles du sabbat n'avaient pas été intégrées dans le champ contractuel ; dès lors, le client ne pouvait demander à l'agence de respecter les prohibitions de la loi juive, et déplacer, à ses frais, le voyage du retour à un autre jour de la semaine. La règle, inlassablement répétée en droit du travail⁶⁰⁶, a été étendue au contrat de franchise⁶⁰⁷ et à toutes sortes de contrats.

121. Trois points culminants. De toutes les occasions où le caractère exclusif du contrat a été affirmé, nous ne reprendrons que celles qui apparaissent comme les trois « moments forts » de l'affirmation de cette règle générale.

Le premier moment correspond à l'arrêt connu sous le nom du « Boucher de Mayotte ». Dans cette affaire, la Cour de cassation a exposé comment s'articulaient laïcité, statut professionnel et contrat. À notre sens, cette solution expose au mieux ce que la doctrine appellera plus tard la « laïcité contractuelle » **(I)**. Répondant ensuite au grief d'atteinte disproportionnée à la liberté religieuse d'une partie, la Cour de cassation a soutenu, dans un arrêt resté célèbre sous le nom de l'affaire des « Digicodes », que l'utilisation du contrat permettait l'exercice de ce droit fondamental **(II)**. Enfin, la Haute juridiction a imposé une conception stricte des obligations contractuelles, dans une affaire relative aux cabanes de la fête juive de *souccoth* : les prescriptions religieuses ne pourront être invoquées à retardement après la conclusion du contrat si les parties ont laissé passer l'occasion **(III)**.

I. L'affaire du « Boucher de Mayotte » ou la laïcité contractuelle

122. La solution. L'affaire concernait un boucher de confession musulmane qui refusait, en raison de ses convictions religieuses, de manipuler de la viande de porc. Il fut licencié,

statuant ainsi, alors qu'il incombait au client « d'attirer l'attention de l'agence sur toute particularité le concernant susceptible d'affecter le déroulement du voyage, le tribunal a dénaturé les clauses claires et précises dudit contrat. »

⁶⁰⁶ Par exemple, un salarié ne saurait prendre argument de sa religion pour refuser de toucher à de l'alcool : CA Pau, 18 mars 2002, *JurisData* n° 2002-189986, A.-V. FOUCHER, « Le respect des prescriptions alimentaires au sein de l'entreprise privée ordinaire », *Rev. Dr. Trav.* 2016. 621 ; ni pour refuser de travailler durant le ramadan : Cass. com. 14 mai 1991, n° 89-18.133. Réciproquement, le fait, pour un ouvrier, de cacher son état de prêtre à son employeur n'est pas non plus considéré comme un dol, dans la mesure où cette qualité n'était pas entrée dans le champ contractuel : Cass. soc., 17 oct. 1973, n° 72-40360.

⁶⁰⁷ Pour une application au contrat de franchise, v. CA Paris, 9 janv. 2004, *JurisData* n° 2004-230087 : « Franprix n'a accepté ni expressément, ni implicitement, que le magasin soit transformé en un commerce observant de la tradition musulmane », ce dont il résulte que le franchisé ne pouvait refuser de vendre des produits prohibés par sa religion tels l'alcool et la viande de porc.

ce dont il se plaignit devant les tribunaux. De l'avis de la Cour de cassation, si « l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter une tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à l'ordre public »⁶⁰⁸.

123. Le visa. Attardons-nous sur le visa de cet arrêt de cassation. La Haute juridiction vise deux articles de la Constitution, les articles 1^{er} et 75, et deux articles du Code civil, les anciens articles 1134 et 1147, relatifs à la force obligatoire des conventions et à la responsabilité contractuelle. L'article 1^{er} de la Constitution, rappelons-le, se réfère autant à la laïcité de l'État qu'à l'égalité de tous devant la loi et au respect des croyances⁶⁰⁹. L'article 75 renvoie au statut musulman des Mahorais, dont le champ d'application *ratione materiae* ne concerne que le statut personnel, et non le droit du travail. Le boucher mahorais ne pouvait donc exciper de son statut confessionnel pour se soustraire aux dispositions du droit du travail étatique. Pourtant, les derniers articles visés par la Cour de cassation sont des dispositions issues du droit commun des contrats, et non du droit du travail. Le premier article a trait à la force obligatoire des contrats⁶¹⁰ ; le second, à la sanction de l'inexécution⁶¹¹.

Ainsi, en se plaçant sous l'égide du droit commun des contrats, la Haute juridiction semble avoir donné à sa solution une portée qui déborde largement le droit du travail. En outre, en mettant ces dispositions du Code civil en regard de celles de la Constitution, elle a certainement entendu rappeler, d'abord, la vocation exceptionnelle du statut confessionnel, et affirmer, réciproquement, la vocation générale du statut laïc. D'où l'idée d'une « laïcité contractuelle »⁶¹², étonnamment décelée par la doctrine au sujet du deuxième « temps fort », l'affaire dite des « Digicodes ».

⁶⁰⁸ Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, *Dr. soc.* 1998, p. 614, note SAVATIER ; Y. CHAUVY, « Travail et religion sous le rapport tempéré de la neutralité (autour d'un interdit alimentaire dans l'Islam de l'outre-mer français) », *Gaz. Pal.* 1998, 3, doct. p. 1525.

⁶⁰⁹ Constitution, art. 1^{er} : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. »

⁶¹⁰ C. civ., anc. art. 1134 : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

⁶¹¹ C. civ., anc. art. 1147 : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

⁶¹² J. MESTRE et B. FAGES, « Les pratiques dictées par les convictions religieuses », *RTD civ.* 2003. 290 : « La solution n'est pas nouvelle mais elle est exprimée avec force. On peut y voir l'affirmation d'un principe de laïcité contractuelle. » V. également N. DAMAS, « Les convictions religieuses n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel », *D.* 2004. 844 : « Vers un principe de laïcité contractuelle ? La troisième chambre civile apporte une contribution précieuse au très actuel débat sur la laïcité ». Et, plus tard, B. MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance religieuse », in *Le droit, la religion, et le "raisonnable"* (dir. F. GAUDREAU-DESBIENS), 2009, p. 495, spéc. p.

II. L'affaire des « Digicodes » ou la conformité aux droits fondamentaux

124. La solution. Dans cette affaire, des locataires de confession juive s'étaient inquiétés de ce que le syndic de copropriété installait à l'entrée de l'immeuble une serrure électrique. Cette mesure, soutenaient-ils, heurtait leurs prescriptions religieuses, qui leur interdisent d'utiliser l'électricité pendant leur jour de repos. Ils se plaignaient notamment de ce que le dispositif les empêchait de se rendre au culte du samedi, les condamnant à rester chez eux. En appel, le juge a estimé que la mesure de sécurité prise par le syndic heurtait de façon disproportionnée le droit fondamental de liberté religieuse, considéré en l'espèce d'une valeur normative supérieure au contrat de bail⁶¹³. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation a refusé de raisonner en termes de proportionnalité de l'atteinte. S'étant contentée de rappeler que les prescriptions religieuses n'avaient pas été incorporées dans le champ contractuel, la Haute juridiction a cassé l'arrêt d'appel. Pour elle, « les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique »⁶¹⁴. Les locataires de confession juive ne pouvaient donc exciper de leur droit fondamental pour demander le respect, par l'autre partie au contrat, de leurs prescriptions religieuses, si le contrat n'avait pas été utilisé à cette fin.

125. Le visa. Une nouvelle fois, le visa de l'arrêt mérite d'être examiné de près. L'ancien article 1134 du Code civil, le *pacta sunt servanda*, était de nouveau visé, et il était mis en regard de l'article 9, paragraphe 1 et 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'articulation des textes incite donc à une nouvelle interprétation. De notre point de vue, la prééminence du droit étatique sur le droit religieux est justifiée par le respect des prévisions contractuelles. Celles-ci peuvent l'emporter, précisément parce que le mécanisme contractuel, lorsqu'il est utilisé à bon

506 : « Si en droit français on reconnaît donc un principe de laïcité contractuelle, laissant aux parties le soin d'intégrer la religion dans le contrat afin de la protéger, à l'inverse la Cour suprême adopte dans l'affaire *Amsellem* une vision plutôt multiculturelle du contrat et protège la religion de celui-ci, à tout le moins en l'absence d'une expression claire des parties. »

⁶¹³ Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *GADLF*, 2019, 2^{ème} éd., n° 68, p. 580, comm. P. DEUMIER ; *RJPF* avr. 2003, n° 4, p. 9, note E. GARAUD ; *RTD civ.* 2003. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.* 2003. 382, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD ; *RTD civ.* 2003. 575, obs. R. LIBCHABER ; *RDC* 2003. 220, obs. A. MARAIS ; *RDC* 2004. 231, obs. J. ROCHFELD et p. 348, obs. G. LARDEUX ; *Rev. loyers* 2003. 217, obs. G. LEJWI ; *Administrer* mai 2003, p. 30, obs. P. BAUDOUIN ; *AJDI* mars 2003. 181, obs. Y ROUQUET ; *Dr. et patrimoine* 2003, n° 117, p. 85, obs. G. LOISEAU ; *Procédures* 2003. 157, obs. B. VAREILLE : « pour accueillir la demande, l'arrêt retient qu'au regard de la liberté de culte garantie par la Constitution et des textes supranationaux, le fait pour la bailleuse de refuser l'installation, au moins pour l'un des accès à la résidence d'une serrure mécanique en plus du système électrique et de remettre des clés aux résidents qui en font la demande, leur cause un trouble manifestement illicite ; que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, la pose d'une serrure supplémentaire et la confection de clés n'altérant pas l'équilibre du contrat. »

⁶¹⁴ Arrêt préc.

escient, permet dans d'autres cas de se soumettre aux prescriptions de la loi religieuse. Ainsi, en offrant ce cadre à l'accueil de la normativité religieuse, la République française s'est acquittée de son obligation de garantir le respect des droits fondamentaux, y compris dans les relations « horizontales ». Il devenait par conséquent inutilement dangereux, pour la sécurité juridique, de briser les prévisions contractuelles au nom du respect des convictions religieuses, étant donné que celles-ci pouvaient librement s'exprimer par l'utilisation correcte du contrat.

Encore fallait-il que les parties respectent la chronologie de la voie contractuelle : c'est l'apport du troisième temps de la jurisprudence.

III. L'affaire des « Cabanes » ou le respect de la chronologie contractuelle

126. **La solution.** Quatre années plus tard, la Cour de cassation réitérait sa solution au sujet d'un règlement de copropriété, par un arrêt de rejet⁶¹⁵. Les faits rappellent de façon troublante ceux de l'affaire *Amsellem c. Syndicat Northcrest* de la Cour suprême canadienne⁶¹⁶, puisqu'il y est question de la même fête juive, *souccoith*. Rappelons que dans le judaïsme, cette fête religieuse exige de la part des fidèles qu'ils érigent des cabanes faites de végétaux pour y prendre leurs repas⁶¹⁷. Dans l'affaire canadienne, le règlement interdisait expressément toute construction sur les parties visibles depuis l'extérieur, prohibition que contenait également le règlement de copropriété de l'affaire française. La prétention du copropriétaire français était la même exactement que celle du copropriétaire canadien : passer outre la clause contractuelle, au nom du respect des prescriptions de sa religion. La ressemblance des deux affaires va jusqu'au patronyme des copropriétaires, *Amsellem*, partagé par les plaideurs de part et d'autre de l'Atlantique. L'opposition des solutions n'en est que plus frappante.

Ainsi, souvenons-nous que dans l'affaire canadienne, la Cour suprême avait jugé la demande d'accommodement raisonnable du copropriétaire recevable, privant d'effet la prohibition

⁶¹⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *LPA* 2006, n° 133, p. 9, D. FENOUILLET ; *Loyers et copr.* déc. 2006, rep. 11, obs. F. MONEGER ; *JCP G* 2006, p. 2379 et *JCP N* 2006, p. 1889, *RJPF* 2006, n° 10, obs. E. PUTMAN ; *RTD civ.* 2006, p. 722, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. et patrimoine*, juill. 2007, p. 82, obs. J.-B. SEUBE et T. REVET ; A.-S. RACT et C. AMSON, « La difficile conciliation de la loi civile et de la loi religieuse », *Gaz. Pal.* 8-9 juin 2007 ; Ch. ATIAS, « Liberté religieuse et légalité : la suprématie de la règle inférieure sur la règle supérieure et l'éviction de l'ordre public », *D.* 2006. 2887 ; J. RAYNAUD, « Harmonie de l'immeuble contre liberté religieuse : la Cour de cassation placerait-elle un règlement de copropriété au sommet de la hiérarchie des normes ? », *AJDI* 2006, p. 609.

⁶¹⁶ Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c/ Amsellem*, [2004], 2 RCS, 551, cf. *supra*, n° 42.

⁶¹⁷ *Hag HaSouccoith* ou *Souccoith*, qui signifie « fête des cabanes », et est également appelée « fête de la récolte », célèbre l'exode des juifs et la fin de l'année agricole. Elle est généralement fêtée en septembre ou en octobre. Les deux symboles de cette fête sont les *souccabs* (cabanes) et les « quatre espèces », c'est-à-dire quatre types de végétaux maintenus ensemble par un lien, que le fidèle tient à la main pendant ses prières.

contractuelle. Dans l'affaire française, la Cour de cassation, d'accord avec la cour d'appel, juge que « la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété »⁶¹⁸.

127. Analyse. La comparaison des solutions canadienne et française est instructive. Au Canada, l'obligation d'accommodement raisonnable donne à l'argument religieux invoqué à retardement un poids immense, puisqu'il conduit à renégocier tout le rapport de droit ; en France, c'est l'inverse. Les juges français estiment qu'il avait été loisible aux parties de prévoir de respecter les règles religieuses lors de la conclusion du contrat. Passé le moment de la formation du contrat, les parties ne peuvent pas se plaindre au juge de leur propre négligence, pour introduire *ex post* les prescriptions religieuses dans les obligations contractuelles. Autrement dit, pour les juges français, les parties ne peuvent s'en prendre qu'à elles-mêmes d'avoir contracté dans des conditions qui ne conviennent pas à leurs convictions religieuses. Le mot est dit : le droit fondamental de liberté religieuse, malgré sa valeur dans la hiérarchie des normes, ne peut détruire un contrat.

Assurément, la conception française de la hiérarchie des normes aurait de quoi troubler. Comment soutenir que la liberté religieuse, consacrée à l'article 1^{er} de la Constitution et dans une convention internationale, puisse être inférieure à un contrat, réputé être au plus bas de la hiérarchie des normes⁶¹⁹ ? De nombreux auteurs n'ont pas hésité à reprocher à la Cour de cassation sa méconnaissance du principe de proportionnalité, concluant à la violation manifeste des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme⁶²⁰. Pourtant, il n'est pas exclu que la justification de cette solution se trouve elle-même dans une interprétation, peut-être inédite, de l'article 1^{er} de la Constitution : en droit privé, la laïcité repose en partie sur le caractère exclusif de la norme de relevance contractuelle, que détruirait la norme de relevance conflictuelle de l'obligation d'accommodement raisonnable. Nous y reviendrons⁶²¹.

⁶¹⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, n° 05-14.774. La solution française se rapproche de l'avis dissident du juge Binnie, Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c/ Amsellem*, [2004], 2 RCS, 551, cf. *supra*, n° 45 : « en acceptant le contrat de copropriété, les plaignants s'engageaient à ne pas exiger de construire des *souccahs* individuelles sur les balcons de l'immeuble. Ils ne pouvaient donc insister par la suite pour que cette solution soit retenue. »

⁶¹⁹ Sur la question, v. par ex. H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1940, p. 33 et s.

⁶²⁰ En particulier, D. FENOUILLET, *LPA* 2006, n° 133, p. 9 ; J.-P. MARGUENAUD, *RTD civ.* 2006, p. 722 ; Ch. ATIAS, « Liberté religieuse et légalité : la suprématie de la règle inférieure sur la règle supérieure et l'éviction de l'ordre public », *D.* 2006. 2887 ; et J. RAYNAUD, « Harmonie de l'immeuble contre liberté religieuse : la Cour de cassation placerait-elle un règlement de copropriété au sommet de la hiérarchie des normes ? », *AJDI* 2006, p. 609 : tous ces auteurs sont critiques à l'égard de la solution.

⁶²¹ Pour l'usage exclusif du contrat comme norme de relevance, cf. nos développements sur l'uniformisation des règles religieuses dans le droit étatique, *infra*, n° 189 et s. Et pour son utilité en cas de non-usage, cf. nos développements sur la fonction dissuasive de la norme de relevance contractuelle, *infra*, n° 227 et s.

128. En résumé. Le triptyque des affaires du « Boucher de Mayotte », des « Digicodes » et des « Cabanes » indique, sans ambiguïté possible, qu'en droit français, le droit commun laïc l'emporte sur le droit religieux, à chaque fois que celui-ci n'aura pas fait l'objet d'une prévision contractuelle particulière. Cette solution n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, puisque les parties ont la liberté d'inclure les prescriptions religieuses de leur choix dans leurs prévisions contractuelles. Encore faut-il qu'elles se plient aux exigences chronologiques de la conclusion du contrat : celle-ci intervient à un moment précis ; passé celui-ci, l'argument tiré de la liberté religieuse ne permettra pas de briser les prévisions contractuelles.

Cette conclusion a été diversement reçue en doctrine ; cependant, la clarté de la règle ne fait absolument aucun doute. Dès lors, toute autre norme de relevance que le contrat doit être exclue du droit français des contrats.

§ 2 Exclusion des autres normes de relevance

129. La force des droits fondamentaux. La jurisprudence française a expressément fait le choix d'exclure les droits fondamentaux des normes susceptibles d'introduire les prescriptions religieuses dans le droit étatique **(I)**. Cette exclusion, cependant, ne fait pas l'unanimité ; la Cour de cassation elle-même subit les sirènes de la mise au diapason du raisonnement judiciaire avec celui de la Convention européenne des droits de l'homme **(II)**.

I. Exclusion des droits fondamentaux

130. Régime des articles 8 et 9 Conv. EDH. Les très nombreux travaux consacrés à l'étude des points de contact entre droits fondamentaux et contrat sont unanimes sur un point : la liberté religieuse semble être une des rares libertés fondamentales à ne pas encore pouvoir briser les prévisions contractuelles. Disons-le autrement : la licéité des engagements pris par les cocontractants est examinée à l'aune de presque tous les droits fondamentaux, exception faite de la liberté religieuse. Le décalage est particulièrement criant dans le traitement que donne la Cour de cassation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, portant droit au respect de la vie privée.

Ainsi, à une date voisine de la jurisprudence du « Boucher de Mayotte »⁶²², des « Digicodes »⁶²³ et des « Cabanes »⁶²⁴, la Cour de cassation a considéré que la clause d'un contrat de colocation, en vertu de laquelle les colocataires renonçaient à héberger quiconque dans le logement, était contraire au droit au respect de la vie privée, et comme telle, devait être réputée non écrite⁶²⁵. Mises côte à côte, ces décisions rendent plus saillante encore la détermination de la Cour de cassation à refuser l'introduction de la normativité religieuse sur le seul fondement du droit fondamental de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. À coup sûr, il ne peut être question d'un hasard, ou d'une incapacité à manier le contrôle de proportionnalité : ce décalage, nous le verrons, trouve sa justification dans les fonctions assignées à la norme de relevance contractuelle⁶²⁶.

131. Exclusion des clauses de conscience. C'est donc inlassablement que la Haute juridiction réaffirmera sa position, rejetant les demandes tendant à faire reconnaître l'existence de clauses de conscience dans les rapports contractuels, dont l'effet serait de donner la prééminence au droit religieux⁶²⁷, et de reconnaître, implicitement, une obligation d'accommodement raisonnable sous-jacente à tout contrat.

⁶²² Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, cf. *supra*, n° 122.

⁶²³ Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, cf. *supra*, n° 124.

⁶²⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, n° 05-14.774, cf. *supra*, n° 126.

⁶²⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Mel Yeddei*, RTD civ. 1996, p. 580, obs. J. HAUSER et p. 897, obs. J. MESTRE : « les clauses d'un bail d'habitation ne [peuvent], en vertu de l'article 8-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches » (le bail prévoyait que les locaux ne pouvaient être occupés que par le locataire et ses enfants). Reprenant la même formule, Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, *Mme Zéline et M. Élisée*, n° 04-19.349, RTD civ. 2006, p. 722, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RDC 2006/4, p. 1149, obs. J.-B. SEUBE. Entrant en conflit avec un règlement d'urbanisme : Cass. civ. 3^{ème}, 17 déc. 2015, n° 14-22.095, la licéité des clauses du règlement d'urbanisme devait être appréciée au regard de l'article 8 Conv. EDH : les juges du fond auraient dû rechercher, avant d'ordonner le retrait de cabanons de jardin et de plusieurs caravanes installées illicitement sur un terrain privé, « si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile des conjoints X... ». Solution reprise par Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755 : « le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché. » Plus généralement, la validité des contrats sera lue à l'aune des droits fondamentaux consacrés par la Convention. Par ex., l'art. 6 CEDH, portant droit à un procès équitable, peut être utilisé pour apprécier la validité d'une clause pénale portant une atteinte excessive au droit d'agir en justice : Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29.285 ; D. 2016, p. 566, obs. M. MEKKI, et p. 578, obs. T. LE BARS. Ou encore, l'art. 11 Conv. EDH, portant liberté d'association, peut remettre en cause la licéité de la résiliation d'un contrat de franchise : Cass. com., 28 nov. 2018, n° 17-18.619. La liste n'est pas exhaustive... V. E. RIPOCHE, *La liberté et l'ordre public contractuels à l'épreuve des droits fondamentaux* (th. dactyl.), 2019.

⁶²⁶ Sur la fonction uniformisante de la norme de relevance contractuelle, cf. *infra*, n° 189 et s. Et sur sa fonction dissuasive, cf. *infra* n° 227 et s.

⁶²⁷ C'est donc vainement qu'un pharmacien a tenté de se prévaloir d'une clause de conscience, lui permettant de refuser de vendre des médicaments abortifs : Cass. crim., 21 oct. 1998, n° 97-80.981 : « les convictions personnelles ne peuvent constituer, pour les pharmaciens auxquels est réservée la vente des médicaments, un motif légitime au sens de l'article L. 122-1 du Code de la consommation. » La solution est confirmée par la Cour EDH, 2 oct. 2001, req. n° 49853/99, *Pichon et Sajous c/ France*, JCP E 2002. II. 1045, note RAYNAUD.

Pourtant, le droit français n'est pas à l'abri d'une remise en cause.

II. L'éventuelle remise en cause par l'auto-réforme de la Cour de cassation

132. L'auto-réforme de la Cour de cassation. L'introduction de la motivation enrichie dans les arrêts rendus par la Cour de cassation doit notamment permettre de fonder la motivation en termes de proportionnalité. Pour le Premier Président Louvel, l'introduction d'une motivation fondée sur la proportionnalité doit servir à « écarter l'application d'un texte de droit interne, normalement appelé à régir la situation d'après la logique légaliste, en raison de la disproportion de ses effets sur un droit fondamental dans les circonstances propres à l'espèce »⁶²⁸. Tous les domaines sont concernés par cette « auto-réforme »⁶²⁹ de la Cour de cassation, qui est censée systématiser l'introduction des droits fondamentaux dans le droit privé. Ainsi, tout demandeur qui allèguerait d'une violation de ses droits fondamentaux pourrait exiger un contrôle de la proportionnalité de l'atteinte de son droit fondamental à l'objectif visé par la règle. Et pour guider tant le plaideur que le juge dans la systématisation de ce contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation a publié fin 2018 un *Mémento* censé proposer « de façon théorique et pratique, trames de motivation en renfort, un séquençage du contrôle dit de “proportionnalité” à usage tant de la Cour de cassation, des juridictions du fond que des avocats. »⁶³⁰.

De toute évidence, avec cette auto-réforme, le droit fondamental de liberté religieuse pourrait perturber les prévisions contractuelles et y introduire la normativité religieuse, sans doute à l'identique de l'obligation d'accommodement raisonnable⁶³¹.

133. Une omission dans le Mémento du contrôle de conventionalité. Une omission dans le mémento présenté par la Cour de cassation elle-même, intitulé *Mémento du contrôle de conventionalité au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales*⁶³², doit être relevée. La publication de ce document de travail, intervenant dans le cadre de l'auto-réforme de la Cour de cassation, doit apporter des éclaircissements sur l'introduction généralisée du contrôle

⁶²⁸ B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015. 1326. V. également, Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUENAUD, Ch. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014. 2061 ; F. CHENEDE, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016. 796.

⁶²⁹ V. par ex. la « salve d'arrêts » cités par P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.* 2016. 70.

⁶³⁰ Travaux de réformes 2014-2019, en ligne : https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reformes_mouvement_8181/reforme_mode_redaction_arrêts_9223/

⁶³¹ Sur le régime de cette norme de relevance, cf. *supra*, n° 32 et s.

⁶³² Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Mémento du contrôle de conventionalité au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentale*, déc. 2018, en ligne : <https://www.courdecassation.fr/IMG///MEMENTO%20CDP%20CONSOLIDE.pdf>

de proportionnalité — un des points les plus importants de la nouvelle « motivation enrichie ». Après avoir exposé la « méthodologie du contrôle de conventionalité »⁶³³, le mémento expose, par l'illustration, la manière dont quatre dispositions de la Convention européenne seront mises en œuvre. Ces quatre dispositions sont l'article 6, portant droit à un procès équitable, l'article 8, garantissant le droit au respect de la vie privée, l'article 10, relatif à la liberté d'expression, et l'article 1^{er} du Protocole additionnel n°1, portant droit au respect des biens⁶³⁴. Rien n'est dit sur la liberté religieuse — l'article 9 est simplement passé sous silence !

Cette omission doit-elle être interprétée comme un aveu du traitement spécial que réserve le juge à la liberté religieuse en droit privé français ? La question reste ouverte. Pour le présent propos, il est possible de conclure qu'en dépit de l'ampleur de la réforme promise par le Premier Président, l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme ne semble pas appelé à remettre en cause la règle affirmée par le triptyque de la jurisprudence du « Boucher de Mayotte »⁶³⁵, des « Digidocodes »⁶³⁶ et des « Cabanes »⁶³⁷.

Seule la motivation d'un arrêt rendu en 2015⁶³⁸ laisse planer un doute.

134. Inflexion éventuelle. Il s'agissait d'une affaire de prêt à usage d'un local servant au culte musulman situé dans une résidence. Le local ayant été fermé à cette utilisation, les résidents en ont été expulsés, ce qu'ils contestent en invoquant leur droit à pratiquer leur culte. Même s'il s'agit de rejeter leur pourvoi, la Cour de cassation s'est exprimée au moyen de deux motifs empruntant à des logiques très différentes.

La Haute juridiction raisonne d'abord sur le prêt à usage pour en conclure que les droits contractuels avaient été respectés,⁶³⁹ mais elle fait mine, en réponse au second moyen, de procéder

⁶³³ *Op. cit.*, p. 3 et s.

⁶³⁴ *Op. cit.*, Fiches annexes au mémento, p. 23 et s.

⁶³⁵ Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, cf. *supra*, n° 122.

⁶³⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, cf. *supra*, n° 124.

⁶³⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, n° 05-14.774, cf. *supra*, n° 126.

⁶³⁸ Cass. civ. 1^{ère} 30 sept. 2015, n° 14-25.709. A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « La résiliation du prêt confrontée à la liberté religieuse : vers un "forçage" du contrat tiré des droits fondamentaux ? », *D.* 2015. 2350 ; *Defrénois* 30 janv. 2016, n° 122b4, p. 74, obs. J.-B. SEUBE. Il y était question d'une salle de prière ayant fait l'objet d'un prêt à usage, qui a été reprise par le prêteur en conformité avec le droit des contrats. Les demandeurs exigeaient un aménagement de ce droit contractuel, arguant de la violation de leur liberté religieuse consécutive à l'application de ces règles. Leur pourvoi est rejeté pour le motif que « la société Adoma n'est pas en charge d'assurer aux résidents la possibilité matérielle d'exercer leur culte et constate que ceux-ci peuvent pratiquer la religion musulmane sans utiliser la salle de prière, qui facilite seulement leur pratique religieuse ; que la cour d'appel en a justement déduit que la société n'a pas porté atteinte à une liberté fondamentale en décidant la fermeture de cette salle pour procéder à des travaux de modernisation et de sécurisation. »

⁶³⁹ Arrêt préc. : « Mais attendu qu'ayant retenu que la libre disposition d'une salle pour la pratique du culte musulman relevait d'un prêt à usage qui n'avait aucun terme convenu ni prévisible, la cour d'appel en a exactement déduit que la

à un contrôle de proportionnalité, au lieu de redire simplement la solution qui prévalait nettement depuis l'arrêt du « Boucher de Mayotte »⁶⁴⁰. Certes, elle commence par constater que « la société bailleuse n'est pas en charge d'assurer aux résidents la possibilité matérielle d'exercer leur culte », que la mise à disposition de la salle « facilite seulement leur pratique religieuse », mais elle ajoute que « ceux-ci peuvent pratiquer la religion musulmane sans utiliser la salle de prière », ce dont elle déduit que « la société n'a pas porté atteinte à une liberté fondamentale en décidant la fermeture de cette salle pour procéder à des travaux de modernisation et de sécurisation. ».

Il ne s'agit pas là, évidemment, d'un authentique contrôle de proportionnalité ; le raisonnement s'appuie très largement sur le type de contrat — un commodat, sans terme convenu ni prévisible, pouvant être résilié sous la seule condition d'un préavis raisonnable — pour décider de l'issue de l'affaire. Disons seulement que la Cour de cassation introduit un léger doute sur le caractère suffisant de la constatation selon laquelle le contrat ne contenait aucune obligation religieuse. Ce doute s'introduit par la mention qu'elle fait de la possibilité, pour les occupants de la salle, de pratiquer leur culte ailleurs et de l'absence d'atteinte à leur liberté religieuse.

L'appréciation de l'atteinte aurait-elle été différente si cette possibilité avait fait défaut ? Si la Cour de cassation avait voulu maintenir sa solution répétée au cours de cette section, il lui aurait suffi de s'en tenir à une réponse en termes purement contractuels : la société ne s'était pas obligée, par le prêt à usage, à assurer aux résidents la pratique de leur culte.

135. En résumé. Bien que la liberté religieuse soit un droit fondamental protégé par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, celle-ci ne peut, à elle seule, introduire dans un contrat régulièrement formé des éléments de la normativité religieuse. En cela, la liberté religieuse suit un régime distinct des autres droits fondamentaux consacrés par la Convention, en particulier le droit au respect de la vie privée. La stabilité de cet état du droit pourrait toutefois être menacée par l'introduction généralisée d'un contrôle de proportionnalité, appelée de leurs vœux par une certaine doctrine et par certains magistrats de la Cour de cassation, qui prônent une mise au diapason avec les juges de la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, le

société Adoma, propriétaire des lieux, pouvait y mettre fin en respectant un délai de préavis raisonnable, sans devoir justifier d'un besoin pressant et imprévu de la chose prêtée. » Comp. Cass. civ. 3^{ème}, 20 juill. 1994, n° 92-17.651, *D.* 1995. 408, note E. S. DE LA MARNIERRE ; *RDI* 1994. 690, obs. P. CAPOULADE et C. GIVERDON. Dans ce second arrêt, la Cour de cassation raisonne uniquement d'après les termes du contrat de bail, qui ne limitait pas la destination du local mis à bail et permettait, par conséquent, d'en faire une salle destinée au culte.

⁶⁴⁰ Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, cf. *supra*, n° 122.

silence gardé par les hauts magistrats sur l'application de l'article 9 de la Convention laisse entendre que le contrôle de proportionnalité ne s'étendra pas à cette disposition relative à la liberté religieuse.

Conclusion de la section 1

136. Le triptyque « Boucher de Mayotte — Digicodes — Cabanes ». Depuis quelques dizaines d'années, la Cour de cassation répète qu'en ce qui concerne la matière contractuelle, le passage obligé des prescriptions religieuses pour accéder à la vie juridique est le contrat. Approfondissant cet usage du contrat, les arrêts du « Boucher de Mayotte », des « Digicodes » et des « Cabanes » forment un véritable triptyque par lequel la Haute juridiction a justifié le caractère exclusif du contrat. À l'aide de visas d'une grande complémentarité, la Cour de cassation a ainsi indiqué que la prééminence du droit étatique laïc sur le droit religieux était une règle de portée générale ; que ce mécanisme n'était pas contraire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme ; qu'enfin, les parties ne sauraient invoquer à retardement leur liberté religieuse pour critiquer les clauses d'un contrat légalement formé. L'affirmation du caractère exclusif du contrat comme norme de relevance en matière contractuelle implique donc l'exclusion de toute autre norme de relevance, en particulier les droits fondamentaux.

Le système paraît donc, pour l'instant du moins, aussi nettement affirmé que possible : le droit étatique des contrats de droit commun ou de droit spécial ne sera pas troublé par l'irruption de la normativité religieuse, si le contrat qui organisait la relation ne le prévoyait pas *ab initio*. Peut-on en dire autant des autres matières de droit interne, c'est-à-dire du droit de la famille ?

Section 2 : Usage exclusif en droit de la famille

137. Procéder par élimination. Contrairement au droit des contrats *stricto sensu*, la règle selon laquelle le contrat seul pouvait permettre l'intégration des prescriptions religieuses en droit étatique n'a pas été affirmée avec netteté en droit de la famille. Quelles seraient les autres normes susceptibles d'introduire les prescriptions religieuses en droit de la famille ? Pour le savoir, le plus simple est donc de procéder par élimination : à ce stade de notre étude, un certain nombre de normes de relevance ont déjà été examinées, au point que nous pouvons en dresser une liste. En dehors du contrat, deux normes pourraient jouer ce rôle : la loi et les droits fondamentaux.

Il convient donc de vérifier l'hypothèse suivante : si ni la loi ni les droits fondamentaux ne permettent d'introduire les prescriptions religieuses en droit de la famille, alors le contrat sera, comme en droit des contrats *stricto sensu*, l'unique norme de relevance. Au risque de nous répéter, il conviendra de réexaminer les textes du droit de la famille précédemment exposés, pour tâcher de voir si la loi (§ 1) ou les droits fondamentaux peuvent jouer le rôle d'une norme de relevance en droit de la famille (§ 2), en sus du contrat.

§ 1 La loi n'est pas une norme de relevance

138. Règle de conflit interne et option restreinte de statut religieux. La loi pourrait servir de norme de relevance de deux manières : soit en contenant une règle de conflit qui renvoie au statut religieux (I), soit en codifiant une disposition issue de la normativité religieuse, disponible pour ceux qui s'en prévaudraient valablement dans leurs relations de famille, ce qui revient à une option restreinte de statut (II).

I. La proposition d'introduire des règles de conflit interne

139. La religion de l'enfant, élément de son état ? L'hypothèse, en principe, a déjà été examinée pour le droit français : en droit interne, l'unique norme de relevance formée sur le modèle de la règle de conflit existe encore à l'article 75 de la Constitution, et est en passe de disparaître⁶⁴¹. Cependant, la doctrine a plusieurs fois proposé de réintroduire, en droit interne français, une norme de relevance sur le modèle de la règle de conflit.

Parmi ces propositions, la plus célèbre est certainement celle qui est issue des travaux du doyen Carbonnier. Proposant de voir dans la religion de l'enfant un élément de son état plutôt

⁶⁴¹ Cf. *supra*, n° 27 et s., n° 52.

qu'un attribut de la puissance paternelle⁶⁴², l'idée — et c'est son originalité — consiste à introduire dans le rattachement religieux certains éléments de subjectivité — la volonté parentale y aurait toujours été pour quelque chose⁶⁴³ — tout en lui offrant la stabilité si caractéristique de la règle de conflit interne⁶⁴⁴. Cette proposition n'a pas eu le succès escompté⁶⁴⁵, et l'on comprend immédiatement pourquoi : elle ressemblait trop aux règles de conflit interne ; en outre, l'idée de faire de l'appartenance religieuse un élément de l'état des personnes, en 1948, avait des réminiscences inacceptables : la loi sur le statut des juifs utilisait le même rattachement⁶⁴⁶.

La réapparition régulière de propositions visant à réintégrer, d'une manière ou d'une autre, une règle de conflit interne indique que la typologie des normes de relevance est assez limitée. La norme de relevance conflictuelle étant, par principe, proscrite en droit français⁶⁴⁷, il reste à examiner si la loi pourrait contenir dans ses propres dispositions des règles issues du droit religieux, disponibles pour les familles qui souhaitent s'y soumettre.

II. L'option restreinte de statut religieux

140. L'obligation de respect de l'article 212 du Code civil. En droit de la famille, certaines normes-cadres permettent le respect de sentiments religieux. Tel est le cas de l'article 212

⁶⁴² En ce sens, v. J. CARBONNIER, note sous Trib. civ. Briançon, 6 janv. 1948, *D.* 1948. 589 : « la détermination de la religion de l'enfant n'entre pas dans la puissance paternelle. La religion que l'enfant tient de son père constitue désormais un élément de son état, une part indélébile de sa personnalité, et c'est à ce titre qu'elle s'impose après le divorce au respect de la mère, malgré le droit de garde dont celle-ci est investie. »

⁶⁴³ J. CARBONNIER, note préc. : « Il n'en résulte pas, il sied d'y insister, une immutabilité totale, inconditionnelle du rattachement religieux du mineur. Contre la volonté concordante des deux parents, ce rattachement religieux n'est point protégé. » À moins que, le cas a été vu, le juge ne s'en mêle : v. à ce sujet la critique sévère du même auteur, sous TGI Versailles, 24 sept. 1962, *D.* 1963. 52.

⁶⁴⁴ Comme le cas du décès du père ; la religion de l'enfant serait nécessairement celle du père, malgré le transfert de l'autorité à la mère, qui l'exercera seule : en ce sens, J.-D. BREDIN, « La religion de l'enfant », *D.* 1960. 73, chron. XIII. Il cite un ancien arrêt de la Cour de Colmar, 19 nov. 1857, DP 1959. 2. 36, qui « a autrefois affirmé, en termes vigoureux, que le choix de la religion décidé par les parents s'imposait au tuteur après leur mort ».

⁶⁴⁵ TGI Versailles, 24 sept. 1962, *D.* 1963. 52, obs. CARBONNIER : « Attendu que la religion d'un enfant n'est pas un élément de son état ; que l'état d'une personne est l'ensemble des qualités que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques ; que rattacher la religion à l'état aurait pour conséquence de reconnaître à la religion des effets juridiques ; attendu que sous un régime de laïcité, l'État n'attache aucun effet juridique à la religion ». Déjà, Trib. civ. Versailles, 4 févr. 1959 : « attendu que la puissance paternelle est conférée par la loi à D^{lle} X qui a reconnu l'enfant en premier ; qu'il s'ensuit que la détermination de l'appartenance ou de la non-appartenance de l'enfant à une religion est un droit qu'en l'espèce D^{lle} X peut exercer seule » : sur cette décision, v. J.-D. BREDIN, « La religion de l'enfant », *D.* 1960. 73, chron. XIII.

⁶⁴⁶ Comp. J. CARBONNIER, note sous C.E. 9 juill. 1943, *Ferrand*, *D.* 1944, p. 160, contenant un commentaire sur la loi sur le « statut des juifs ». Il est un peu perturbant de songer que cette loi, qu'il commentait à l'occasion de l'annulation par le Conseil d'État d'un arrêté préfectoral ayant prescrit aux voyageurs juifs de se signaler sur les fiches d'hôtel, ait pu lui inspirer cette proposition doctrinale. Aussi convient-il de nuancer, en soulignant que les deux normes de relevance statutaires ne devaient pas fonctionner de la même manière : l'élément volontaire, dans la proposition du doyen Carbonnier, marque une différence de taille, et montre que le seul but de l'auteur était de conférer au rattachement religieux de la famille un caractère permanent dans le seul intérêt de la famille, alors que le rattachement objectif, non volontaire, n'était pas forcément dans l'intérêt de la famille.

⁶⁴⁷ Cf. *supra*, n° 27 et s., n° 52, 57 et 63.

du Code civil, qui fait du respect une obligation qui découle du mariage. Par elle, les époux s'obligent mutuellement au respect des convictions religieuses de l'autre⁶⁴⁸. Pourtant, du respect des convictions religieuses d'autrui à la soumission au droit religieux, la différence peut sembler de degré, et non de nature. En effet, la tendresse que les époux sont naturellement enclins à se porter conduit à adopter, si ce n'est les vues religieuses de l'autre, du moins certaines de ses habitudes cultuelles. Dans la jurisprudence, cependant, une différence se dessine : si l'époux n'a pas témoigné de la volonté de se soumettre personnellement, dans ses relations à l'autre, à la normativité religieuse, le devoir de respect spécial dû à son époux ne peut pas l'y forcer : dans les relations entre époux, le principe de la liberté religieuse individuelle prime⁶⁴⁹. Le cas de l'article 212 du Code civil est donc en-deçà de l'hypothèse de travail : ce respect n'implique pas soumission des deux membres du couple aux prescriptions religieuses.

La même remarque pourrait être faite de l'article 1200 du Code de procédure civile⁶⁵⁰.

141. L'ancienne clause d'exceptionnelle dureté de l'article 240 du Code civil. Une seule disposition du Code civil, aujourd'hui abrogée, pouvait être vue comme une authentique norme de relevance : la « clause d'exceptionnelle dureté », prévue à l'ancien article 240 du Code civil⁶⁵¹. Cette disposition permettait à l'époux de s'opposer au prononcé du divorce, s'il apportait la preuve que le divorce eût entraîné pour lui des conséquences moralement désastreuses.

⁶⁴⁸ Y. GERALDY, note sous CA Amiens, 3 mars 1975, *D.* 1975. 706, spéc. 710-711 : « Mais, claire ou cachée, la règle est bien qu'à l'encontre des devoirs entre époux, il n'y a pas d'objection de conscience ». Et encore : « la jurisprudence a trouvé dans l'idée d'excès l'équilibre entre le respect des convictions religieuses individuelles et les obligations nées du mariage : les convictions religieuses excessives sont injurieuses et justifient le prononcé du divorce. La solution d'excès n'est pas propre à la religion, elle doit être appréciée subjectivement : est excessif ce que le conjoint ressent comme tel. Les juges sanctionnent le prosélytisme comme un excès. Bref, si les pratiques ou convictions religieuses ne sont pas une faute, *elles ne sont pas davantage une justification* [nous soulignons], et tout manquement à une obligation née du mariage doit être sanctionnée, eût-il pour cause une raison religieuse. ».

⁶⁴⁹ V. Cass. civ. 2^{ème}, 8 nov. 1995, n° 94-10.685 ; Cass. civ. 2^{ème}, 25 janv. 1978, *Gaz. Pal.* 1978. 2. 505. *Adde.* Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2006, n° 05-12.190 ; CA Montpellier, 5 févr. 2008, n° 07/02030, *JurisData* n° 2008-360219, *AJ fam.* 2009, p. 394, obs. S. DAVID et *D.* 2009, p. 832, obs. G. SERRA. *Contra*, Cass. civ. 2^{ème}, 9 oct. 1996, n° 95-10.461, *RTD civ.* 1997, p. 103, obs. J. HAUSER : « Mais attendu que c'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel retient qu'à partir de 1989 Mme X... s'est refusée à participer aux fêtes de famille telles que les anniversaires des enfants, ainsi qu'aux fêtes de Noël, malgré le caractère aussi familial que religieux de ces dernières, et que ce comportement constitue une violation renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien du mariage ». Les quelques discontinuités dans la jurisprudence ont été mises en lumière par la doctrine : v. D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, coll. « Cours Dalloz », 2013, 3^{ème} éd., n° 134, p. 126 : « La question religieuse suscite des conflits rares mais souvent aigus et que la justice tranche malaisément. » V. également, A. BENABENT, « La liberté individuelle et le mariage », *RTD civ.* 1973. 480 ; C. ATIAS, « Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce », *JCP G* 1984. I. 3151.

⁶⁵⁰ Cf. *supra*, n° 100 et s.

⁶⁵¹ C. civ., anc. art. 240, abrogé par la L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 : « Si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, le juge rejette la demande. Il peut même la rejeter d'office dans le cas prévu à l'article 238. »

Principalement invoquée par l'époux catholique⁶⁵², la clause d'exceptionnelle dureté, sans être une « clause de conscience »⁶⁵³, permettait tout de même d'introduire, en droit étatique, un cas d'indissolubilité du mariage, au nom du respect des croyances religieuses d'une partie.

Mutatis mutandis, cette norme de relevance pourrait être rapprochée d'une option restreinte de statut religieux. Elle a été abrogée en 2004 — avec la fin de non-recevoir pour séparation de corps depuis plus de six ans⁶⁵⁴. Désormais, « les croyances religieuses ne peuvent plus bloquer l'action en divorce, elles ne peuvent que recevoir, éventuellement, une compensation pécuniaire une fois l'union dissoute. »⁶⁵⁵.

142. En résumé. La loi aurait pu introduire le droit religieux en faisant de la religion un élément de l'état des personnes — c'était la proposition du doyen Carbonnier, limitée à l'autorité parentale — ou bien en adoptant certaines dispositions du droit religieux, par lesquelles ceux qui le souhaitent pouvaient soumettre leur relation aux principes de l'ordre religieux. La première hypothèse correspondait à une règle de conflit interne ; la seconde, à une option restreinte de statut personnel. Aucune des deux hypothèses n'existe plus en droit français de la famille.

Les prescriptions religieuses ne peuvent donc accéder à la vie juridique par la loi ; le peuvent-elles par les droits fondamentaux ?

§ 2 Les droits fondamentaux ne sont pas une norme de relevance

143. Déclinaisons possibles des droits fondamentaux. Si les droits fondamentaux pouvaient, seuls, introduire les prescriptions de l'ordre religieux en droit privé, le régime s'apparenterait probablement à celui des accommodements raisonnables. Le fait qu'il n'existe pas, pour l'heure, d'obligation générale d'accommodement raisonnable en droit français⁶⁵⁶, ne signifie pas qu'une pratique, limitée au droit de la famille, ne soit déjà en place. Il s'agit donc de vérifier si, dans la pratique judiciaire du droit de la famille, se développent les accommodements raisonnables

⁶⁵² Mais pas seulement, puisqu'il est arrivé que l'exceptionnelle dureté soit opposée à des conjoints demandant le divorce de confession protestante : CA Besançon, 24 juin 1986, cité par P. BARBIER, « Le divorce, la religion et l'exceptionnelle dureté au sens de l'article 240 du Code civil », *Gaz. Pal.* 1987. 1. doctr. p. 273 ; de confession juive : CA Paris, 16 mars 1978, *JCP G* 1978. II. 18964, obs. R. LINDON.

⁶⁵³ F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris, Lexis Nexis, 2013, 2^{ème} éd., n° 1624, p. 1017.

⁶⁵⁴ C. civ., anc. art. 237. Ainsi, la séparation de corps, autrement appelée « divorce des catholiques », permet aux époux de rester mariés tout en cessant d'être obligés à la communauté de vie. La L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 a supprimé la fin de non-recevoir spécifique au divorce pour séparation des époux depuis plus de six ans.

⁶⁵⁵ C. civ., art. 266. V. F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *op. cit.*, n° 1620, p. 1014.

⁶⁵⁶ Cf. *supra*, n° 32 et s.

(I). Une autre manière, plus indirecte, d'introduire les prescriptions religieuses en droit privé a été imaginée par la doctrine allemande. Cette manière, que nous appellerons « l'interprétation culturaliste des cadres légaux », consiste à adapter les dispositions légales, et à leur donner un sens inédit, pour les rendre conformes aux prescriptions religieuses du plaideur. Dotés de deux sens, le sens premier, « civiliste », et le sens second, « religieux », les cadres légaux ainsi interprétés se transformeraient en une norme de relevance, en fonction des croyances du plaideur (II).

I. Absence de pratique d'accommodements raisonnables

144. Le juge aux affaires familiales français pourrait être tenté, pour donner toute sa vigueur à l'article 1200 du Code de procédure civile, d'introduire des accommodements raisonnables dans les relations parents-enfants (A), ou pour donner à l'obligation de respect entre époux une coloration religieuse (B).

A. Dans les relations d'autorité parentale

145. **Accommoder la liberté religieuse des parents.** Dans la conception où l'éducation religieuse de l'enfant serait vue comme le prolongement de la liberté religieuse des parents⁶⁵⁷, rappelons que la théorie des actes non-usuels consiste à dire — et la doctrine est unanime — que le choix de l'éducation religieuse est une décision grave nécessitant l'accord des deux parents. Cet accord a déjà été analysé comme un contrat *lato sensu* ; dès lors, un parent ne peut solitairement invoquer sa liberté religieuse pour donner un type d'éducation religieuse à l'enfant — ni baptême, ni eucharistie, ni circoncision — sans accord de l'autre. Autrement dit, sans contrat familial, point de relevance religieuse⁶⁵⁸. Le juge ne peut suppléer au refus du parent réticent, et décider que l'accommodement souhaité par celui qui demande la relevance est raisonnable. D'une certaine manière, tout changement dans le pacte familial relatif à l'éducation religieuse (ou à son absence) ne peut être accepté par le juge s'il résulte de la volonté unilatérale d'un parent.

146. **Accommoder la liberté religieuse de l'enfant.** Bien que les instruments internationaux consacrent la liberté religieuse de l'enfant, cette consécration n'a pas encore pour effet, en droit français, de permettre de déclarer obligatoires les prescriptions religieuses auxquelles il voudrait se soumettre : ainsi, l'adolescente de seize ans, qui voulait se convertir aux Témoins de

⁶⁵⁷ Ce qui correspondrait à la deuxième époque, cf. *supra*, n° 106 et s.

⁶⁵⁸ C'est, en fait, la condition minimale : il en existe d'autres, comme la conformité à l'intérêt de l'enfant. V. J. CARBONNIER, note sous TGI Versailles, 24 sept. 1962, *D.* 1963. 52 : il se peut que « les père et mère [soient] absolument d'accord entre eux sur l'éducation religieuse à donner à l'enfant, et ils n'ont d'adversaire apparent que l'État ».

Jéhovah, s'est vu dénier ce droit par un juge aux affaires familiales⁶⁵⁹, bien que son âge avancé eût pu donner un caractère raisonnable à sa demande.

Toutefois, si, comme l'indique la « troisième époque » dans laquelle le droit français de la famille semble s'engager⁶⁶⁰, la liberté religieuse de l'enfant acquiert un surcroît de force, il convient d'envisager la réaction du juge face à une demande d'accommodement raisonnable émanant de l'enfant. En réalité, les droits fondamentaux de l'enfant ne reçoivent aujourd'hui pas d'autre traduction que la préservation de son intérêt supérieur. Et comme le droit français fait implicitement coïncider la majorité religieuse avec la majorité civile, il semble que son intérêt supérieur ne commande pas encore de rendre obligatoires les prescriptions religieuses auxquelles il adhère personnellement, lorsqu'elles entrent en dissidence avec celles de ses parents. La reconnaissance d'un droit fondamental de l'enfant, lorsqu'il diffère dans ses effets de ceux des parents, est plutôt un facteur de sortie du « contrat familial » aménageant l'autorité parentale, lorsque ce contrat est jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Autrement dit, lorsqu'il est question de la liberté religieuse de l'enfant, il s'agira en pratique plutôt de faire obstacle à l'application du droit religieux, qu'à en imposer le respect.

B. Dans les rapports conjugaux

147. Pas d'accommodement raisonnable dans les relations d'époux. Concernant les rapports conjugaux, la même solution prévaut : le droit fondamental de liberté religieuse d'un seul membre du couple ne permet pas d'obliger l'autre à se soumettre au droit religieux, pas même si la prétention reste dans la mesure du raisonnable. Le maximum d'effet que le droit fondamental solitaire d'un seul des conjoints peut avoir, indépendamment des accords entre époux et des attentes légitimes créées par des promesses, consiste dans l'article 212 du Code civil et le droit au respect de sa liberté religieuse — mais rappelons que l'article 212 ne peut avoir l'effet de soumettre autrui à une obligation religieuse⁶⁶¹.

Ainsi, un conjoint ne peut s'opposer, par exemple, au prononcé du divorce en se fondant sur son droit fondamental de liberté religieuse, et en proposant, comme accommodement raisonnable, en lieu et place du divorce, une simple séparation de corps. Ce qui a été supprimé par

⁶⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, n° 89-20878 : « Mais attendu que c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation de l'opportunité de faire procéder immédiatement au baptême de Catherine X... que les juges du fond, qui ont relevé que celle-ci était née de parents catholiques et avait été baptisée dans leur religion, ont estimé qu'il convenait d'attendre qu'elle soit devenue majeure pour exercer son choix. »

⁶⁶⁰ Sur la norme de relevance de la « troisième époque », cf. *supra*, n° 109 et s.

⁶⁶¹ Cf. *supra*, n° 140.

abrogation d'une loi ne peut ressurgir par le biais des droits fondamentaux. De même, la remise du *gueth* ne peut être exigée, sous couvert de droits fondamentaux ou d'accommodements raisonnables, si les époux n'avaient pas soumis dès le début leur relation matrimoniale à la normativité religieuse, en se mariant religieusement, ou, mieux, en contractant une « clause Liberman »⁶⁶². Le juge ne peut condamner un époux à faire ce à quoi il n'avait pas consenti contractuellement en créant un accommodement raisonnable.

Il peut être utile de le répéter : une telle solution est spécialement française, car nombre de systèmes juridiques étrangers, lorsqu'ils n'avaient pas encore adopté de loi obligeant le mari de confession juive à délivrer le *gueth*⁶⁶³, l'y obligeaient déjà en utilisant le biais des accommodements raisonnables, si l'approche contractuelle ne permettait pas ce résultat⁶⁶⁴. L'on ne saurait mieux montrer qu'outre Atlantique, et d'ailleurs, dans tous les systèmes des accommodements raisonnables, le contrat est peu, sinon rien, et qu'en France, il est tout, même dans les relations familiales extrapatrimoniales.

Le juge aux affaires familiales français semble donc bien peu enclin à introduire des accommodements raisonnables, ni dans les rapports d'autorité parentale, ni dans les rapports conjugaux. Si cette voie paraît bloquée pour faire de la liberté religieuse un droit fondamental suffisamment puissant pour introduire, à elle seule, la normativité religieuse dans le droit étatique, certains auteurs lui ont préféré une voie plus indirecte : il s'agit de l'interprétation dite « culturaliste » des cadres légaux.

II. La question de l'interprétation culturaliste des cadres légaux

148. Un assouplissement de la loi française au contact de la loi religieuse. Ce que nous appelons « l'interprétation culturaliste » des cadres légaux consiste dans l'assouplissement de la loi française lorsqu'elle entre en conflit avec les mœurs religieuses d'un plaideur, afin de la rendre compatible avec la loi religieuse. Il s'agit donc de donner effet aux prescriptions religieuses de façon

⁶⁶² Sur cette clause, cf. *supra*, n° 95.

⁶⁶³ Loi canadienne sur le divorce de 1991, loi new-yorkaise *N.Y. Domestic Relations Law 253*, ou de la loi anglaise : v. M. PEARSON, *Proportionality, Equality Laws, and Religion. Conflicts in England, Canada, and the USA*, Londres et New York, Routledge, 2017, cf *supra*, n° 95.

⁶⁶⁴ Plus encore, même si un engagement marital à délivrer le *gueth* existait, il fallait que cet engagement soit jugé d'un caractère proportionné ou raisonnable, sinon, un autre type d'accommodement, plus raisonnable, lui était substitué. En ce sens, v. Cour suprême du Canada, 14 déc. 2007, *Braker c. Marovitz*, [2007] 3 RCS 607, 2007 CSC 54 : l'engagement contractuel n'est pas sans valeur, mais le juge n'a pas pu faire l'économie du raisonnement propre à la norme de relevance conflictuelle de l'obligation d'accommodements raisonnables.

inattendue et relativement discrète : ce qui est à l'origine de l'application du droit religieux n'est ni une règle de conflit de lois⁶⁶⁵, ni un contrat, ni la technique des accommodements raisonnables.

À notre connaissance, l'interprétation culturaliste de la loi étatique n'a fait l'objet de propositions doctrinales sérieuses qu'en Allemagne⁶⁶⁶. En France, les rares décisions qui semblent avoir donné une telle interprétation des dispositions françaises ne sont pas récentes ; néanmoins, elles seront recensées **(A)** avant d'être analysées **(B)**.

A. La jurisprudence

149. Référence à l'usage du baptême et puissance paternelle. Un petit nombre d'affaires peuvent être comprises comme ayant donné une interprétation culturaliste de la loi française. Dans la première, rendue à la fin des années 1950, les juges de la cour d'appel de Paris⁶⁶⁷ avaient été saisis par les parrain et marraine d'une fillette, qui demandaient un droit de visite et d'hébergement. Les juges ont fait droit à leur demande, jugeant leur droit fondé sur l'institution canonique du parrainage, qualifié de « lien de parenté [...] qui existe entre parrain et marraine et

⁶⁶⁵ Encore que pour Mme Valérie Parisot, la *Zweistufentheorie* ou théorie des deux marches (cf. note suivante) fasse ressurgir le conflit interpersonnel de lois : v. V. PARISOT, *Les conflits internes de lois* (préf. P. LAGARDE), Paris, IRJS éditions, 2013, vol. 2, n° 211, p. 358 : « La théorie des deux marches conduit à ce résultat — pour le moins surprenant — que l'extranéité, en déformant le droit du for, crée un conflit interne de lois ! »

⁶⁶⁶ Que les auteurs ont appelé *Zweistufentheorie*, ou la théorie des deux marches. Sur cette théorie, v. E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, La Haye/ Boston, Martinus Nijhoff, 1996, t. 251, p. 254 : à la première marche, le droit applicable est désigné ; à la seconde, le droit applicable est « adouci » par la prise en compte de la « loi culturelle » des parties, c'est-à-dire « des normes du groupe ethnique ou religieux sur lesquelles les parties ont basé leurs actes juridiques ou leurs comportements, si une telle prise en considération correspond à l'attente légitime des parties ». V. également, M. KÜTÜK, K. VORHOLZER et J. THIELMANN, « Il existe un espace pour la charia en Allemagne », in *La charia aujourd'hui* (dir. B. DUPRET), Paris, La Découverte, 2012, p. 255 et s ; également U. SPELLENBERG, « Pluriculturalisme et droit allemand de la famille », in *Mélanges Hauser*, Paris, Dalloz, 2012, p.679, spéc. p. 689. Et pourtant, l'ordre juridique allemand offre bien peu d'exemples concluants d'une telle interprétation culturaliste, car les auteurs raisonnent essentiellement sur la dot musulmane, et les juridictions en permettent la sanction soit sur l'enrichissement sans cause, soit sur le fondement contractuel : pour une illustration de l'utilisation de l'enrichissement sans cause, v. BGH, FamRZ 2004, 601, cité par U. SPELLENBERG, art. préc., spéc. p. 691 ; pour l'utilisation du fondement contractuel, v. OLG Köln, FamRZ 1994, 1523, cité par U. SPELLENBERG, *ibid.*, et BGH, 9 déc. 2009, en ligne : <https://openjur.de/u/69629.html>. Mais dans cette affaire, il s'agissait d'un mariage conclu à Téhéran, entre Iraniens, ce qui justifie l'application des règles de droit international privé, et la conception contractuelle du mariage international. Parler d'interprétation culturaliste, dans toutes ces illustrations, nous semble excessif : l'un et l'autre fondements ne conduisent pas à la déformation des institutions du droit, ces catégories étant, par nature, d'un maillage très lâche.

⁶⁶⁷ CA Paris, 30 avr. 1959, *JCP G* 1959. II. 11097, note P. N. ; *D.* 1960, jur. 673, note J. CARBONNIER, spéc. p. 674. Dans cette affaire, un couple aisé, et sans doute privé de descendance, s'était pris de tendresse pour la fille naturelle d'une de leurs employées. Après douze années d'une affection sans entrave, la fille, légitimée par un mari complaisant, leur est enlevée, et part vivre avec ses parents selon la loi. Frustrés de la présence enfantine, ceux qui étaient les parrain et marraine de l'enfant demandent et obtiennent un droit de visite devant les juges du fond, qu'ils obtiennent en raison de leur « parenté » issue des liens du baptême.

filleul ou filleule et trouve sa consécration dans un usage plusieurs fois séculaire, constant et généralement suivi, et non contraire à la loi. »⁶⁶⁸.

La déformation subie par le droit étatique n'a pas échappé à l'œil critique du doyen Carbonnier, qui conclut : « La puissance paternelle est affaire à deux : il serait singulier qu'elle fût, pour les enfants chrétiens, affaire à quatre. »⁶⁶⁹.

150. Référence des « mœurs polygamiques » d'un époux bigame. Près de quarante ans plus tard, les juges du fond se sont livrés au même exercice à propos des mœurs islamiques. Dans la deuxième affaire⁶⁷⁰, il était question d'un mariage nul pour bigamie. L'époux bigame, sénégalais au moment de la conclusion du premier mariage et de statut personnel musulman, a été naturalisé français après la célébration du premier mariage. Au mépris de la législation française et du principe monogamique, il contracte un second mariage à l'étranger, et désire le faire transcrire sur les registres de l'état civil français — occasion pour le parquet d'intervenir en nullité de ce second mariage. La cour de Paris, cependant, lui octroie le bénéfice du mariage putatif de l'article 201 du Code civil⁶⁷¹, en raison, dit-elle, des « mœurs polygamiques » de l'intéressé.

Le choix de l'expression est très intéressant, car, prenant en considération les « mœurs polygamiques » du Français récemment naturalisé, la cour d'appel de Paris a intégré, dans son interprétation de l'article 201 du Code civil, son ignorance du principe monogamique français. La bonne foi de cet époux bigame était donc caractérisée par sa conviction — ou sa « naïveté », disait M. Jean Hauser⁶⁷² — à se croire encore soumis au droit musulman autorisant la polygamie.

151. Référence aux « coutumes maghrébines » d'un mariage religieux. La troisième affaire concerne un divorce. Des époux franco-marocains avaient contracté mariage en France en la seule forme civile. Ils s'étaient promis de le célébrer religieusement, ce qui n'advint jamais. Ils n'ont d'ailleurs jamais vécu maritalement, ce qui constituait, aux yeux de l'épouse, un

⁶⁶⁸ Arrêt préc.

⁶⁶⁹ J. CARBONNIER, note préc : semblable lien de parenté n'existe qu'en droit canonique. Aussi s'insurge-t-il de ce que le parrainage soit traité « comme une institution, de lui attribuer, en bloc et d'avance, les effets juridiques de la parenté civile ». Qui accepterait, ajoute-t-il, « d'en faire dériver un empêchement dirimant à mariage (ainsi qu'y inviterait le canon 1079) » ?

⁶⁷⁰ CA Paris, 8 mars 1994, inédit, *RTD civ.* 1994. 326, obs. J. HAUSER, également commentée par M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux* (préf. Y. LEQUETTE), Dalloz, 2005, n° 147 et s., p. 136.

⁶⁷¹ C. civ., art. 201 : « Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux. »

⁶⁷² J. HAUSER, « La polygamie n'exclut pas la putativité », *RTD civ.* 1994. 326. Et l'auteur de conclure : « La France pardonne beaucoup à ses enfants récents ! »

abandon du foyer conjugal. Elle demanda le divorce, se fondant sur l'article 215 du Code civil⁶⁷³. Si la cour de Versailles a *in fine* donné raison à l'épouse, c'est la réponse à la défense de l'époux qui retiendra notre attention. Celui-ci prétendait ne pas s'être obligé à la communauté de vie : pour lui, l'absence de célébration religieuse le lui interdisait. Pareille argumentation n'aurait pas dû prospérer devant les juges français, car la communauté de vie fait partie du régime primaire impératif ; l'existence d'un accord, entre les époux, de célébrer religieusement leur union ne pouvait tenir en échec la règle de l'article 215 du Code civil.

Les juges de la cour de Versailles ont répondu à ce moyen. Appliquant le droit français du divorce⁶⁷⁴, ils interprètent l'obligation de communauté de vie de l'article 215 du Code civil à la lumière des « coutumes maghrébines » du mariage musulman. Les juges de la cour d'appel de Versailles acceptent la disjonction de la communauté de vie et de la cohabitation charnelle, à condition, toutefois, que le mari « civil » entretienne une relation minimale avec sa femme, « notamment en contribuant aux charges du ménage, en se manifestant régulièrement auprès de son épouse par des lettres, des appels téléphoniques, des visites, des cadeaux.... »⁶⁷⁵, en attendant l'union religieuse.

B. L'analyse

152. Référence cachée à la normativité religieuse. Dans les deux dernières affaires, la référence sociologique est intéressante : ni le droit sénégalais ni le droit marocain ne sont visés, mais les « mœurs polygamiques » et les « coutumes maghrébines. » Or, comment ne pas voir, comme Mme Béatrice Bourdelois, une référence cachée au droit musulman⁶⁷⁶ ?

153. Les déformations du droit étatique. À ce propos, Mme Marie-Claude Najm juge que cette « tendance à intégrer les concepts du droit étranger dans l'application même des

⁶⁷³ C. civ., art. 251, al. 1^{er} : « Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. »

⁶⁷⁴ Désigné par la Conv. franco-marocaine du 10 août 1981, art. 9 : « si, à la date de la présentation de la demande, l'un des époux a la nationalité de l'un des deux États et le second, celle de l'autre, la dissolution du mariage est prononcée selon la loi de l'État sur le territoire duquel les époux ont leur domicile commun ou avaient leur dernier domicile commun. » En l'espèce, l'épouse était française, l'époux marocain, le domicile commun était situé en France : c'est donc la loi française qui devait s'appliquer, ce qui justifie que le divorce ait été prononcé sur le fondement de l'article 215 du Code civil.

⁶⁷⁵ CA Versailles, 30 mars 1995, reproduit à la *Rev. crit. DIP* 1996. 639, obs. B. BOURDELOIS ; *RTD civ.* 1995. 606, obs. J. HAUSER.

⁶⁷⁶ B. BOURDELOIS, art. préc. : « la cour d'appel conçoit ces coutumes comme recouvrant tous les musulmans qui, quelle que soit leur nationalité, sont soumis aux mêmes grands principes de droit musulman. De ce dernier point de vue, l'Islam est alors un véritable système supranational gouvernant juridiquement tous les musulmans dans le monde. Il y aurait donc, dans cette vision des choses, une loi islamique qui transcenderait les droits nationaux. »

dispositions du droit français »⁶⁷⁷ est critiquable en ce qu'elle constitue une déformation de la loi française⁶⁷⁸. Cette interprétation conduit à établir « une distinction entre deux catégories de Français, en l'espèce entre ceux qui peuvent invoquer la bonne foi en concluant une union bigamique et ceux qui ne sont pas autorisés à le faire. »⁶⁷⁹. La notion de communauté de vie subit une déformation plus grave encore que celle du mariage putatif — car à la limite, la bonne foi est un élément dépourvu de contenu juridique, et l'on ne saurait vraiment faire grief aux juges du fond d'avoir usé de leur pouvoir souverain d'appréciation. La communauté de vie, en revanche, se prête à moins d'interprétation, et la modification de son contenu, au contact des « coutumes maghrébines » est autrement plus discutable. La même observation doit être faite de la parenté civile : son adaptation au droit canonique modifie radicalement son contenu.

L'on comprend, dès lors, la vigueur de la critique adressée par Mme Marie-Claude Najm, pour qui l'adaptation des dispositions de la loi française à la loi religieuse, « au prix d'une véritable déformation »⁶⁸⁰ de la première, conduit encore une fois à distinguer entre deux classes de Français : « Y aurait-il donc [...] deux droits français applicables, l'un qui serait mis en œuvre dans les situations normales et l'autre qui serait déformé au contact de certaines coutumes étrangères »⁶⁸¹ ? Du reste, les graves défauts de méthode de ce *soft law* ont conduit la plupart des commentateurs à lui préférer la norme de relevance du contrat⁶⁸².

⁶⁷⁷ M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, 2005, n° 148, p. 138.

⁶⁷⁸ M.-C. NAJM, *op. cit.*, n° 147, p. 137 : « C'est bien la loi française qui est en l'espèce applicable, nul ne songe à le contester, mais l'application de cette loi a été nuancée, voire déformée, par la prise en considération des dispositions du statut d'origine de l'intéressé. »

⁶⁷⁹ *Ibid.*, n° 148, p. 138.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, n° 151, p. 141.

⁶⁸¹ *Ibid.*

⁶⁸² B. BOURDELOIS, note sous CA Versailles, 30 mars 1995, *Rev. crit. DIP* 1996. 639 : « La question, non résolue par la cour d'appel en l'espèce, est alors de déterminer les critères qui justifieront la prise en compte des us et coutumes des époux [...] Pour aller plus loin dans le parallèle avec les usages professionnels [...], on pourrait admettre que les époux sont réputés s'être tacitement référés aux dispositions de leur statut personnel commun qui, dans les limites tolérées par la loi compétente, seraient prises en compte pour aménager l'application de celle-ci ». L'auteur poursuit en indiquant que l'élargissement des concepts du droit français doivent correspondre aux attentes des époux — ajoutons : ne pas les contrarier. Et c'est justement parce que rien, dans l'attitude de la femme, n'indiquait sa volonté de se placer sous l'empire de la normativité religieuse, que le même auteur critique la décision. Un autre auteur préconise de distinguer selon que la loi possède ou non un caractère impératif, sans toutefois introduire la notion de contrat : v. V. PARISOT, *Les conflits internes de lois* (préface P. LAGARDE), Paris, IRJS éditions, 2013, vol. 2, n° 211, p. 358 : « À notre avis, une distinction s'impose entre les règles internes strictement impératives et les règles internes qui laissent au juge une certaine marge d'appréciation. Dans le premier cas, aucune référence à l'identité culturelle des personnes n'est possible, sous peine de créer un conflit interne qui n'est pas autorisé par le for. Tel est le cas de la prescription qui prohibe les mariages bigamiques : la réalisation de l'hypothèse de la règle (un deuxième mariage est conclu avant la dissolution du premier) a nécessairement pour conséquence la nullité du deuxième mariage. L'effet juridique de la règle ne peut en aucun cas être contrarié. Dans le second cas, le juge peut, dans l'espace de liberté qui lui est concédé, prendre en considération les sentiments de la personne. Toutefois, même dans cette occurrence, l'identité culturelle de l'individu

ne modifie ni la règle applicable, ni les conséquences juridiques appliquées à la règle. Il n'en est tenu compte que comme une donnée de fait, qui permet au juge d'apprécier, souverainement, si l'hypothèse de cette règle s'est réalisée. »

Conclusion de la section 2

154. Éviction des normes de relevance concurrentes. En droit de la famille, deux types de normes auraient pu concurrencer le contrat dans son rôle de norme de relevance. La première était la loi : mais la dernière disposition du Code civil qui permettait d'ouvrir le droit étatique au droit religieux, la « clause d'exceptionnelle dureté », a été abrogée en 2004. La seconde était le droit fondamental de liberté religieuse. Les modalités par lesquelles les droits fondamentaux jouent le rôle d'une norme de relevance ne sont pas légion : la première, et la mieux connue, est l'obligation d'accommodement raisonnable, que le juge français a constamment refusée. La seconde consistait à assouplir le droit étatique, au cas par cas, pour le rendre compatible avec le droit religieux. Toutefois, il convient d'en minimiser l'importance : cette « interprétation culturaliste » des cadres légaux a été très critiquée en doctrine, et trop peu suivie en jurisprudence pour qu'elle puisse concurrencer la norme de relevance du contrat.

De cette étude, où nous avons tâché de procéder par élimination, il ressort que le contrat conserve, en droit de la famille, sa vocation exclusive. Lui seul permet d'introduire, en droit de la famille, les prescriptions religieuses. Un époux ou un parent ne peut exiger l'accomplissement d'une obligation religieuse par l'autre époux ou parent, que si elle a préalablement fait l'objet d'un accord. Il ne pourra se prévaloir de son droit fondamental, ou de celui de son enfant, pour obtenir l'exécution d'une obligation religieuse, si celle-ci n'a pas été prévue dans un contrat familial.

Conclusion du chapitre 2

155. Le triptyque des arrêts « Boucher de Mayotte – Digicodes – Cabanes ». Une seule norme de relevance est admise en droit des contrats, droit commun et droit spécial : le contrat, et lui seul, peut permettre d'introduire des éléments de la normativité religieuse dans la relation de droit privé. La règle a été affirmée à l'occasion de toutes sortes de contrats : contrat de travail, de bail, règlement de copropriété ; contrat de consommation, de vente, de prestation de service... La jurisprudence de la Cour de cassation est arrivée à un point de perfectionnement tel que nous avons pu voir dans trois arrêts importants, celui du « Boucher de Mayotte », des « Digicodes » et des « Cabanes », un véritable triptyque.

Ces trois arrêts, mis bout à bout, montrent quelle justification la Cour de cassation donne au système mis en place : la prééminence du droit étatique sur le droit religieux a trait à la laïcité du droit ; le mécanisme n'est pas contraire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, car il ne tient qu'aux parties de faire usage du contrat pour se prévaloir de prescriptions religieuses ; l'argument de la liberté religieuse ne peut être invoqué à retardement, après la conclusion du rapport contractuel.

Le mécanisme ainsi décrit est conforme à l'esprit de prévision inhérent aux rapports contractuels. Elle fait obstacle aux bouleversements que produirait l'intégration rétrospective de règles religieuses non prévues par les parties.

156. Extension du mécanisme au droit de la famille. Étendre ce système au droit de la famille n'allait pas de soi. D'autres normes de relevance auraient pu concurrencer le contrat, pour intégrer les prescriptions religieuses dans les rapports de famille. La loi, jusqu'à une époque récente, permettait un genre d'option restreinte de statut religieux pour les catholiques — mais les rares dispositions permettant de faire obstacle au divorce ont été abrogées. Les droits fondamentaux n'ont pas le régime des accommodements raisonnables, si bien que cette norme de relevance, largement pratiquée en droit comparé, reste en dehors des habitudes judiciaires françaises.

En procédant par élimination, deux constats s'imposent : d'une part, en-dehors du contrat, toutes les normes de relevance qui auraient pu introduire le droit religieux en droit français appartiennent bien à la catégorie de la règle de conflit — ce qui confirme l'intuition de *summa divisio* à l'origine de notre recherche — ; d'autre part, ces normes de relevance sont désormais exclues du droit de la famille.

Dès lors, si ni la loi ni les droits fondamentaux ne peuvent rendre les prescriptions religieuses applicables en droit de la famille, et que seul le contrat le puisse, alors le triptyque des arrêts « Boucher de Mayotte – Digicodes – Cabanes » est valable en droit de la famille. La règle peut être ainsi formulée : dans les relations de famille, lorsque le respect des prescriptions religieuses n'a pas été prévu dans un contrat, les parties ne peuvent en demander le respect devant le juge. Cette règle n'entre pas en contradiction avec l'article 1200 du Code de procédure civile, ni avec l'article 212 du Code civil ni avec aucune disposition légale, car aucun n'est une norme de relevance religieuse.

Conclusion du titre 1

157. Généralité et exclusivité du contrat. La capacité du contrat à intégrer les prescriptions religieuses en droit étatique est admise de longue date en droit des contrats *stricto sensu*, c'est-à-dire dans les rapports économiques. Mais ce n'est qu'en 1978, à l'occasion de l'affaire du « Cours Sainte-Marthe », que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a clairement affirmé que la prescription religieuse, une fois entrée dans le champ contractuel, devient une obligation qui peut recevoir la sanction du juge étatique. La force obligatoire d'une prescription religieuse, cependant, est tributaire de son intégration dans le cadre contractuel, ce qui a amené la Haute juridiction à poser la règle *a contrario* : les prescriptions religieuses qui n'ont pas été intégrées dans le champ contractuel ne pourront recevoir la sanction du juge étatique.

Ainsi furent posés, en droit des contrats *stricto sensu*, les deux caractères de la norme de relevance du contrat : générale, car applicable à tout type de rapport contractuel, elle est également exclusive, car aucune autre norme ne peut introduire la normativité religieuse dans les rapports contractuels.

Nos recherches ont montré que ces deux caractères de la norme de relevance du contrat, la généralité et l'exclusivité, se retrouvent en droit de la famille, bien que la jurisprudence n'ait jamais affirmé ces deux caractères avec la même netteté qu'en droit des contrats.

158. La clé d'un système de relevance. L'étude de la jurisprudence du droit privé français permet de dégager la règle suivante : lorsqu'une partie à une relation contractuelle ou à une relation de famille réclame l'exécution d'une obligation religieuse, le juge cherchera toujours le contrat à partir duquel la normativité religieuse acquerra sa force obligatoire en droit privé français. Faute de contrat *stricto* ou *lato sensu*, comme le serait un pacte familial, le juge refusera de donner sa sanction à la prétention religieuse.

Ce système, comme nous le verrons, n'est pas exempt de critiques. Pourtant, outre qu'il offre les avantages de la cohérence et de la simplicité, il permet d'atteindre la stabilité que le doyen Carbonnier n'avait crue possible qu'en faisant de l'appartenance religieuse un élément de l'état des personnes⁶⁸³.

159. Retour sur l'ébauche de *summa divisio* des normes de relevance. Au terme de ces développements, la norme de relevance de l'ordre juridique français a été identifiée.

⁶⁸³ J. CARBONNIER, note sous Trib. civ. Briançon, 6 janv. 1948, *D.* 1948. 589.

Contrairement à la norme de relevance conflictuelle, la norme de relevance contractuelle devrait avoir pour fonction de hiérarchiser les deux ordres juridiques entrant en contact. La fonction de la norme de relevance du contrat serait donc d'ordonner hiérarchiquement l'ordre étatique et l'ordre religieux, le premier étant censé dominer le second : il convient à présent de le vérifier.

Titre 2 :

Les fonctions de la norme de relevance française

160. Un ordre hiérarchique supposé. La fonction du contrat est-elle, lorsque celui-ci est utilisé comme norme de relevance, de mettre l'ordre religieux dans une position subordonnée à l'ordre étatique ? La question paraît hardie ; aussi, baissons d'un ton : si ce n'est la fonction que lui assigne intentionnellement l'ordre étatique, peut-être est-ce seulement son effet.

Cet effet de la norme de relevance n'a jamais été démontré ; pourtant, il n'aurait rien d'inattendu : l'ordre étatique s'étant séparé de l'ordre religieux, il paraît hautement probable qu'il placera la normativité religieuse dans une position d'infériorité par rapport au droit étatique. Il ne saurait être question, sous couvert de respect de la liberté religieuse, de remettre en question le principe de supériorité de l'ordre étatique sur l'ordre religieux, dans les rapports de droit privé interne.

Il convient donc de se demander si le contrat, dans son rôle de norme de relevance, confirme cette supposition selon laquelle l'ordre religieux serait subordonné à l'ordre étatique. Pour l'heure, ayant seulement identifié la norme de relevance admise en droit français, nous n'avons d'autre choix que de raisonner à partir des fonctions habituellement assignées aux contrats.

161. Analyse constitutionnaliste du contrat. Dans la doctrine constitutionnaliste, le contrat est placé au plus bas de la hiérarchie des normes. Certes, il constitue une norme, dotée d'une valeur juridique, mais toute autre norme lui est supérieure⁶⁸⁴. Le fait que les normes religieuses ne puissent accéder à la vie juridique que par le contrat conduit à les maintenir au plus bas de ladite hiérarchie : étant contenues dans le « moule contractuel », les normes religieuses n'ont pas, comme au Canada, la dignité que leur confère la norme de relevance de l'obligation d'accommodement raisonnable, ou comme au Liban, celle que leur attribue la règle de conflit intercommunautaire. Au contraire, leur position basse, dans la pyramide du droit français, donne une indication assez précise de la manière dont l'ordre étatique voit l'ordre religieux : comme un ordre dont les normes ne peuvent accéder à plus de valeur que la moindre de ses propres normes.

⁶⁸⁴ Sur la question, v. par ex., H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1940, p. 33, spéc. p. 47 : « La convention est obligatoire dans la mesure où l'ordre juridique la considère comme un état de fait créateur de droit ; ou, en d'autres termes, dans la mesure où une norme d'un degré supérieur (loi, ...) autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur. La raison de validité de la convention se ramène donc à celle de la loi [...] qui institue (*pacta sunt servanda*). Et si on se demande quelle est la raison de validité de cette norme, on arrive finalement à la norme fondamentale de l'ordre juridique. »

De la position des contrats dans la hiérarchie des normes s'ensuit une conséquence intéressante : ne pouvant contredire les propositions contenues dans les normes des degrés supérieurs, les contrats doivent s'y conformer⁶⁸⁵. C'est le sens de l'article 6 du Code civil⁶⁸⁶ ; c'est également le sens de l'article 1103⁶⁸⁷ — l'adverbe « légalement » est à prendre au sens générique : toute loi s'impose aux parties, sauf si elle n'énonce que des règles supplétives de volonté.

Les normes religieuses suivront le destin des contrats dans la hiérarchie des normes. Ainsi allons-nous procéder à la vérification de l'hypothèse suivante : si les normes religieuses sont appelées des vœux des contractants à entrer dans l'ordre juridique français, ce sera à la condition qu'elles respectent toutes les règles impératives de l'ordre étatique ; leur seule marge d'originalité reposerait donc sur le caractère supplétif des règles étatiques, ou sur leur silence. Leur passage par le contrat aurait donc un effet uniformisant.

162. Analyse civiliste du contrat. Dans la doctrine civiliste, la fonction assignée au contrat est d'être un acte de prévision⁶⁸⁸. Ontologiquement, le contrat exige un acte volontaire. Il faut donc que les parties aient eu l'idée de rendre obligatoires les prescriptions auxquelles elles voudraient se soumettre.

La forme contractuelle, si elle paraît simple, n'a rien d'automatique, et contrairement à toutes les autres normes de relevance existant dans le monde, le contrat doit effectivement avoir été prévu par les parties, et par elles seules, avant l'émergence du conflit. Penseront-elles à convenir d'un tel accord ? Rien n'est moins certain : le contentieux semble plus abondant pour rejeter une prétention religieuse, faute d'accord, que pour y faire droit. Si ce doute était confirmé, nous devrions en conclure que, du seul fait que le contrat est l'unique norme de relevance en droit français, il témoignerait d'une certaine résistance à accueillir favorablement les règles religieuses. Le passage obligé du contrat aurait un effet dissuasif.

163. Plan. En choisissant le contrat comme unique norme de relevance, l'ordre étatique français n'accepterait de donner effet qu'aux règles religieuses se conformant rigoureusement aux directives auxquelles obéissent tous les contrats. Si cette subordination se vérifiait, les normes issues de l'ordre religieux subiraient un genre de traitement uniformisant (**chapitre 1^{er}**). En outre, le choix

⁶⁸⁵ V. H. Kelsen, art. préc., p. 33 et s.

⁶⁸⁶ C. civ., art. 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

⁶⁸⁷ C. civ., art. 1103 : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

⁶⁸⁸ V. par ex., H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 643.

du contrat, comme norme de relevance exclusive, suppose un acte volontaire des parties, qui doit s'exprimer avant que n'éclate le conflit normatif. En pratique, rares sont les plaideurs qui ont l'idée de conclure un tel « contrat religieux » : rétrospectivement, la norme de relevance du droit français aurait un effet dissuasif (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : La fonction uniformisante

164. Étapes du raisonnement judiciaire. Mettons-nous à la place du juge, et tâchons de retracer le raisonnement au terme duquel il décidera si la prescription religieuse qui lui est soumise est obligatoire. Saisi d'une prétention religieuse, le juge devra d'abord vérifier que la prescription religieuse est contenue dans un contrat. Il devra donc rattacher l'« obligation religieuse contractuelle » à un contrat préexistant. La première étape, par laquelle le juge qualifiera l'obligation religieuse (**section 1**), n'est en réalité qu'un préalable au traitement uniformisant que subira la règle religieuse, qui n'interviendra qu'à la seconde étape, celle de son interprétation (**section 2**).

Section 1 : Le préalable de l'opération judiciaire de qualification

165. Le problème de l'incompétence du juge étatique. Un problème surgit immédiatement. Lorsqu'un plaideur fait valoir une prétention religieuse, quand bien même celle-ci ferait-elle l'objet d'une prévision contractuelle, le juge devra surmonter un premier réflexe qui le pousse à se déclarer sans pouvoir pour en connaître. Rappelons qu'en matière de *gueth*, par exemple, le juge a longuement hésité sur la qualification à donner à une telle obligation : pouvait-elle recevoir une qualification contractuelle, ou bien sa dimension religieuse empêchait-elle le juge étatique laïc d'en connaître⁶⁸⁹ ? Il faut dire que les conséquences de la laïcité sur l'office du juge n'ont pas toujours été des plus claires, la doctrine n'hésitant pas à déclarer que la laïcité interdisait de sanctionner ce genre d'obligation⁶⁹⁰. Cette attitude d'hésitation est à l'origine des discontinuités qui émaillent la jurisprudence du droit de la famille, et participe de l'impression du manque de rigueur dans l'application de la norme de relevance contractuelle⁶⁹¹.

Il faut admettre que certaines obligations religieuses ne peuvent recevoir de sanction du juge étatique. Ce défaut de pouvoir du juge, perçu comme une conséquence de la loi de séparation des Églises et de l'État du 9 décembre 1905, conduit à refuser toute existence en droit étatique à certains rapports obligationnels, parce qu'ils seront qualifiés de « purement religieux ». Autrement dit, au regard du droit étatique, les règles religieuses contenues dans ces obligations « purement religieuses » seront irrelevantes.

⁶⁸⁹ Cf. *supra*, n° 95 et s.

⁶⁹⁰ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, (préf. G. CORNU), LGDJ, 1995, p. 364, note 494 : pour l'auteur, la contractualisation du *gueth* serait « une obligation purement religieuse que le principe de laïcité interdit de sanctionner en soi ». Comp. SOULEAU note sous Trib. civ. Seine, 22 févr. 1957, *Muskat c. Danan*, JCP 1957. II. 9892.

⁶⁹¹ Ces discontinuités sont surtout visibles en droit de la famille, cf. *supra*, n° 115.

En dépit de la gravité des conséquences attachées à cette qualification — refuser de connaître de certains litiges —, les frontières de cette matière rejetée en-dehors de la compétence du juge ne sont pas clairement définies. Ce manque de netteté est problématique pour la prévisibilité des solutions : quelles sont les obligations religieuses dont le juge pourra connaître, et celles qu'il déclarera irrecevables ? Outre les risques de dénis de justice, c'est l'efficacité même de la norme de relevance contractuelle qui est mise en danger par la propension du juge à décliner sa compétence. Il est donc impératif que le juge circoncrive les limites de sa compétence, ce qui implique d'élaborer une qualification claire pour déterminer les obligations religieuses qui échapperont à la sanction judiciaire (§ 1) et celles qui seront apte à la recevoir (§ 2).

§ 1 Les obligations religieuses échappant à la sanction judiciaire

166. Les incertitudes de la loi de 1905. Pour dissiper le flou qui entoure les frontières de la matière religieuse dont le juge ne veut pas connaître, le plus simple est sans doute de remonter à son origine. Elle se situe dans un vide que la loi de Séparation du 9 décembre 1905 a laissé. Loi de rupture avec le gallicanisme et le système concordataire, la loi de 1905 donnait principalement les modalités de la nouvelle organisation des cultes, et laissait de nombreux aspects irrésolus. Le juge judiciaire se savait seulement garant des libertés individuelles, tandis que le juge administratif n'était compétent que temporairement, pour les questions de liquidation des biens ecclésiastiques. La nouvelle organisation des cultes était de droit privé ; comment le juge devait-il intervenir dans les litiges relatifs à cette organisation, qui ne tarderaient pas à surgir ? L'attitude à adopter, après la rupture avec le gallicanisme des siècles précédents⁶⁹², n'était pas indiquée. Le juge aurait pu décider de traiter les cultes comme n'importe quelle association de droit commun, et de voir dans les relations découlant du contrat d'association de simples relations contractuelles. Mais l'Église catholique, qui craignait une mainmise de l'État sur ses affaires plus forte encore qu'aux temps du gallicanisme, s'y opposait fermement.

L'Église a donc exigé un régime dérogatoire, devant laisser intacte la particularité de son organisation interne (**I**). Prenant acte de cette controverse qui se tenait en haut lieu, le juge judiciaire a déclaré qu'il était nécessaire de rester en retrait des affaires strictement ecclésiastiques⁶⁹³ : de là, il

⁶⁹² Sur la doctrine du gallicanisme, cf. *infra*, n° 167.

⁶⁹³ Mais il ne s'agit que des affaires strictement religieuses : les contrats de travail, et, d'ailleurs, tous les contrats conclus par l'association diocésaine avec des laïcs, sont justiciables des tribunaux de l'ordre judiciaire. Pour une application récente, Cass. soc., 15 mai 2019, n° 18-10.041.

en a déduit son incompétence en matière d'obligations purement religieuses, sans toutefois la circonscrire étroitement (II).

I. La cause : un legs implicite de la séparation des Églises et de l'État

167. Le gallicanisme ou le contrôle étatique des affaires religieuses. Une brève explication du gallicanisme permet de comprendre quel vide a laissé la loi de 1905 — vide qui a permis la création de cette zone un peu floue autour des obligations purement religieuses. L'Église gallicane était l'Église instituée en France sous l'Ancien régime⁶⁹⁴. Avant d'être une doctrine religieuse, qui attribue l'autorité suprême non au pape mais à la réunion de tous les évêques de France réunis en concile, le gallicanisme était une revendication d'indépendance du pouvoir temporel sur le pouvoir spirituel incarné par le Saint-Siège.

Les premiers frémissements de cette revendication se firent sentir dans l'opposition entre Philippe le Bel et le pape Boniface VIII ; elle trouva une affirmation solennelle dans la pragmatique sanction de Bourges, en 1438, dans laquelle le roi Charles VII, avec l'accord du clergé, déclara être le gardien de l'Église de France ; elle eut sa formulation définitive dans l'œuvre de Bossuet de 1682, qui tira une conséquence pratique essentielle de la distinction du spirituel et du temporel : le pape n'ayant qu'une autorité spirituelle, il ne saurait déposer les évêques de France. Le clergé de France était donc organisé suivant l'autorité du roi. Une distribution des pouvoirs s'établit donc, et, jusqu'à la Révolution, des mécanismes d'articulation des pouvoirs étaient prévus. Le mécanisme de l'« appel comme d'abus » permettait aux tribunaux royaux de remettre en cause les décisions

⁶⁹⁴ L'Église gallicane connut plusieurs graves remises en question, avant d'être définitivement abandonnée par la séparation des Églises et de l'État. Au nombre de ces graves remises en question, il faut citer la constitution civile du clergé, qui, pourtant, était la suite logique du gallicanisme, entendu comme la doctrine établissant un clergé en harmonie avec l'organisation nationale. Au lendemain de la nuit du 4 août, les privilèges ayant été abolis, il fallut réorganiser l'Église de l'Ancien régime. Aussi, une nouvelle Église vit le jour, en conformité parfaite avec les nouveaux principes nationaux. Qu'on en juge : la carte ecclésiastique devait correspondre à la carte administrative, chaque diocèse correspondant à un département ; les membres de la nouvelle Église devaient prêter serment à la nouvelle constitution civile. La remise en question vint du désaccord du Saint-Siège, qui s'opposa à cette réorganisation de l'Église gallicane. Elle sera abandonnée dix ans après sa constitution, par le concordat de 1801. Aussi, le concordat de 1801 doit-il s'analyser comme une première victoire de la doctrine ultramontaine. Mais la victoire est tempérée par l'existence des articles organiques, unilatéralement adjoints au traité international, qui, tendant à nier l'indépendance de l'Église pour la soumettre au pouvoir temporel, sont une espèce de résurgence de la doctrine gallicane. En Cour de Rome, la proclamation du dogme de l'infaillibilité papale, lors du Concile de Vatican I, en 1870, et, en France, la loi de séparation de 1905, portent les derniers coups au gallicanisme.

émanant des officialités ou des instances ecclésiastiques, et celui de l'*exequatur* subordonnait la publication des actes du Saint-Siège à un enregistrement au Parlement de Paris⁶⁹⁵.

Les juges saisis de ces recours étaient français ; aussi assuraient-ils un « contrôle policier étroit sur les ministres du culte et sur la vie religieuse »⁶⁹⁶. Ce rôle s'est officialisé au XIX^{ème} siècle, lorsque le Conseil d'État put officiellement connaître des attentats contre les « franchises, libertés et coutumes de l'Église gallicane » grâce au mécanisme du « recours pour abus »⁶⁹⁷ — par quoi il fallait comprendre la préservation « moins [des] libertés et franchises de l'Église, que [des] libertés et franchises de l'État : le plus grand nombre de ces règles [avait] en effet pour objet d'établir l'indépendance du pouvoir temporel à l'égard de l'Église. »⁶⁹⁸.

Avec la loi de Séparation, les juges, devenus laïcs, perdaient donc tout titre à contrôler la doctrine et les affaires religieuses. La mise en œuvre concrète de cet abandon ne fut pas précisée par la loi du 9 décembre 1905, si bien que le juge judiciaire, soudainement devenu laïc, attendait qu'on lui donne, pour ainsi dire, des directives.

168. Les directives données par l'Église catholique. L'Église catholique s'en est partiellement chargée. Elle a fait savoir que, selon elle, les cadres étatiques appliqués au droit ecclésiastique produisaient un effet uniformisant qu'elle jugeait insupportable : dans cette controverse, plus politique que juridique, qui dura presque vingt années, c'était le cadre uniformisant des associations qui était mis au pilori.

⁶⁹⁵ Sur ces deux procédures, v. Ph. PORTIER, *L'État et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Rennes, Presses universitaires, 2016, p. 24.

⁶⁹⁶ B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Droit et religions en France », *RIDC*, 1998, n° 2, p. 335, spéc. p. 338-339.

⁶⁹⁷ E. TAWIL, *Norme religieuse et droit français*, Aix-Marseille, PUAM, 2005, p. 207 : « Au dix-neuvième siècle, dans le cadre du recours pour abus, le Conseil d'État avait pour mission de garantir le respect de certaines règles intra-ecclésiastiques, relatives à la structure de l'Église. Il appréhendait, comme le législateur de 1802 l'avait voulu, l'Église catholique en France comme l'Église gallicane, dont il devait protéger les libertés, franchises et coutumes. Le Conseil d'État interprétait les compétences des organes de l'Église. Il lui est arrivé de préciser quel devait être le contenu des lettres pastorales des évêques. » En ce sens, v. CE, 21 mars 1837, *Mgr de Quélen*, *D.* 1837, II, col. 196, cité par E. TAWIL, *op. cit.*, p. 207-208, note n° 923 : « Aux termes de la Déclaration de 1682, il est de maxime fondamentale, dans le droit public du royaume, que le Chef de l'Église, et l'Église même, n'ont reçu de puissance que sur les choses spirituelles, et non pas sur les choses temporelles et civiles ; [...] s'il appartient aux évêques du royaume de [...] soumettre [au Roi], relativement aux actes [...] qui touchent au temporel de leurs églises, les réclamations qu'ils croient justes et utiles, ce n'est point par la voie de lettres pastorales qu'ils peuvent exercer ce droit, puisqu'elles ne doivent avoir pour objet que d'instruire les fidèles des devoirs religieux qui leur sont prescrits. » L'interprétation que faisait le Conseil d'État, comme garant des libertés, franchises et coutumes gallicanes, de la normativité religieuse le conduisait par exemple à ne pas reconnaître d'existence aux dicastères romains, qui sont les tribunaux de la curie romaine : la mise à exécution de la normativité religieuse incombait aux seules juridictions étatiques de droit public.

⁶⁹⁸ M. GAUDRY, *Traité de la législation des cultes*, p. 406, cité par E. TAWIL, *op. cit.*, p. 221.

Certes la loi du 9 décembre 1905 ne proposait qu'un contrat d'association aux cultes, très inspiré du contrat de la loi de 1901, puisque la loi y renvoie pour la constitution des associations cultuelles⁶⁹⁹. Mais le législateur de 1905 avait introduit dans la loi de Séparation un article 4 censé adapter ce modèle associatif à la structure des Églises. On y lit en effet que les associations devront se conformer « aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice »⁷⁰⁰, et se former légalement « suivant les prescriptions de l'article 19 »⁷⁰¹. Or, cet article 19, qui donne les conditions de formation d'une association cultuelle⁷⁰², semble réaliser la crainte « de voir surgir une multitude d'associations diverses, se réclamant toutes de l'Église catholique, mais qu'elle ne pourrait pas contrôler et dans lesquelles les laïcs auraient un trop large pouvoir de décision. »⁷⁰³.

Ces dispositions, qui déplurent fort aux anticléricaux parce qu'ils y voyaient « l'affirmation de la suprématie des droits de l'évêque sur le peuple chrétien »⁷⁰⁴, déplaisait donc autant au Saint-Siège, qui jugeait, au contraire, que cette disposition ne prenait « pas en compte le caractère "inégal" »

⁶⁹⁹ La plupart des articles du titre IV « Des associations pour l'exercice des cultes » y renvoient.

⁷⁰⁰ L. du 9 déc. 1905 sur la séparation des Églises et de l'État, art. 4 : « Dans le délai d'un an, à partir de la promulgation de la présente loi, les biens mobiliers et immobiliers des menses, fabriques, conseils presbytéraux, consistoires et autres établissements publics du culte seront, avec toutes les charges et obligations qui les grèvent et avec leur affectation spéciale, transférés par les représentants légaux de ces établissements aux associations qui, en se conformant aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice, se seront légalement formées, suivant les prescriptions de l'article 19, pour l'exercice de ce culte dans les anciennes circonscriptions desdits établissements. »

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² L. préc., art. 19 : « Ces associations devront avoir exclusivement pour objet l'exercice d'un culte et être composés au moins :

Dans les communes de moins de 1.000 habitants, de sept personnes ;

Dans les communes de 1.000 à 20.000 habitants, de quinze personnes ;

Dans les communes dont le nombre des habitants est supérieur à 20.000, de vingt-cinq personnes majeures, domiciliées ou résidant dans la circonscription religieuse.

Chacun de leurs membres pourra s'en retirer en tout temps, après paiement des cotisations échues et de celles de l'année courante, nonobstant toute clause contraire.

Nonobstant toute clause contraire des statuts, les actes de gestion financière et d'administration légale des biens accomplis par les directeurs ou administrateurs seront, chaque année au moins présentés au contrôle de l'assemblée générale des membres de l'association et soumis à son approbation.

Les associations pourront recevoir, en outre, des cotisations prévues par l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901, le produit des quêtes et collectes pour les frais du culte, percevoir des rétributions : pour les cérémonies et services religieux même par fondation ; pour la location des bancs et sièges ; pour la fourniture des objets destinés au service des funérailles dans les édifices religieux et à la décoration de ces édifices.

Les associations cultuelles pourront recevoir, dans les conditions prévues par les trois derniers alinéas de l'article 910 du code civil, les libéralités testamentaires et entre vifs destinées à l'accomplissement de leur objet ou grevées de charges pieuses ou cultuelles.

Elles pourront verser, sans donner lieu à perception de droits, le surplus de leurs recettes à d'autres associations constituées pour le même objet.

Elles ne pourront, sous quelque forme que ce soit, recevoir des subventions de l'État, des départements et des communes. Ne sont pas considérées comme subventions les sommes allouées pour réparations aux édifices affectés au culte public, qu'ils soient ou non classés monuments historiques. »

⁷⁰³ B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Droit et religions en France », *RIDC*, 1998, n° 2, p. 335, spéc. p. 346-347.

⁷⁰⁴ Ph. PORTIER, *L'État et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Rennes, Presses universitaires, 2016, p. 146-147.

de la société ecclésiale [...] et ne [présentait] pas, à ses yeux, suffisamment de garanties pour maintenir, dans la gestion du culte, la constitution hiérarchique de l'Église. »⁷⁰⁵. Si tous les cultes de la République française — le judaïsme, le protestantisme, l'islam, ... — ont accepté sans réticence la loi de Séparation, il n'en fut donc pas de même de l'Église catholique.

169. Le bras de fer entre le Saint Siège et la République française. Toutes ces raisons ont conduit le Saint-Siège à refuser le cadre que lui proposait le législateur de 1905 : l'uniformisation de l'Église dans une simple association était trop directement contraire à « la constitution divine de l'Église »⁷⁰⁶. La rupture fut donc consommée par une adresse au peuple français, dans l'encyclique *Vehementer Nos*⁷⁰⁷, auquel « il est demandé de se détourner des doctrines erronées et de se placer sous l'autorité de leurs pasteurs »⁷⁰⁸. La désobéissance civile, commandée tant au clergé français qu'aux fidèles de l'Église catholique, fut suivie d'une rupture diplomatique qui dura près de vingt ans.

170. La concession du Conseil d'État sur les associations diocésaines. Il fallut attendre la fin de la Grande guerre et l'élection d'un nouveau pape pour que les deux puissances, la République française et le Saint-Siège, reprennent les échanges diplomatiques. Au terme d'une longue négociation, le pape Pie XI finit par proposer, en 1923, un nouveau modèle associatif portant les associations diocésaines, spécialement adaptées à la constitution hiérarchique de l'Église catholique. Ces nouvelles structures devaient être placées sous la présidence expresse de l'évêque du diocèse et surtout, un nouvel article 4 posait que « toute immixtion dans l'organisation du service divin, dans l'administration spirituelle du diocèse est formellement interdite à l'association. »⁷⁰⁹.

Ce statut, simplement approuvé par le Conseil d'État dans un avis du 13 décembre 1923, fut scellé par l'encyclique *Maximam Gravissimamque* du 18 janvier 1924 — ensemble qui porte aujourd'hui le nom des accords « Poincaré-Cerretti »⁷¹⁰. Il signe un changement profond non seulement d'un point de vue matériel, puisque « d'extrêmes précautions furent prises pour que l'esprit d'association ne vienne pas contaminer l'esprit hiérarchique des relations entre le clergé et les fidèles »⁷¹¹, mais également d'un point de vue formel : alors que les statuts de 1905 « étaient

⁷⁰⁵ Ph. PORTIER, *op. cit.*, p. 146-147.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 165.

⁷⁰⁷ Encyclique du 11 févr. 1906, du pape Pie X, qui condamne énergiquement la L. du 9 déc. 1905.

⁷⁰⁸ Ph. PORTIER, *op. cit.*, p. 146-147.

⁷⁰⁹ Cité par Ph. PORTIER, *op. cit.*, p. 166.

⁷¹⁰ Parfois en y incluant le nom d'Aristide Briand : les accords « Poincaré-Briand-Cerretti » : v. J.-C. GROSGHENS, « La loi de 1905 et le régime des cultes d'aujourd'hui », *Études théologiques et religieuses*, 2007/1, p. 81 et s.

⁷¹¹ P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux », *RTD civ.* 1956. 1, spéc. p. 41, n° 17.

l'œuvre de la seule souveraineté étatique, ceux de 1924 procèdent d'un accord de deux partenaires »⁷¹². La structure de l'Église catholique a donc échappé à l'uniformisation du modèle associatif proposé par l'État.

171. En résumé. Ayant rompu avec le gallicanisme, la République française a laissé le juge judiciaire dans l'incertitude quant aux litiges relatifs à l'organisation interne de l'Église catholique. Celle-ci réclamait son autonomie, qu'elle obtint, imposant l'idée que « l'exercice de la liberté de conscience [...] suppose une adoption passive de tous les cadres, de toute la discipline de l'Église romaine. »⁷¹³. À l'autonomie nouvelle de l'organisation interne de l'Église devait correspondre une sorte de « zone réservée », pour laquelle le juge étatique se déclare incompétent.

II. La conséquence : la déclaration d'incompétence des tribunaux étatiques

172. Une conséquence de l'autonomie de l'Église. L'enjeu essentiel de la rébellion des catholiques, au début du XX^{ème} siècle, se trouvait dans le refus de l'uniformisation, que le passage par les cadres étatiques légaux rendait inévitable. Or, comment préserver l'autonomie de l'organisation de l'Église si les juges, ayant rompu avec le gallicanisme et devenus laïcs, gardent un droit de regard dans les affaires ecclésiastiques ? Pour laisser la sphère ecclésiastique autonome, pour éviter l'inévitable effet uniformisant du droit commun, le juge judiciaire a accepté de se déclarer incompétent pour connaître des affaires internes à l'Église **(A)**, puis à d'autres types d'obligations en rapport avec l'activité culturelle **(B)**.

A. L'incompétence en matière d'organisation ecclésiastique

173. Cause mystique de la déclaration d'incompétence. Conséquence logique de la non-uniformisation des affaires ecclésiastiques dans le droit commun, les affaires relatives au ministre du culte catholique devaient donc échapper au pouvoir du juge judiciaire. L'activité religieuse paraît difficile à appréhender par les catégories de l'ordre étatique. On a ainsi déclaré que « la finalité spirituelle du ministère — préparer le règne de Dieu sur la terre — exclut, juridiquement, tout rapport causal entre l'activité et les moyens de subsistance alloués »⁷¹⁴. Ce serait une raison mystique qui ferait que « malgré l'effort et la fatigue, le jeu de l'enfant n'est pas juridiquement un travail, ni le cri du prophète, ni la prière de l'orant : la société, de qui procède le

⁷¹² Ph. PORTIER, *op. cit.*, p. 165.

⁷¹³ G. LE BRAS, « Le Conseil d'État, régulateur de la vie paroissiale », in *Études et documents du Conseil d'État*, 1950, p. 63, spéc. p. 74.

⁷¹⁴ T. REVET, note sous Cass. soc., 20 nov. 1986, *Demoiselle Fischer* (1^{er} arrêt) et *Sieur Caldier* (2nd arrêt), *JCP G* 1987. II. 20798.

droit, n'attribue pas à leurs actions de valeur juridique. Toute activité n'est pas un travail au sens du droit du travail, parce que tout, dans les relations humaines, n'est pas du droit. Les services que le ministre offre à son groupe, comme les apparentes rémunérations que le groupe offre à son ministre — l'un et l'autre *nihil inde sperantes*⁷¹⁵ — se situent dans une de ces zones de non-droit⁷¹⁶ où n'existent ni obligations ni sanctions juridiques. »⁷¹⁷.

174. Cause politique de la déclaration d'incompétence. Pourtant, la raison véritable gît ailleurs. Il en est une plus prosaïque au refus de donner une qualification civile à l'activité religieuse : c'est la crainte de « détruire par le dedans les instituts religieux et l'organisation diocésaine »⁷¹⁸. Or, faire de la mission pastorale une obligation recevant la sanction du juge étatique, cela revenait à reprendre d'une main la concession faite de l'autre, lorsqu'en 1923 le Conseil d'État avait approuvé l'organisation du culte catholique dérogeant au modèle trop uniformisant du contrat d'association culturelle⁷¹⁹.

En déclarant sa propre incompétence pour connaître des liens ecclésiastiques, la Cour de cassation parachevait donc, en 1912⁷²⁰, la rupture de la loi de 1905, sur un plan non envisagé par la loi.

⁷¹⁵ On pourrait traduire « sans rien attendre en retour » (ou « sans rien espérer »).

⁷¹⁶ Le terme de « non-droit » doit être entendu comme « non-droit au sens du droit étatique » : ontologiquement, ces obligations religieuses sont du droit au regard de l'ordre juridique dont elles émanent, l'ordre juridique religieux. En raison de l'ambiguïté de ce terme, particulièrement fâcheux pour la présente étude (cf. *supra*, n° 12), nous avons pris le parti d'adopter ce terme le moins possible, lui préférant celui de « domaine d'incompétence ».

⁷¹⁷ J. CARBONNIER, « Préface aux Professions ecclésiastiques », in *Écrits*, Paris, PUF, 2008, p. 1475, spéc. p. 1477 : « Si le travail du clerc n'est pas, au regard du droit, un travail, c'est pour les raisons externes au travail lui-même. Les mêmes raisons qui font que, malgré l'effort et la fatigue, le jeu de l'enfant n'est pas juridiquement un travail, ni le cri du prophète, ni la prière de l'orant : la société, de qui procède le droit, n'attribue pas à leurs actions de valeur juridique. Toute activité n'est pas un travail au sens du droit du travail, parce que tout, dans les relations humaines, n'est pas du droit. Les services que le ministre offre à son groupe, comme les apparentes rémunérations que le groupe offre à son ministre — l'un et l'autre *nihil inde sperantes* — se situent dans une de ces zones de non-droit où n'existent ni obligations ni sanctions juridiques. » Comp. T. REVET, note sous Cass. soc., 20 nov. 1986, *Demoiselle Fischer* (1^{er} arrêt) et *Sieur Caldier* (2nd arrêt), *JCP G* 1987. II. 20798, qui justifie l'irrélevance de l'activité religieuse par « la finalité spirituelle du ministère — préparer le règne de Dieu sur la terre — exclut, juridiquement, tout rapport causal entre l'activité et les moyens de subsistance alloués ».

⁷¹⁸ G. DOLE, *Les professions ecclésiastiques*, (th. dactyl.), 1996, p. 325. Pour cet auteur, en soumettant « l'Église à la législation du travail », ce « contrat de travail aurait pour effet de transformer les diocèses et les congrégations en entreprises séculières à but non lucratif, il dénaturerait foncièrement la convention canonique que le prêtre conclut avec l'évêque lors de son ordination, comme celle du religieux avec son institut, de même se trouverait répudiée la structure hiérarchique de l'Église. Outre la mutation des liens juridiques qui unissent à leurs supérieurs les clercs et les congréganistes, le droit du travail deviendrait leur charte avec toutes ses incidences, notamment en matière de responsabilité civile, au point de vue fiscal et au regard de la législation sociale. »

⁷¹⁹ Cf. *supra*, n° 170.

⁷²⁰ Cass. civ, 24 déc. 1912, *S.* 1913. 1. 378 : les prêtres catholiques « ne sont pas liés à l'évêque diocésain par un contrat de louage de services, et qu'en conséquence, les allocations qu'ils reçoivent de l'évêché ne constituent pas un salaire. » La solution avait déjà été formulée par des juridictions de degrés inférieurs : Trib. civ. Aurillac, 13 févr. 1907, *Revue des institutions culturelles*, 1909. 303. La solution a été étendue dans la foulée aux pasteurs de l'Église réformée : Cass. civ. 23 avr. 1913, *Dieny*, *S.* 1913. 1. 378 : « les pasteurs ne concluent pas relativement à l'exercice de leur ministère, un contrat

Ainsi, qu'on ne s'y trompe pas : la cause de l'incompétence de l'ordre étatique en la matière réside plus dans sa politique de non-immixtion, que dans l'inadéquation des catégories étatiques à la finalité de l'activité sacerdotale. C'est donc pour répondre aux revendications du culte catholique, spécialement, que l'ordre étatique a fait la concession de se tenir en retrait des affaires ecclésiastiques, et de se déclarer incompétent.

175. Risque politique. Cette déclaration d'incompétence n'était pas sans risque. Une voix éloquente s'était élevée, peu après la loi de Séparation, pour avertir le tribunal civil d'Aurillac des conséquences. « Non », entend-on, « il n'est pas possible que des Français échappent à la juridiction française, et que vous refusiez votre justice à des citoyens qui la demandent [...] Ce sera l'importance de votre jugement : il dira que tous les citoyens sont égaux devant les tribunaux français, il affirmera que le privilège du for ecclésiastique n'est plus »⁷²¹.

En effet, refuser de donner une qualification civile aux rapports de la hiérarchie religieuse, n'est-ce pas nier la compétence universelle des juridictions étatiques, et risquer de créer un « État dans l'État »⁷²² ? Le risque de créer un conflit interne de lois, renvoyant pour ce domaine réservé à la compétence de juridictions qui ne sont pas étatiques, a pu soulever des inquiétudes. En doctrine, on jugeait « étrange que la loi du 9 décembre 1905, qui a eu justement pour objet de rentrer les églises dans le droit commun public et privé, eût pour résultat de les placer sous un régime exorbitant, qui serait la négation la plus invraisemblable de ce droit commun »⁷²³.

Aujourd'hui, ce risque semble oublié, tant fut convaincante la voix qui affirmait « qu'il n'y a que les États forts pour promouvoir le non-droit⁷²⁴ *de lege non ferenda* »⁷²⁵. Il convient toutefois de

de louage de services avec les associations culturelles légalement établies. » Et c'est bien l'activité religieuse du ministre du culte qui est irrelevante, ce que confirme la L. n° 50-222 du 19 févr. 1950, art. 1 : « l'exercice du ministère du culte catholique n'est pas considéré comme une activité professionnelle au regard de la législation sociale en tant qu'il se limite à une activité exclusivement religieuse. » Pour les ministres des autres cultes, cf. *infra*, n° 176.

⁷²¹ MATTER, concl. sous Trib. civ. Aurillac, 13 févr. 1907, *Revue des institutions culturelles*, 1909. 303.

⁷²² P. BUREAU, note sous CA Montpellier, 25 juill. 1911, *D.* 1914. 2. 33.

⁷²³ P. BUREAU, note préc.

⁷²⁴ Cf. notre avertissement *supra*, n° 173.

⁷²⁵ J. CARBONNIER, « De l'État quand sa robe l'empêche de courir », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 174. Contre les dangers d'une confiance aussi aveugle, spécialement dans les interactions juridiques État-religion, v. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil*, Paris, LGDJ, 1936, n° 46, p. 90-91 : « Cependant beaucoup d'hommes restent des croyants et un plus grand nombre encore suivent les règles de la morale religieuse et dans leur vie privée sont fidèles au enseignements des Églises. Il n'y a même pas, tout au moins dans la vie familiale, d'institutions véritablement laïques, car les règles que nous suivons sont des règles traditionnelles que le législateur civil a trouvées dans le culte et la morale du christianisme. Mais c'est justement parce que nous sommes dominés par une pensée religieuse que l'esprit moderne veut jalousement défendre l'idée de laïcité contre cette force du passé. La lutte contre l'Église s'intensifie ou s'apaise suivant que le pouvoir civil se sent combattu ou qu'il est suffisamment fort pour ne pas craindre la concurrence d'un autre pouvoir. La lutte pour la laïcité ne saurait jamais s'apaiser, ni finir, car c'est la lutte même pour la civilisation. Tel est le premier principe que la démocratie moderne trouve dans l'héritage de la Révolution et ne saurait abandonner. »

souligner que le risque d'un déni de justice, seulement limité par le *neminem laedere*⁷²⁶, est un risque accepté, pour parachever la concession faite au culte catholique, qui, seul, s'était élevé contre son uniformisation dans le droit commun — les autres cultes avaient accepté le cadre des associations culturelles ou avaient adopté le cadre général de l'association loi de 1901⁷²⁷.

176. L'extension du domaine d'incompétence aux pasteurs et rabbins. Ce qui était accordé au catholicisme ne pouvait être refusé aux autres cultes. Mû par un souci d'égalité, le juge a senti la nécessité d'étendre le domaine de son incompétence aux rapports d'obligation reliant les ministres des autres cultes à leurs associations culturelles, afin qu'ils reçoivent le même traitement que les catholiques — quoiqu'aucune revendication n'ait jamais été formulée en ce sens par les autorités des autres cultes. Ainsi, l'activité du rabbin⁷²⁸ de même que celle du pasteur⁷²⁹, quoiqu'elles auraient pu s'analyser comme un rapport contractuel de travail, cessèrent d'être justiciables des tribunaux étatiques⁷³⁰, tandis que l'activité du simple officiant d'une synagogue⁷³¹ ou celle d'un simple professeur de théologie protestante⁷³² demeuraient de leur compétence et continuèrent de recevoir la qualification de contrat de travail.

Le domaine d'incompétence des tribunaux s'étendra encore, pour englober toutes les activités culturelles.

⁷²⁶ J. CARBONNIER, « Préface à : Les professions ecclésiastiques », in *Écrits*, p. 1475, spéc. p. 1477 : « Que si, tout de même, surgit l'urgence d'un conflit à pacifier, comme il advient parfois dans un peuple de saints, le droit demeure présent sur le bord, tenant en réserve son minimum irréductible d'intervention, le *Neminem laedere* de l'article 1382— affaire pour le tribunal de grande instance, non pour les prud'hommes. »

⁷²⁷ Sur le cadre associatif des autres religions, cf. *infra*, n° 445 et s.

⁷²⁸ CA Paris, 7 mai 1986, *JCP G* 1986, II, 20671, obs. T. REVET.

⁷²⁹ Cass. soc., 20 nov. 1986, *Sieur Caldier* (2nd arrêt), *JCP G* 1987. II. 20798, note T. REVET.

⁷³⁰ L'affirmation est vraie des ministres des autres cultes, non énumérés ici.

⁷³¹ CA Paris, 7 mai 1986, préc. : « Considérant que dans la tradition mosaïque, l'exercice du sacerdoce n'est pas réservé à un officiant rituellement consacré à cet effet par une autorité religieuse hiérarchiquement supérieure, mais peut être confié par une communauté formée par le regroupement de fidèles à une personne certes qualifiée par ses connaissances bibliques mais qu'elle recrute et rémunère à son gré surtout lorsqu'il ne s'agit pas d'un rabbin en titre, mais comme en l'espèce, d'un simple ministre officiant ; qu'au moins pour l'étendue et l'organisation matérielle des activités ainsi confiées, la convention conclue entre la communauté et la personne dont elle s'assure le concours pour le service du culte, implique nécessairement la subordination de ce ministre du culte à l'organisme directeur de la communauté, et ainsi, malgré son caractère spécifique constitue un véritable contrat de travail ouvrant droit pour l'employé au bénéfice de l'assurance contre le chômage. »

⁷³² Cass. soc., 20 nov. 1986, *Demoiselle Fischer* (1^{er} arrêt), *JCP G* 1987. II. 20798, note T. REVET : « Mais attendu que si la discipline de l'Église réformée de France prévoit en son article D-13-5 que les règles qui régissent le statut des pasteurs sont applicables aux professeurs de théologie, elle n'impose pas à ceux-ci de recevoir la consécration-ordination ; qu'il s'ensuit que les fonctions des intéressés ne relèvent pas du ministère pastoral, et que, dès lors, l'UNACERF n'est pas fondée à assimiler les professeurs de théologie aux ministres du culte pour en déduire que les dispositions du Code du travail ne peuvent leur être appliquées », alors que l'UNACERF, qui est l'Église réformée de France, partie défenderesse au pourvoi, avait pris pour argument le fait que dans la discipline de l'Église réformée « tous les professeurs de théologie ont le statut de pasteur. »

B. L'incompétence en matière d'activités culturelles

177. **L'extension problématique du domaine d'incompétence.** Le défaut de pouvoir des juges étatiques s'est d'abord étendu à des rapports moins nettement ecclésiastiques, mais mettant encore en cause l'activité des ministres du culte. Ainsi, le refus par le prêtre du choix d'un parrain pour le baptême ne peut pas être sanctionné devant les tribunaux civils, qui ne verront pas de contrat de mandat entre le père de l'enfant à baptiser et le prêtre⁷³³. De même, l'excommunication d'un fidèle pour son refus réitéré de participer au denier du culte est insusceptible de recours civil ; vainement une partie cherchera-t-elle à faire annuler le refus de sépulture religieuse en se fondant sur le rapport d'obligation existant entre l'association diocésaine et les fidèles⁷³⁴.

Un peu plus éloignée de l'activité du ministre du culte sur ses fidèles, la demande d'un ancien baptisé de voir son nom radié des registres paroissiaux⁷³⁵ : le recours, fondé sur la loi du 6 janvier 1978 relative à la protection des données personnelles⁷³⁶, n'a pas prospéré, alors que les

⁷³³ Trib. civ. Épinal, 11 mai 1910, *D.* 1911. 2. 279. Il ne s'agissait pas, à la différence des autres affaires mentionnées, du lien entre le ministre du culte et sa hiérarchie, mais du lien entre le ministre du culte et certains de ses fidèles : en l'espèce, il était question d'un baptême, pour lequel le prêtre, choisi par les parents, avait refusé le parrain, également choisi par les parents. Ce refus déplut au père, qui assigna le prêtre en paiement de dommages-intérêt, lui faisant sévèrement remarquer qu'il n'était que son mandataire. Une telle conception civiliste du lien entre le ministre du culte et un fidèle a bien entendu été écartée par les juridictions étatiques.

⁷³⁴ P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.* 1956, 1 : l'auteur cite le cas d'un refus de sépulture religieuse à un fidèle : Trib. civ. Montbéliard, 15 déc. 1910, *Rev. des grands procès*, 1911. 83, cité p. 27, note 100, et p. 28, n° 12 : d'une manière générale, « les tribunaux refusent d'examiner la conformité d'une décision ecclésiastique au Droit canonique, véritable "statut" de l'Église catholique. En revanche, dans les autres institutions privées, ils contrôlent la conformité des décisions disciplinaires au statut de l'institution : statuts d'une association, règlement d'atelier d'une entreprise... Le Droit civil accepte ainsi le jeu des institutions ecclésiastiques ».

⁷³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 19 nov. 2014, n° 13-25156, *D.* 2015. 850, obs. F. DIEU, confirmant l'arrêt de la cour d'appel de Caen, 10 sept. 2013 ; *D.* 2013. 2611, obs. R. LIBCHABER, « Limitation et auto-limitation du droit étatique : à propos de la radiation d'une mention de baptême ». Le demandeur au pourvoi considérait que l'ordre juridique religieux ne pouvait conserver des données personnelles s'il s'y opposait. La Cour de cassation le déboute sur ce moyen, affirmant sèchement que « à la demande de l'intéressé, la mention "a renié son baptême par lettre datée du 31 mai 2001" a été inscrite sur ce registre le 6 juin 2001 en regard de son nom ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui a justement retenu que, dès le jour de son administration et en dépit de son reniement, le baptême constituait un fait dont la réalité historique ne pouvait être contestée, a décidé, à bon droit, qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner l'effacement de sa mention du registre. »

⁷³⁶ L. n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, remplacée par le Règlement général sur la protection des données personnelles. Plus spécifiquement, c'est l'article 9, 2, d, qui aurait vocation à s'appliquer à l'espèce.

dispositions de la loi ne s'opposaient pas clairement à la demande⁷³⁷. De toute évidence, la raison de ce rejet était que ce « type de réglementation [...] échappe par nature »⁷³⁸ aux tribunaux civils.

Mais quelle est l'étendue des activités qui échappent, « par nature », au regard du juge étatique ? De l'avis de certains, le refus de la Cour de cassation de sanctionner l'époux de confession juive, réticent à délivrer le *gueth*, s'explique par le fait qu'il s'agit « d'une obligation purement religieuse »⁷³⁹. Du reste, la Cour de cassation, décidant que le choix de donner ou de retenir cette lettre de répudiation était une faculté laissée à la discrétion du mari⁷⁴⁰, a manifesté qu'elle n'y voyait qu'une question de conscience, dépourvue de caractère obligatoire — entendons : de juridicité.

De là, une conclusion s'est imposée en doctrine : les obligations purement religieuses ne pourraient être sanctionnées par les juridictions étatiques en raison du principe de laïcité⁷⁴¹, et ces obligations pourraient être fort nombreuses, puisqu'elles seraient susceptibles de toucher des questions d'après-divorce comme le *gueth*, fort éloignées de l'activité sacerdotale dont elles étaient parties. On le voit : l'imprécision de l'obligation purement religieuse a des conséquences sur la recevabilité des autres obligations religieuses, ce qui nuit à la cohérence du système fondé sur la norme de relevance contractuelle.

⁷³⁷ L. n° 78-17 du 6 janv. 1978 préc., art. 36 : « Le titulaire du droit d'accès peut exiger que soient rectifiées, complétées, clarifiées, mises à jour ou effacées les informations le concernant qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte, ou l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite. » Les registres paroissiaux n'étaient envisagés qu'à l'ancien article 31, al. 2, qui les autorisait à tenir des registres automatisés. « Aucun contrôle ne peut être exercé, de ce chef, à leur rencontre. »

⁷³⁸ R. LIBCHABER, « Limitation et auto-limitation du droit étatique : à propos de la radiation d'une mention de baptême », *D.* 2013. 2611 : « La cour a-t-elle répondu que le motif de radiation était illégitime ? On sent un décalage dans l'inspiration : plutôt que d'aller sur le terrain du droit, elle a préféré signaler le caractère inopportun de la demande. La loi de 1978 n'a pas été conçue pour les registres paroissiaux, de sorte qu'à supposer même que la demande d'opposition de M. L. ait été justifiée, elle serait irrecevable au regard de la situation. Ce n'est que par une appréciation d'opportunité globale que la cour a estimé que les règles du droit français ne pouvaient pas justifier la demande de M. L., et l'on ne serait pas étonné que la Cour de cassation suive la même voie si elle se trouvait saisie. » Au point qu'il se demande : « N'aurait-il pas été plus satisfaisant qu'un *caveat* soit posé, par lequel les tribunaux auraient d'emblée reconnu le caractère inopportun du contrôle qui leur était demandé [...] ? Ne serait-il pas satisfaisant que le droit français reconnaisse l'autonomie de certaines activités qui relèvent d'un ordre juridique particulier, dont la France reconnaît l'existence et la vocation juridique ? »

⁷³⁹ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, (préf. G. CORNU), Paris, LGDJ, 1995, p. 364, note 494 : pour l'auteur, il ne fait pas de doute qu'on ne peut demander judiciairement l'exécution d'« une obligation purement religieuse, que le principe de laïcité interdit de sanctionner en soi ». V. également, P. BARBIER, « Le problème du *gueth* », *Gaz. Pal.* 1987, doctr. 484, spéc. p. 487 : « on peut tout de même se demander, au contraire, si l'on ne se trouve pas précisément, ici, en présence d'une obligation de cette nature, surtout si l'on songe qu'il ne peut guère exister quelque chose de plus personnel que l'accomplissement d'un acte religieux. » Comp. H. et L. MAZEAUD, *RTD civ.* 1958. 615 : « Mais le droit de refuser le *gueth*, qui est conféré au mari par la loi religieuse, n'est-il pas de ces droits absolus, insusceptibles d'abus, parce que leur exercice ne peut dépendre que de la conscience de leur titulaire ? »

⁷⁴⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 21 avr. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, n° 306-307, jurispr., p. 590, note F. CHABAS. Également, Cass. civ. 2^{ème}, 21 nov. 1990, n° 89-17659.

⁷⁴¹ D. LASZLO-FENOUILLET, *ibid.*

178. En résumé. Les raisons politiques qui ont conduit l'ordre étatique à accepter que l'Église catholique s'organise suivant un régime dérogatoire de la loi de séparation de 1905 ont eu des répercussions sur l'activité du juge judiciaire. Celui-ci, jugeant que le respect de l'organisation interne de l'Église catholique l'exigeait, a consenti à se déclarer incompétent dans les litiges relatifs à l'organisation interne de l'Église. De là, son incompétence auto-déclarée s'est étendue à l'activité des ministres des autres cultes, puis à toute obligation « purement religieuse », sans que les contours de ces obligations purement religieuses aient jamais été clairement définis. Or, la propension du juge à étendre le domaine de son incompétence est problématique pour l'efficacité de la norme de relevance contractuelle. Du point de vue du plaideur, il ne suffit pas d'avoir contracté une obligation religieuse pour pouvoir s'en prévaloir valablement ; il faut, en outre, que ladite obligation échappe à ce domaine d'incompétence. En l'état, les contours des obligations purement religieuses manquent de la netteté nécessaire à assurer la prévisibilité des solutions. C'est pourquoi il est nécessaire de qualifier avec plus d'exactitude les obligations religieuses susceptibles de recevoir la sanction du juge étatique.

§2 Les obligations religieuses recevant la sanction judiciaire

179. Rattacher l'obligation religieuse à une obligation étatique. Pour qualifier les obligations religieuses, il suffit, *grosso modo*, de raisonner d'après les catégories connues du droit étatique **(I)**. Cette méthode de qualification permet de déterminer les obligations religieuses qui, parce qu'elles rencontrent un équivalent en droit étatique, pourront être justiciables des tribunaux judiciaires. Il en résulte une typologie des obligations religieuses **(II)**.

I. La méthode de qualification

180. Qualifier d'après les catégories étatiques. En réalité, déclarer que les obligations purement religieuses « échappent par nature »⁷⁴² à l'emprise du droit commun est une pétition de principe. Batiffol considérait qu'il n'existait « aucun exemple d'impossibilité radicale de classification, et on connaît au contraire bien des analyses acceptables d'institutions à première vue hétérogènes à tous nos cadres. »⁷⁴³. Qualifier, quitte à déformer un peu l'institution étrangère, n'a

⁷⁴² Cf. *supra*, n° 177.

⁷⁴³ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, n° 20, p. 44 : « la qualification par la fonction va alors permettre de confronter avec nos catégories les institutions les plus différentes. On pourrait a priori en douter : les réalités sociales sont d'une variété si ample dans l'espace comme dans le temps qu'il paraît audacieux de prétendre les enfermer dans quelques catégories propres à un pays et à une époque. Mais c'est ici que se révèle à nouveau précieuse l'expérience juridique : la jurisprudence comparée des conflits de lois compte des milliers de décisions ; il y a des juridictions, dont le Conseil privé du Roi d'Angleterre est le plus illustre exemple, qui ont eu affaire par vocation aux systèmes les plus différents, en y comprenant, non seulement bien entendu le droit

jamais posé de réel problème en droit international privé. La grande compatibilité des institutions de tous les systèmes juridiques du monde avec les catégories d'un seul s'expliquerait par le fait que les institutions humaines sont toutes animées par des buts semblables : « Tout système positif, pour autant qu'il soit suffisamment développé, n'est jamais qu'une solution déterminée de problèmes qui, dans leurs tréfonds, sont universels. Dans les cinq parties du monde, les hommes se marient, possèdent des biens, échangent des services, meurent. »⁷⁴⁴.

À l'inverse, pour qu'une institution étrangère ne puisse entrer dans aucune catégorie du droit français, il faudrait que l'universalité décrite fasse défaut. L'hypothèse d'une absence totale de communauté juridique, jugée difficilement concevable par Batiffol, serait caractérisée si les finalités des systèmes juridiques étaient drastiquement différentes. Autrement dit, pour que cette étrangeté insurmontable soit caractérisée, il faudrait que le problème auquel répond l'ordre religieux n'existe pas dans l'ordre juridique étatique.

181. Méthode de l'interrogation de la finalité de l'institution religieuse. Est-ce à ce genre d'étrangeté insurmontable que ferait face l'ordre étatique français, lorsqu'il se déclare sans pouvoir sur un rapport purement religieux ? Dans un premier élan, nous pourrions répondre par l'affirmative : la finalité recherchée par l'ordre spirituel est, de l'avis d'une doctrine très partagée, de « préparer le règne de Dieu »⁷⁴⁵; tandis que la finalité poursuivie par l'ordre temporel est d'organiser la vie sociale et terrestre des hommes.

Cette affirmation appelle deux remarques. La première : à supposer que les deux ordres soient fondamentalement étrangers l'un à l'autre en raison de la différence de finalités qu'ils poursuivent, cette différence supposée n'a pas empêché de nombreux ordres juridiques d'articuler leur droit avec celui de l'ordre religieux. Par exemple, de nombreux ordres étatiques reconnaissent

musulman, mais aussi les traditions hindoues et d'extrême orient et les droits d'Afrique noire ; or on ne cite à ce jour aucun exemple d'impossibilité radicale de classification, et on connaît au contraire bien des analyses acceptables d'institutions à première vue hétérogènes à tous nos cadres. »

⁷⁴⁴ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 1974, 6^{ème} éd., t. I, n° 422, p. 378. Les auteurs ajoutent : « Nos règles françaises sur le mariage ou les successions ne sont qu'une réponse possible à un problème qui se pose partout, sans doute parce que le fond de la nature humaine est le même partout. Nous ne méconnaissions donc pas nos catégories en classant dans le mariage une union polygamique, ou en qualifiant succession une dévolution contractuelle. Nous nous bornons à considérer nos règles comme les espèces d'un genre qui peut en comprendre d'autres. Et dans cette voie, il n'y a pas d'institution étrangère qui puisse échapper à nos cadres parce que ceux-ci, répondant à des problèmes universels, ont un caractère universel. »

⁷⁴⁵ T. REVET, note sous Cass. soc., 20 nov. 1986, *Demoiselle Fischer* (1^{er} arrêt) et *Sieur Caldier* (2nd arrêt), *JCP G* 1987. II. 20798. Comp. R. LIBCHABER, « Limitation et auto-limitation du droit étatique : à propos de la radiation d'une mention de baptême », *D.* 2013. 2611 : l'auteur justifie l'incompétence des tribunaux étatiques dans la mention des baptisés des registres paroissiaux par une différence profonde de nature entre les activités religieuses et les activités temporelles. Cette expression existe aussi sous la plume de magistrats : v. par ex., CA Douai, 30 mai 1984, *JCP G* 1986. II. 20628 ; CA Lyon, 12 févr. 1963, *D.* 1963. 213.

des effets civils au mariage religieux : la différence de finalité des deux ordres n'empêche pas l'articulation entre eux⁷⁴⁶. La seconde : s'il est vrai que tout ordre religieux contient des dispositions qui sont des articles de foi, détachables de considérations terrestres, tel n'est pas le cas de toutes leurs règles, tant s'en faut.

Il peut donc être fécond d'interroger le sens que l'ordre religieux donne à l'obligation en question⁷⁴⁷, afin de savoir s'il convient de la classer parmi les obligations « purement religieuses », en-dehors de la compétence du juge étatique, ou dans les obligations « simplement religieuses », qui seraient susceptibles de recevoir une sanction étatique, et qui impliquent, en conséquence, que le juge se déclare compétent.

Toutefois, la qualification donnée par l'ordre religieux à l'une de ses institutions ne lie pas le juge étatique. Celui-ci doit rester libre, après avoir consulté les qualifications de l'ordre religieux, de donner la définition de son choix, surtout s'il s'agit de circonscrire le domaine de sa propre incompétence. Ainsi, on ne saurait reprocher au juge de limiter la qualité de ministre du culte aux dignitaires religieux ressemblant aux prêtres catholiques, et de rejeter la qualification extensive qu'en donnent la Discipline de l'Église réformée ou le culte mosaïque⁷⁴⁸. La conséquence que le droit français attache à la qualité de « purement religieuse » est trop grave pour se lier à la qualification qu'en donne l'ordre religieux. En somme, si le juge judiciaire doit s'interroger sur la finalité de la règle religieuse dont un plaideur se prévaut, c'est pour faciliter la détermination des

⁷⁴⁶ Sur ce point, cf. *infra*, n° 183 et s.

⁷⁴⁷ Comp. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2012, p. 42 : « la difficulté est connue : même dans les systèmes plus proches des nôtres, il faut toujours analyser l'institution étrangère telle qu'elle est conçue à l'étranger pour savoir si ses caractères permettent de la classer dans telle ou telle de nos catégories. »

⁷⁴⁸ On remarque que la qualification d'activité sacerdotale est particulièrement bien adaptée au ministère catholique, mais l'est moins aux autres religions. Ainsi, par exemple, pour qualifier un ministre du culte protestant, la Cour de cassation a substitué sa propre définition à celle de la Discipline de l'Église réformée de France. Alors que, selon ce corps de règles, l'Église réformée de France déclare que tant les pasteurs que les professeurs de théologie sont des ministres du culte, la Haute juridiction a réservé cette qualification aux premiers, puisque seuls les pasteurs reçoivent la consécration-ordination. V. Cass. soc., 20 nov. 1986, *Demoiselle Fischer* (1^{er} arrêt) et *Sieur Caldier* (2nd arrêt), *JCP G* 1987. II. 20798 : « Mais attendu que si la discipline de l'Église réformée de France prévoit en son article D-13-5 que les règles qui régissent le statut des pasteurs sont applicables aux professeurs de théologie, elle n'impose pas à ceux-ci de recevoir la consécration-ordination ; qu'il s'ensuit que les fonctions des intéressés ne relèvent pas du ministère pastoral, et que, dès lors, l'UNACERF n'est pas fondée à assimiler les professeurs de théologie aux ministres du culte pour en déduire que les dispositions du Code du travail ne peuvent leur être appliquées. » Comp. CA Paris, 7 mai 1986, *JCP G* 1986, II, 20671, obs. T. REVET : la cour a jugé problématique que l'exercice du ministère cultuel mosaïque peut être confié non seulement à un « rabbin en titre », mais également « à une personne, certes qualifiée par ses connaissances bibliques, mais [recrutée et rémunérée au] gré » de la communauté. Face à cette pluralité de candidats pouvant prétendre au titre de ministre du culte mosaïque, la cour d'appel de Paris a jugé que les simples officiants ne doivent pas recevoir cette qualification, faute pour eux d'avoir été « rituellement consacrés à cet effet par une autorité religieuse hiérarchiquement supérieure ».

obligations religieuses susceptibles de recevoir sa sanction, qu'il pourra ordonner suivant une typologie.

II. La typologie des obligations religieuses

182. Une typologie tripartite plutôt que bipartite. Les termes mêmes de la répartition semblent indiquer une typologie binaire. Il y aurait, d'un côté, les rapports purement religieux — les articles de foi, simples facultés laissées à la conscience des coreligionnaires — et, de l'autre côté, les rapports qui, bien que colorés de religiosité, seraient assimilables à des obligations civiles. Les premières échapperaient donc à la compétence des juridictions étatiques, tandis que les secondes en seraient justiciables⁷⁴⁹.

En réalité, en interrogeant la finalité des principales institutions religieuses connues de nos tribunaux, on tomberait plutôt sur une classification tripartite que bipartite. Il y aurait, à un extrême, les rapports sur lesquels l'ordre étatique et l'ordre religieux tombent d'accord pour les déclarer « purement religieux » : ce seraient les rapports du ministre du culte avec son association culturelle. Comme nous l'avons vu, ce résultat tient moins à la nature intrinsèque de l'activité sacerdotale qu'à un accord politique⁷⁵⁰.

À l'autre extrême, il y aurait les rapports teintés de religiosité, mais que l'ordre étatique et l'ordre religieux s'accordent à classer parmi les rapports « non purement religieux » : on devrait y placer le *gueth*, puisque, par sa situation dans le *Schulchan Arouch*⁷⁵¹, il est abordé dans le troisième livre du recueil, consacré au statut personnel, et non dans les deux premiers, consacrés aux questions religieuses⁷⁵². Ces rapports sont religieux par accident, pourrait-on dire, et non par

⁷⁴⁹ En faveur de cette distinction, v. J. DEPPEZ, « Famille et religion en droit international privé », in *Revue de droit canonique*, 1990, vol. 4, p. 25 : « Dans la Cité islamique [le statut familial] a toujours été organisé sur le mode communautaire religieux (musulmans, juifs, chrétiens). En ce sens, tous les statuts personnels reconnus dans les États musulmans sont de type confessionnel. Pour autant, les règles contenues dans ces statuts ne sont pas toutes religieuses, au plein sens du terme. En tant qu'il gouverne la cité des hommes, le droit musulman a toujours eu aussi un visage profane, parce qu'il apporte des réponses aux problèmes sociaux, moraux, etc. de la société terrestre. À ce titre, son contenu est souvent analogue à celui d'un quelconque droit civil. Même si droit, morale, religion, y sont mêlés, ses réglementations ne sont pas de nature "religieuse" au point de risquer d'entrer en conflit permanent avec la laïcité à la française. La plupart des règles gouvernant le mariage, le divorce, la filiation ne sont pas à proprement parler religieuses. Elles reflètent comme partout certaines conceptions morales, une certaine conception de l'homme, des rapports entre les sexes, de l'organisation familiale. »

⁷⁵⁰ Sur cet accord politique, cf. *supra*, n° 174.

⁷⁵¹ Rappelons qu'il s'agit du recueil le plus complet des lois juives ou *halakha*, appliqué en Israël. Les deux premiers livres du recueil sont consacrés aux questions religieuses ; la quatrième aux biens ; la troisième au statut personnel.

⁷⁵² Cf. *supra*, n° 96.

destination : réglant des questions d'ordre principalement temporel, les solutions d'origine religieuse auraient pu, à la limite, trouver leur source dans une normativité non religieuse⁷⁵³.

Certes, un analyste opiniâtre parviendrait à trouver une finalité religieuse aux règles les plus accidentellement religieuses. Ainsi, l'intérêt qu'éprouve la femme juive d'obtenir la lettre de répudiation est religieux : le *gueth* lui permet de se remarier selon le rite mosaïque, qui, seul, évitera à sa descendance d'être frappée d'ostracisme. Cependant, cette finalité religieuse est trop lointaine pour que le juge étatique doive s'en inquiéter. Il pourrait, dans une première approche, s'en tenir à l'organisation du code mosaïque, qui lui facilite idéalement la tâche : elle indique le point de vue de l'ordre religieux sur la finalité de la règle dont l'application est demandée.

La qualification que donne l'ordre religieux à ses propres règles ne lie pas inexorablement le juge judiciaire. Mais, sauf à ruiner d'avance toute possibilité d'incorporation de la règle religieuse, le juge, pour donner une qualification, devra tenir compte de l'objectif de l'institution religieuse, surtout quand cet objectif est explicitement donné. Les vues de l'ordre religieux sont à ce sujet d'autant plus utiles au juge judiciaire que ce dernier est souvent assez mal placé pour déterminer, de lui-même, la finalité religieuse des institutions religieuses. C'est pourquoi, en pratique, la divergence de qualification a moins lieu concernant les normes déclarées accidentellement religieuses par l'ordre religieux⁷⁵⁴, que concernant des normes qu'il juge fondamentalement religieuses.

183. La troisième catégorie de normes religieuses. La divergence de qualification caractérise la troisième catégorie, qu'on pourrait dire « mixte », car les institutions de cette catégorie seraient classées, dans l'ordre étatique, comme n'ayant pas une finalité exclusivement religieuse,

⁷⁵³ Les règles de cette catégorie sont assez nombreuses dans le judaïsme et dans l'islam, et le sont nettement moins dans le catholicisme. Certes, il existe bien le compendium de la doctrine sociale de l'Église catholique, mais il forme moins un corpus organisé de règles qu'un ensemble de réflexions et de mises en garde contre ce qui, dans l'ordre temporel, serait de nature à porter atteinte aux valeurs protégées par l'Église catholique : la dignité de la personne humaine ; le bien commun, qui suppose la destination universelle des biens ; le principe de solidarité ; le principe de subsidiarité, par lequel il faut entendre, dans ce contexte, qu'aux plus petites entités de la société soient confiées les tâches qui sont à leur mesure et les moyens d'y parvenir : par ex., à l'entité de la famille revient la tâche d'élever ses enfants, à l'entité de l'association revient la tâche de parvenir à son objet social, etc. V. Conseil pontifical justice et paix (dir. Cardinal MARTINO), *Compendium de la doctrine sociale de l'Église*, Cerf, 2005.

⁷⁵⁴ Rappelons que concernant le *gueth*, sa classification, par la Cour de cassation, dans les « facultés dictées par la conscience religieuse du mari », tendrait à le ranger dans les institutions à finalité religieuse, et non dans les institutions accidentellement religieuses. Mais cette position prête trop le flanc à la critique, tant par la doctrine française, que par l'exemple contradictoire du droit comparé, pour qu'on puisse sérieusement considérer que ce « conflit de qualifications », entre la qualification donnée par l'ordre religieux et par l'ordre étatique français, doit être pris au sérieux.

alors que l'ordre religieux les classe parmi les institutions à finalité religieuse. L'affaire *Pellegrini*⁷⁵⁵, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'article 6 de la Convention relatif au procès équitable devait être respecté par les juridictions italiennes lorsqu'elles donnent l'*exequatur* aux décisions émanant des tribunaux religieux, en matière de nullité de mariage, témoigne de la différence de nature du mariage catholique et du mariage civil. Alors que l'ordre religieux lui donne une nature sacramentelle, nature confirmée par la spécificité de la procédure en annulation des mariages religieux, l'ordre étatique considère que le mariage religieux n'est qu'une variante du mariage civil : c'est ce qui permet à l'ordre juridique italien de conférer des effets civils au mariage célébré religieusement ou annulé devant les tribunaux ecclésiastiques⁷⁵⁶ ; c'est ce qui permet au juge français de déclarer que la célébration religieuse du mariage n'est qu'une question de forme, obéissant, dans les mariages internationaux, à la règle *locus regit actum*⁷⁵⁷.

Du point de vue de l'ordre catholique, la réciproque n'est évidemment pas vraie : en droit canonique, le mariage civil ne vaut pas mariage catholique⁷⁵⁸.

184. Autres exemples. Les exemples d'analyses divergentes d'institutions religieuses pourraient être multipliés à l'envi : le baptême, par exemple, dont il a déjà été dit qu'il présentait une gravité suffisante pour requérir le consentement des deux parents, est analysé, par l'ordre étatique, non comme l'entrée solennelle d'un enfant dans une communauté religieuse donnée, mais comme un acte non-usuel d'éducation⁷⁵⁹. La circoncision pourrait à la limite subir la même analyse, de même que la fréquentation d'écoles religieuses : tous ces actes, jugés fondamentalement religieux par les ordres religieux eux-mêmes, le juge étatique peut les « désacraliser » pour les réduire à un équivalent civil⁷⁶⁰.

⁷⁵⁵ Cour EDH, 20 juill. 2001, n° 30882/96, *Pellegrini c. Italie*, *AJDA* 2001. 1060, chron. J.-F. FLAUS ; *Rev. crit. DIP* 2004. 106, note L.-L. CHRISTIANS ; *RTD civ.* 2001. 986, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *RTDH* 2002. 470, note J.-P. COSTA ; *Gaz. Pal.* 23 juill. 2002, p. 2, note L. SINOPOLI.

⁷⁵⁶ Arrêt préc.

⁷⁵⁷ Cass. civ., 22 juin. 1955, *Caraslanis*, *Rev. crit. DIP* 1955. 723, note BATIFFOL ; *D.* 1956. 73, obs. CHAVRIER ; *JDI* 1955. 682, note SIALELLI ; *GAJDIP* n° 27 ; *JCP* 1956. II. 9328, note GUIHO.

⁷⁵⁸ Pour une étude du point de vue religieux, v. A. SARIS, « Tribunaux religieux et contextes canadien et québécois », (2006) 40 *R.J.T.* 353, p. 364 : « Pour ce qui est du mariage civil, il n'est pas reconnu comme mariage par les autorités religieuses : on ne parle alors que de mariage naturel. »

⁷⁵⁹ Sur les actes non-usuels d'éducation, cf. *supra*, n° 107 et s.

⁷⁶⁰ Il est intéressant de constater que telle n'est pas l'attitude du juge canadien, qui accepte d'adopter l'analyse de l'ordre religieux, pourvu que les parties ou, à défaut, les autorités religieuses, lui en fournissent la preuve. Au sujet de la nature de l'eucharistie, v. par ex., Cour suprême du Canada, *Droit de la famille – 2505*, [1996] *RDF* 785 (C.S.), § 49 et 50 : « Il s'agit à cette étape de déterminer si, *prima facie*, l'administration à A... par l'Église catholique du sacrement de la communion constitue :

(i) Selon les règles de l'Église catholique, une acceptation d'A... comme membre de l'Église catholique, et, par conséquent, une renonciation par A..., à toute autre religion ; et

Plus éloignées du droit de la famille, les normes de la *casbrout*, du *halal*⁷⁶¹, des codes vestimentaires seront considérées par l'ordre étatique comme ne servant pas immédiatement une finalité religieuse : réciproquement, le point de vue de l'ordre religieux pourrait déclarer ces normes comme portant une charge religieuse essentielle — mais laissons ces analyses. Il suffit, pour le présent propos, de constater que cette troisième catégorie, qualifiée de « mixte » faute d'un meilleur terme, constitue l'essentiel du contentieux interne devant le juge.

185. Le rattachement de l'institution religieuse à une institution civile. La dimension intrinsèquement religieuse de toutes ces normes aurait pu leur faire perdre leur ancrage sociologique, c'est-à-dire leur rattachement possible aux institutions civiles. Il n'en est rien : la jurisprudence française, à part quelques flottements⁷⁶², considère les institutions religieuses comme suffisamment équivalentes aux siennes⁷⁶³ pour pouvoir en connaître. La finalité religieuse, déclarée par l'ordre religieux, n'est donc pas un obstacle, si le rattachement à une institution civile est possible.

(ii) Selon les règles de la foi musulmane, une renonciation par A... à la possibilité de devenir musulman ou un empêchement radical à cette possibilité.

Les parties n'ont fait aucune preuve sur le premier point. Quant au deuxième point, on n'a que le témoignage de M. S... confirmant ce point, mais qui manquait de clarté. Il serait préférable de faire une preuve par experts sur les deux points. »

⁷⁶¹ Concernant la prohibition du *gharar* ou des contrats aléatoires, en finance islamique, l'ordre étatique accepte volontiers de donner effet à ces contrats, parce que la finalité religieuse de ces contrats n'apparaît nullement dans l'opération en jeu. Loin d'y voir une finalité religieuse, l'analyste laïc serait plutôt tenté d'y voir la reviviscence d'une justice archaïque. Il en va très différemment du point de vue musulman, puisqu'une doctrine sévère (nous avons choisi, pour l'illustration, une des plus rigoureuses doctrines) juge que le chemin menant au péché équivaut au péché, par une sorte d'assimilation préventive, dont l'effet est de déplacer sur toute institution périphérique aux dogmes centraux de la religion la valeur de ces dogmes eux-mêmes. Pour une explication de ce mécanisme, v. A. MEZGHANI, *L'État inachevé. La question du droit dans les pays arabes*, NRF Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris, 2011, p. 92 : « En islam, le *haram* est ce qui est formellement interdit, tandis que le *halal* est ce qui est permis. Ni le licite ni l'illicite ne sont seuls cependant. L'opposition entre les deux termes ne rend pas compte des situations intermédiaires, ni de tous les commandements. Les religions peuvent parfois organiser une gradation. Il y a, entre le licite et l'illicite, des actes qui, sans être obligatoires, sont recommandables ou souhaitables (*mandub*) et d'autres qui, sans être prohibés, sont seulement blâmables ou désapprouvés (*makruh*). Mais il existe aussi des actes permis qui sont indifférents à la religion (*mubab*). En religion, s'il y a du clairement licite et du clairement illicite, il existe entre les deux des cas équivoques. Mais c'est l'illicite qui détermine l'appréciation des comportements. La figure du cercle, celle de l'enclos, permet, peut-être, de dire le champ de l'illicite. L'illicite y est, en quelque sorte, pur. À chacun de décider d'approcher ou non de ce cercle. En délimitant l'illicite, le cercle permet de définir clairement le licite. Il est ce qui est sensiblement éloigné de ce centre interdit. Mais le centre peut s'élargir *puisque le chemin qui conduit à l'illicite est aussi illicite*. » (nous soulignons).

⁷⁶² Cf. *supra*, n° 177.

⁷⁶³ Comp. E. TAWIL, *Norme religieuse et droit français*, Aix-Marseille, PUAM, 2005, p. 223-224 : « Une norme religieuse insérée dans l'ordre juridique étatique est susceptible d'être interprétée différemment, voire d'y subsister alors qu'elle a disparu dans l'ordonnement religieux d'où elle provient. Il apparaît ainsi clairement que le droit interne des religions étatisé est, par nature, du droit de l'État. [...] Mais, lorsque le juriste de droit étatique est confronté à un problème nouveau impliquant une norme religieuse, il s'efforce de faire ce qu'il peut, en ayant recours aux concepts qu'il a l'habitude de manier. S'explique ainsi cette tendance à la réduction des normes religieuses aux concepts et catégories du droit étatique. »

Les institutions entrant dans cette troisième catégorie s'accommoderont donc d'une différence de qualification entre les deux ordres, ce qui indique la souplesse caractéristique de la volonté de mettre en contact des systèmes normatifs différents. Ce rattachement des institutions religieuses à leur supposé équivalent de l'ordre civil préfigure l'uniformisation qu'elles subiront — uniformisation qui se traduira, en pratique, par une distorsion dans les effets juridiques attendus, mais qui est le prix à payer pour que l'ordre étatique puisse reconnaître ces obligations religieuses et leur donner force obligatoire.

186. En résumé. Lorsque les plaideurs demandent au juge étatique de sanctionner l'inexécution d'une obligation religieuse, celui-ci déterminera d'abord s'il peut en connaître. Il décidera en qualifiant d'après ses propres conceptions, sans toutefois ignorer le sens que lui donne la normativité religieuse. Interroger les vues de l'ordre religieux pourra, à l'occasion, lui simplifier singulièrement la tâche, particulièrement si la qualification de l'ordre religieux correspond à l'idée que le juge s'était faite de l'institution en question. Dans un grand nombre de cas, cependant, l'institution religieuse sera considérée, par l'ordre religieux, comme purement religieuse, et, par le juge étatique, assimilable à une obligation civile. La qualification du juge étatique l'emportera, mais la divergence ne sera pas sans effet, à un stade ultérieur de l'intégration de la norme religieuse dans l'ordre étatique.

Conclusion de la section 1

187. Concession politique d'un « domaine réservé » en matière cultuelle. Une tradition jurisprudentielle ancienne considère que l'activité religieuse est en-dehors de la compétence du juge étatique⁷⁶⁴. À l'examen, c'est une concession politique qui est à l'origine de cette catégorisation de l'activité religieuse : il s'agissait de permettre, autant que possible, à l'Église catholique de fonctionner en vase clos, sans subir l'effet inévitablement uniformisant des catégories étatiques. En concédant qu'elle s'organise suivant un contrat d'association « diocésaine », dérogoratoire au modèle prévu par la loi de 1905, en concédant que le juge étatique serait incompétent pour connaître de tous les litiges internes de l'Église, l'État a consenti à circonscrire une sphère dans laquelle il renoncerait à intervenir.

Or, on constate une propension du juge et de la doctrine à étendre ce « domaine réservé » à bon nombre d'obligations religieuses, ce qui met en péril le système de relevance du droit privé. Pour accéder à la vie juridique, les prescriptions religieuses doivent certes avoir fait l'objet d'un accord contractuel, mais encore faut-il que le juge accepte d'en connaître ! Du reste, le flou qui nimbe les frontières de ce domaine réservé n'est pas étranger aux légères discontinuités que la jurisprudence laisse entrevoir dans l'application de la norme de relevance contractuelle. Donner une qualification claire aux obligations religieuses exclues de la compétence du juge n'en est que plus nécessaire.

188. De l'importance de qualifier d'après les catégories étatiques. Pour cela, le juge doit qualifier l'obligation religieuse, en se référant à ses propres catégories. Il devra interroger les vues de l'ordre religieux pour connaître la finalité de la règle dont on lui demande la sanction, avant de l'intégrer dans ses propres catégories. Menée jusqu'à ce point, l'opération de qualification de l'obligation religieuse dévoile toute son utilité : elle sert de préalable à l'incorporation de l'obligation religieuse en droit privé. C'est en suivant ce chemin que des effets de droit pourront lui être attachés — en sanctionnant la promesse non tenue de mariage religieux, en déclarant obligatoires les clauses de conformité aux règles de la *cashrout* ou à celles de la *charia*, etc.

Qu'on nous permette d'insister : il existe une raison impérieuse à l'opération de qualification des obligations religieuses. Imaginons l'hypothèse inverse. Si le juge français se conformait aux définitions de l'ordre religieux, comme le font les juges de certains ordres étatiques

⁷⁶⁴ Comp. J. CARBONNIER, « Droit et non-droit », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 28 : c'est même une « institution juridique de non-droit ».

étrangers, la conséquence serait grave : tout un secteur d'activité serait soustrait à l'autorité de l'État. Le danger de créer « un État dans l'État », dénoncé en 1914⁷⁶⁵, n'est pas illusoire. Coulombel estimait que pour que ce danger soit réel, il faudrait que l'État ne soit pas maître des limites de sa compétence⁷⁶⁶. Mais en qualifiant l'activité religieuse d'après les conceptions de la normativité religieuse, l'ordre juridique étatique se soumettrait justement aux limites que fixe l'ordre religieux, au lieu d'en garder la maîtrise ! Formulons la conséquence autrement : si l'ordre juridique étatique se déclarait lié par les vues des ordres religieux en ce qui concerne la qualification de ce qui est religieux, et qui échappe de ce fait à sa compétence, il s'engagerait vers un autre antagonisme de la laïcité que le régime du gallicanisme — celui-ci s'illustre par le contrôle de l'ordre étatique sur l'ordre religieux — : il s'engagerait vers un « séparatisme »⁷⁶⁷.

L'État doit rester maître des frontières de la compétence de son propre droit. Pour cela, il doit qualifier l'obligation religieuse, ce qui permettra au juge de connaître des prescriptions religieuses dûment incorporées dans un contrat. Bien que parsemée de difficultés, la première étape de la qualification n'est vraiment qu'un préalable aux opérations ultérieures par lesquelles les normes religieuses subiront leur traitement uniformisant.

⁷⁶⁵ P. BUREAU, note sous Montpellier, 25 juill. 1911, *D.* 1914. 2. 33.

⁷⁶⁶ P. COULOMBEL, commentant l'inquiétude de P. BUREAU, sous Montpellier, 25 juil. 1911, *D.* 1914.2. 33, in « Le droit privé devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.* 1956. 1, spéc. p. 22, note 77 : « Cette dernière affirmation ne serait exacte que dans la mesure où le droit de l'État ne fixerait pas lui-même les limites du domaine dans lequel il accepte de ne pas entrer. »

⁷⁶⁷ Sur cette notion, cf. *infra*, n° 449 et s., n° 481.

Section 2 : Le traitement uniformisant de l'opération judiciaire d'interprétation

189. « **Da mihi jus, dabo tibi factum** ». Les normes religieuses n'entrant dans le droit français que par la voie du contrat, elles parviennent à la connaissance du juge non comme normes issues d'un ordre juridique autonome, mais en tant qu'obligations contractuelles. L'isolement des normes religieuses parle de lui-même : le « moule contractuel » est, à n'en pas douter, un excellent moyen de leur faire perdre leur autonomie⁷⁶⁸, et, de là, certainement la meilleure façon de les fondre dans l'ordre étatique. Ce processus de transformation d'un droit, à l'origine autonome, en loi contractuelle, semble si rapide que la doctrine a cru pouvoir dire que l'ordre juridique français ne connaissait des prescriptions religieuses que comme de simples faits⁷⁶⁹, éliminant « par absorption ces soi-disant manifestations d'un autre droit. »⁷⁷⁰. Aussi tâcherons-nous d'examiner par le menu cet étonnant processus de transformation.

190. *Terra incognita*. Existe-t-il un « contrat spécial religieux » ? La jurisprudence rendue par les tribunaux français, trop maigre, ne permet pas de systématiser un régime spécial. Certes, le juge statue et répond aux prétentions religieuses des parties ; certes, des conditions sont édictées et des sanctions prononcées. Mais le juge ne semble jamais dévier de l'institution civile qui sert de référence à la qualification de l'obligation religieuse. Ces institutions civiles de rattachement — contrat de bail, règlement de copropriété, contrat de mariage, convention de divorce, convention d'aménagement d'autorité parentale... — sont, par hypothèse, des plus variées.

Toutefois, avec quelque bonne volonté, il est possible d'apercevoir un dénominateur commun toutes les fois où l'exécution d'une obligation religieuse est demandée : recherchant l'accord contractuel, le juge s'assurera toujours que l'institution civile de rattachement permet une telle contractualisation des droits des parties, et le cas échéant, il raisonnera dans un cadre contractuel, *stricto* ou *lato sensu*. De sorte que les conditions exigées et les sanctions prononcées au

⁷⁶⁸ En ce sens, R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD civ.* 2003. 575 : « Dans ses relations avec la religion, l'État est toujours contraint de raisonner de Puissance à Puissance, ce qui l'incite à une hostilité de principe [...] C'est aussi pour cela que, malgré des propositions réitérées, les principes du droit international privé n'ont jamais été transposés à la relation entre l'ordre juridique étatique et les ordres religieux, pris dans leur composante normative. » Également, J. CARBONNIER, « La laïcisation de l'état civil », in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 189, spéc. p. 192.

⁷⁶⁹ C'est sans doute l'éventualité toujours latente d'un tel contrôle, et l'incertitude corrélative du caractère obligatoire d'une clause religieuse, qui a fait dire à une doctrine si majoritaire que le juge judiciaire n'appréhendait les convictions religieuses que comme un fait : par ex., J. CARBONNIER, *D.* 1960, jur. 673, note sous CA Paris, 30 avr. 1959 ; P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.* 1956. p. 1, spéc. p. 13 et s. ; également R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », art. préc. ; Ch. ATIAS, « Les convictions religieuses dans la jurisprudence en matière de divorce », *JCP G* 1984. I. 3151, n° 7-14 ; et tant d'autres.

⁷⁷⁰ B. OPPETIT, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, chron. p. 107, spéc. p. 111.

contentieux ne sont jamais inconnues. La typologie esquissée dans le développement précédent peut s'avérer d'une grande utilité⁷⁷¹, d'abord pour comprendre le genre de conditions exigées pour chacune des obligations religieuses (§ 1), et ensuite pour les sanctions que peut leur donner le juge étatique, lorsqu'il constate qu'une obligation religieuse, dûment contractée, n'a pas été exécutée (§ 2).

§ 1 Les conditions de validité de l'obligation religieuse

191. Conditions propres à chaque institution civile de rattachement. Nous suivrons, sans grande originalité, l'étude des conditions de fond (I) et de forme (II) qui se dégagent de la jurisprudence étudiée au cours du premier titre de la présente partie.

I. Les conditions de fond

192. La force d'attraction des obligations civiles. Bien que les institutions civiles ne soient pas pensées pour servir à l'accueil de prescriptions religieuses, certaines d'entre elles ont un cadre suffisamment lâche pour laisser aux parties le loisir de l'occuper partiellement par les prescriptions religieuses auxquelles elles voudraient se soumettre. L'exemple donné par la jurisprudence des « Digicodes »⁷⁷² montre, dans un cas extrême où le cadre de l'institution civile de rattachement, le contrat de bail, impose peu de limites à la liberté contractuelle, comment cette dernière peut permettre à la liberté religieuse de s'exercer. Il en va de même, avec les variations du degré de liberté qu'on imagine, dans toutes les obligations civiles de rattachement.

Ainsi, tous les cas où les parties pourront contracter une obligation religieuse correspondent à une institution civile de rattachement, dans laquelle les parties disposent d'un certain pouvoir d'auto-organisation. Ces degrés, variables, sont à l'image des interstices plus ou moins vastes dans un ensemble occupé par des règles étatiques. Dans ces interstices, les individus peuvent respirer leur propre air, obéir aux règles de leur convenance. Le législateur laisse aux individus des marges leur permettant de « personnaliser » le rapport de droit en y introduisant du « sur-mesure ».

Pourtant, n'allons pas jusqu'à dire que le législateur n'ait aucun projet pour ces interstices. Si ces espaces sont dégagés de règle étatique précise, la respiration qu'ils permettent est guidée par la volonté du législateur : c'est lui qui ouvre la brèche, c'est aussi lui qui la referme, et c'est encore

⁷⁷¹ Cf. *supra*, n° 182 et s.

⁷⁷² Cf. *supra*, n° 124.

lui qui en donne la forme⁷⁷³. Il y a donc des règles à respecter, pour emplir ces ouvertures d'une normativité autre qu'étatique : ces règles sont commandées par l'esprit de l'institution civile de rattachement. Et respecter cet esprit, c'est, concernant l'occupation des interstices par la normativité religieuse, respecter l'objet du rapport de droit. L'intégration de normes religieuses est donc possible, à la condition que le sur-mesure qui en résulte respecte, en quelque sorte, l'esprit de la loi.

Outre le respect des dispositions impérative du rapport de droit sur lequel se greffe l'obligation religieuse, celle-ci devra aussi être en lien avec l'économie générale du rapport de droit considéré **(A)**. Une fois triées et isolées — processus dont l'effet uniformisant n'a guère besoin d'être développé — ces obligations religieuses sont ensuite dépossédées de leur signification théologique pour n'être réduites qu'à un comportement extérieur : car seul un comportement extérieur est susceptible de faire l'objet d'une prévision contractuelle, non les convictions intimes, qui relèvent du for intérieur. C'est la seconde condition **(B)**.

A. Le respect du type de rapport d'obligation

193. L'esprit du droit entre impérativité et disponibilité. La dialectique du « droit plein » et des interstices laissés à l'autonomie individuelle, autrement appelée la dialectique des règles impératives et des règles supplétives, est ancienne. Mais la tendance ne s'est vraiment imposée qu'à l'occasion des réformes opérées par le doyen Carbonnier, exposées par le doyen Cornu dans un cours de doctorat resté célèbre⁷⁷⁴.

Ce dernier voyait dans cette dialectique nouvelle l'émergence d'un droit pluraliste, dans le sens où le droit civil rénové parviendrait désormais à concilier des tendances sociologiques antagonistes. L'œuvre uniformisante du droit civil est donc, à partir de la fin des années 1960, plus douce et persuasive qu'à l'aube du XIX^{ème} siècle : il ne s'agit plus, comme du temps de Napoléon, de « transiger entre deux traditions géographiques, de créer un droit civil français, par le rapprochement sous la même paix civile, sous la même loi civile, du Nord et du Midi de la

⁷⁷³ Sur la généralité de cette assertion, v. C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive* (préf. G. VINEY), Paris, LGDJ, 2004, n° 525, p. 509 : « L'étendue accessible à l'imagination individuelle en présence de règles supplétives n'est pas illimitée mais doit, le cas échéant, être mesuré à l'aune de valeurs essentielles reflétées par ces dispositions. En ce sens, la règle supplétive est à la fois modèle et ordre, modèle directeur obligatoire traçant et délimitant le champ des possibles, luttant contre celles des manifestations de la volonté individuelle qui risquent de mettre gravement en péril la normalité axiologique qu'elle exprime. »

⁷⁷⁴ G. CORNU, *La rénovation du Code civil*, « L'apport des réformes récentes à la théorie du droit civil » (1971) et « Regards sur le titre III du Livre III du Code civil » (1976), Ed. Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2017.

France »⁷⁷⁵. En 1960, l'opposition vient d'ailleurs : c'est désormais « la diversité sociale »⁷⁷⁶ qu'il faut concilier. Aussi bien, la nouvelle fonction du droit commun ne serait plus d'« élaborer un droit civil, qui soit le ciment d'une unité nationale ; elle est devenue de réadapter le droit civil pour qu'il soit [...] un facteur d'harmonie sociale »⁷⁷⁷. La réadaptation du droit civil à la diversité sociale passe, selon le doyen Cornu, par la présence de dispositions autoritaires de la loi, concentrée sur quelques points essentiels, et par un principe de sur-mesure, autorisé par une plus grande autonomie des volontés individuelles⁷⁷⁸.

Plus généralement, ces espaces laissés « comme par réticence »⁷⁷⁹ à l'individualisation ne sont jamais des vides absolus, abandonnés sans directive ni esprit propre à respecter : le législateur « renvoie à d'autres sources qui vont donc s'appliquer en vertu de la loi elle-même et qui vont venir la compléter »⁷⁸⁰ ; il crée un « relais organisé qui se traduira par le déclenchement d'une source "complétive" »⁷⁸¹. C'est dans cette limite que l'autonomie individuelle pourra s'exercer, et l'on comprend à quel point les interstices, s'ils sont nombreux, n'en sont pas moins étroitement guidés par la loi, dont le juge fera respecter l'esprit, en vertu des « normes-cadres »⁷⁸² au contenu évolutif mais résolument laïc⁷⁸³.

⁷⁷⁵ G. CORNU, *op. cit.*, p. 120 : « La refonte actuelle du Code civil est aussi une œuvre de synthèse. Mais en un tout autre sens [que ne l'était le Code Napoléon]. Son démon n'est pas d'établir l'unité législative sur tout le territoire (ce serait plutôt de desserrer un peu l'étau du droit étatique uniforme). Son génie n'est pas de transiger entre deux traditions géographiques, de créer un droit civil français, par le rapprochement, sous la même paix civile, sous la même loi civile, du Nord et du Midi de la France. Son problème, aujourd'hui, est de composer entre les tendances fondamentales diverses et parfois contradictoires qui travaillent et tiraillent notre société actuelle. Le défi ne vient plus de la division nationale mais de la diversité sociale (en quoi il est beaucoup plus complexe). La question n'est plus d'élaborer un droit civil, qui soit le ciment d'une unité nationale ; elle est devenue de réadapter le droit civil pour qu'il soit un facteur d'harmonisation de la vie sociale, un facteur d'harmonie sociale. »

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁷⁸ Ayant exposé la réforme des régimes matrimoniaux, avec l'apparition d'un régime primaire impératif, et une multitude de régimes secondaires, optionnels, Cornu expose sa conclusion, *ibid.*, p. 123 et 125 : « Il est donc tout à la fois vrai de dire que la réforme est autoritaire et libérale : autoritaire sur quelques points essentiels, libérale pour le reste. La réforme a corsé et renforcé un régime primaire d'ordre public en dehors duquel tout est possible [...] Voilà ce qu'est, dans une pensée pluraliste, la synthèse que la loi s'efforce d'opérer entre les tendances contraires qui se développent. »

⁷⁷⁹ R. LIBCHABER, « Circonscription, pluralisme et droits de l'homme », *D.* 2012, 2044 : « Le maillage du droit étatique n'est pas toujours aussi serré que la doctrine le proclame à l'envi : des sphères de liberté existent, mais de façon toujours diffuse, procédant de dérogations reconnues à chaque fois à titre d'exception, comme par réticence. »

⁷⁸⁰ G. CORNU, *op. cit.*, p. 147.

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² Y. LEQUETTE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 janv. 1979, *Rev. crit. DIP* 1979. 629 : « Ces normes cadres se veulent, en effet, l'instrument d'une perpétuelle adaptation du droit à la réalité sociale sans que pour autant une modification législative soit nécessaire. »

⁷⁸³ G. CORNU, *ibid.*, p. 148 : ces normes-cadres sont « des notions légales à contenu indéterminé [...] Appelées à se concrétiser au fil des années, ces notions-cadres auront, en raison de leur contenu virtuel, un contenu évolutif sinon variable. De ces notions à développement continu et progressif, qui sont toujours en instance, en activité, on peut attendre une adaptation plus facile aux besoins de chaque époque. ». Pourtant, l'indétermination nominale de ces

C'est à la faveur de cette réforme que le droit de la famille a connu son premier mouvement vers la contractualisation : progressivement, les pactes d'autorité parentale sortent « de l'ombre et de la nullité absolue »⁷⁸⁴, eux qui, jusqu'alors, étaient dans la « zone de l'illicite ou du non-engagement »⁷⁸⁵. Ces pactes peuvent contenir une « clause religieuse », si elle est conforme à l'esprit que la loi avait insufflé à cet interstice laissé à l'autonomie de la volonté parentale. Signalons que, plus loin du droit de la famille (1), en droit des contrats *stricto sensu*, les mêmes observations peuvent être faites (2).

1. Les rapports de famille

194. Exemples. Ce qui a été observé des pactes d'autorité parentale (a) peut être étendu aux conventions matrimoniales (b), aux aménagements successoraux comme la renonciation anticipée à l'action en réduction (c), etc. Certains de ces cadres étant plus lâches que d'autres, les interstices y seront plus accueillants des clauses religieuses. Tous, pourtant, obéissent à la même règle, qui veut que l'obligation religieuse doit respecter l'esprit dans lequel cette marge de liberté a été octroyée par le législateur.

a. Les pactes d'autorité parentale

195. Liberté limitée par l'intérêt de l'enfant. Actuellement, les analyses les plus avant-gardistes des pactes d'autorité parentale y voient un contrat à part entière, mais qui, ayant sa cause dans la poursuite de l'intérêt de l'enfant, doit faire, en cas de mésentente des parents, l'objet d'une appréciation judiciaire⁷⁸⁶. L'analyse, datant de 2001, n'a pas été démentie par l'évolution générale

normes-cadres se remplit de l'air du temps, c'est-à-dire de la sensibilité du juge à son époque, en adéquation avec l'esprit de la matière.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 166 : « De plus, on peut imaginer que le législateur fait sortir de l'ombre (et de la nullité absolue ?) des pactes familiaux que le droit traditionnel refoulait dans la zone de l'illicite ou du non-engagement, et qui, circonstance aggravante aux yeux de certains — seront le plus souvent des pactes joints à des séparations amiables. Aussi bien, la loi nouvelle ne les fait pas monter brutalement à la vie juridique, comme actes juridiques obligatoires pour le juge et pour les parties. Pour le juge, ce sont des éléments d'information, des facteurs d'appréciation (il peut avoir égard...) La loi attire son attention sur la liberté qui devra avoir présidé à leur élaboration [...] Enfin, les parties elles-mêmes ne sont pas liées par ces pactes comme par des conventions ordinaires. La loi les a rendus unilatéralement révocables pour motifs graves. Et s'il incombe à l'époux qui veut révoquer son consentement, de justifier l'existence et la gravité des motifs de révocation, cette charge probatoire est là seulement pour donner un certain poids à ces pactes, sans leur en donner trop. »

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 166.

⁷⁸⁶ En ce sens, v. l'analyse d'A.-M. LEROYER, « Autorité parentale et contrat », in *La contractualisation du droit de la famille* (dir. D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIERES), Economica, coll. « Études juridiques », 2001, p. 153, spéc. p. 165 et 166 : « Il est traditionnel d'affirmer que les pactes relatifs à l'autorité parentale n'ont pas la force obligatoire des conventions ordinaires, parce que la volonté des parties est à elle seule impuissante à les faire naître. Dans cette acception, le pacte est distingué du contrat, dès lors il n'est pas possible d'admettre une "contractualisation" de l'autorité parentale. Toutefois, cette analyse participe de la conception classique de la force obligatoire du contrat : celle selon laquelle le contrat tire sa force obligatoire de la volonté des parties. Or, cette conception a été renouvelée et certains auteurs ont fait valoir que le contrat pouvait tirer sa force obligatoire d'éléments qui lui sont extérieurs. Les pactes

du droit de la famille, puisqu'elle n'est qu'une application particulière de la figure désormais commune de la convention homologuée par le juge aux affaires familiales⁷⁸⁷. Et si les contours de la norme de relevance contractuelle ont varié au cours des époques⁷⁸⁸, la condition de l'intérêt de l'enfant, elle, n'a pas changé.

Ce standard, en quelque sorte l'archétype des normes-cadres évoquées par le doyen Cornu⁷⁸⁹, est spécialement sensible aux époques : c'est une tête laïque, celle du juge, qui l'apprécie⁷⁹⁰. L'aménagement religieux de l'autorité parentale sera donc toujours limité par l'intérêt de l'enfant, qui connaîtra, au gré des époques, des appréciations variables. Par exemple, pour décider de l'éducation religieuse à donner à l'enfant, lors de la « première époque »⁷⁹¹, l'intérêt de l'enfant était réputé se situer dans l'unité de la famille ; son intérêt était donc que la famille soit religieusement unie. De la sorte, rien ne devait troubler cette unité — ni la séparation de ses parents, ni la mort de l'un d'eux. À l'inverse, dans la « troisième époque »⁷⁹², au seuil de laquelle la société française se trouve actuellement, l'intérêt de l'enfant change : étant devenu le titulaire de la liberté religieuse, l'enfant fera entendre ses inclinations religieuses lorsqu'il sera question d'homologuer judiciairement la convention d'aménagement de l'autorité parentale.

b. Les conventions matrimoniales

196. Liberté limitée par l'ordre public matrimonial. Les conventions matrimoniales, au départ cantonnées au régime des biens, ont pris leur essor, particulièrement depuis l'apparition du divorce par consentement mutuel ; l'extension de leur champ d'action va jusqu'aux clauses religieuses, plus ou moins spécialisées — comme, par exemple, la « clause Liberman » de restitution

portant sur l'autorité parentale pourraient très bien prendre place dans cette nouvelle acception du contrat et contribuer au renouveau des fondements de la force obligatoire des contrats.» L'auteur distingue le pacte nu, dont la force obligatoire résulte de la seule rencontre des volontés, du pacte vêtu : « Seul le pacte vêtu, soit en raison de sa forme (juridictionnelle) soit en raison de sa cause (l'intérêt de l'enfant) donne naissance à un engagement juridiquement sanctionné. » Cf. *supra*, n° 109 et s.

⁷⁸⁷ C. civ., art. 230 et 232.

⁷⁸⁸ Cf. *supra*, n° 102 et s.

⁷⁸⁹ G. CORNU, *La rénovation du Code civil*, « L'apport des réformes récentes à la théorie du droit civil » (1971), Ed. Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2017, p. 148 : « Appelées à se concrétiser au fil des années, ces notions-cadres auront, en raison de leur contenu virtuel, un contenu évolutif sinon variable. De ces notions à développement continu et progressif, qui sont toujours en instance, en activité, on peut attendre une adaptation plus facile aux besoins de chaque époque. »

⁷⁹⁰ Que de chemin parcouru, à ce sujet, entre la présomption de conformité à l'intérêt de l'enfant, aperçue par le doyen Cornu dans la pratique antérieure des parents (*ibid.*, p. 158) et l'appréciation casuistique actuelle ! V., en ce sens, Ch. COURTIN, « La religion de l'enfant en cas de séparation des parents », *AJ Famille* 2010. 29 ; également G. MAUGAIN, « Le juge, le droit de la famille et la religion », *JCP G* 14 janv. 2019, doct. 31.

⁷⁹¹ Cf. *supra*, n° 105.

⁷⁹² Cf. *supra*, n° 111.

du *gueth*⁷⁹³. Actuellement, en droit français, le contrat de mariage peut se grossir d'une clause de choix de loi en cas de divorce international⁷⁹⁴, mais nous n'avons pas connaissance d'une clause religieuse qui ait été jugée apte à rendre obligatoires les stipulations religieuses contractées par les époux entre eux.

Pour les rapports entre époux, l'essentiel du contentieux se concentre au moment de la formation du mariage — c'est le contentieux de la célébration religieuse du mariage — ou au moment de sa dissolution — c'est la question d'après-divorce de délivrance du *gueth*.

Concernant les premières affaires, la sanction de l'inexécution de la promesse indique à quels canons se reporter : l'engagement de se marier religieusement a été souscrit au moment de la conclusion du mariage civil. Pourtant, c'est au moment des fiançailles, ou, si l'on veut, à la période « précontractuelle », que la jurisprudence se reporte, plutôt qu'au moment de la conclusion du mariage civil, pour rechercher quelle avait été la commune intention des parties relativement au mariage religieux. L'on ne saurait s'en étonner, étant donné que la célébration du mariage laïc laisse généralement assez peu de place aux variations personnelles. Il en découle une absence certaine de formalisme dans l'engagement souscrit par les fiancés de se marier religieusement. Ainsi, suivant la mollesse juridique de la période des fiançailles (simple fait juridique, n'engageant que la responsabilité extracontractuelle de celui qui les rompt brutalement, et se prouvant donc par tout moyen), l'engagement de célébrer religieusement l'union ne devient par ailleurs contrat qu'avec la célébration civile du mariage. La preuve de l'engagement est donc libre, et elle sera à rechercher dans les préparatifs du mariage ; il suffit que l'intention soit certaine⁷⁹⁵.

⁷⁹³ Sur cette clause, cf. *supra*, n° 97.

⁷⁹⁴ C'est ce qu'il faut comprendre du Règlement européen n° 1259/2010 du 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, dit Règlement Rome III, article 5. 1 et 5. 2 : « 1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes :

- a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention; ou
- b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention; ou
- c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention; ou
- d) la loi du for.

2. Sans préjudice du paragraphe 3, une convention désignant la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction. »

⁷⁹⁵ C'est la recherche que font invariablement les juges pour déceler la rencontre des volontés des futurs époux concernant l'engagement de se marier religieusement : la publication de la célébration religieuse projetée dans les bans à l'église peut suffire : CA Rouen, 29 avr. 1910, *S.* 1911, 2, p. 37. Mais en l'absence d'un tel écrit, il peut être nécessaire de rechercher la preuve de l'obligation dans un ensemble de faits, comme, par exemple, le rendez-vous pris à la synagogue pour la célébration du mariage fixé par les parties, l'envoi d'invitations nombreuses, l'engagement d'un orchestre : T. civ. Seine, 3 mars 1933, *S.* 1934, 2, p. 67 ; l'envoi de faire-part dont le texte, qui faisait mention d'une célébration religieuse, avait été composé en présence des deux futurs : T. civ. Nancy, 8 juill. 1957, *JCP G* 1957. II. 10300.

Concernant les affaires d'après-divorce, le contrat de délivrance du *gueth* a été insuffisamment pratiqué en France pour qu'il nous soit possible d'identifier à quelles conditions le juge en déclarera l'obligation valide. Cependant, pourquoi ne pas inciter les époux à l'inclure dans le contrat de mariage, ou bien, *in extremis*, dans la convention de divorce ? Dans le premier cas, la stipulation d'une « clause Liberman » dans les mariages français devrait donc se faire devant le notaire, comme d'ailleurs le reste du contrat de mariage. Dans le second cas, cette clause serait comprise dans l'acte sous signature privée déposé au rang des minutes d'un notaire⁷⁹⁶, ou bien dans la convention soumise à l'homologation judiciaire⁷⁹⁷.

c. La renonciation anticipée à l'action en réduction

197. Liberté limitée par l'ordre public successoral. Lorsque la loi du 23 juin 2006 a introduit, en droit français des successions, la renonciation anticipée à l'action en réduction⁷⁹⁸, le législateur n'avait sans doute pas songé que des familles de confession musulmane pourraient utiliser ce mécanisme en guise de norme de relevance⁷⁹⁹. Cette renonciation, qui prend la forme d'un contrat solennel — l'acte authentique qui le contient doit être reçu par deux notaires — permettrait en effet d'introduire l'inégalité successorale propre au droit musulman, qui discrimine suivant le sexe des héritiers⁸⁰⁰. La condition formelle de l'acte authentique est accompagnée de conditions de fond tout aussi strictes relatives au consentement, à la capacité et à l'objet de la renonciation⁸⁰¹, mais la cause ou les motifs d'une telle renonciation ne sont pas envisagés. Les motifs religieux n'émergeront donc pas à la surface du droit ; l'utilisation de ce contrat solennel comme norme de relevance religieuse restera imperceptible du juge et du législateur, et probablement même des notaires.

⁷⁹⁶ C. civ., art. 229-1 et s.

⁷⁹⁷ C. civ., art. 232 et s.

⁷⁹⁸ C. civ., art. 929 à 930-5.

⁷⁹⁹ La doctrine y a pensé : F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2014, 4^{ème} éd., n° 273, p. 270 : « La combinaison de la renonciation anticipée à l'action en réduction et des libéralités graduelles pourrait, au reste, permettre de rétablir des pratiques que notre droit avait entendu éradiquer, tel le privilège de primogéniture ou de masculinité. Et si le danger de tels comportements apparaît peu menaçant dans notre société, on peut en revanche redouter que le nouveau droit des libéralités ne soit l'instrument de pratiques communautaires contraires à l'égalité des sexes ou au principe de laïcité, dont on enseignait, lorsqu'elles résultaient de l'application d'une loi étrangère, qu'elles heurtaient l'ordre public international français ». Les auteurs ajoutent : « On sait que, en droit musulman, les filles ont une vocation de moitié par rapport aux garçons. On pourrait imaginer qu'au sein des familles françaises d'origine musulmane, le père usant des ressources du droit nouveau obtienne des filles une renonciation anticipée à l'action en réduction qui valide de telles pratiques. »

⁸⁰⁰ B. DURAND, *Droit musulman, droit successoral*, Paris, Litec, 1991, n° 384 et s.159 et s.

⁸⁰¹ Sur les conditions de fond, v. C. civ., art. 929 et 930-1 ; sur les conditions de forme, v. art. 930.

2. Les rapports contractuels stricts

198. Liberté limitée par l'ordre public du droit du travail. Les arrêts fondateurs de la matière contractuelle *stricto sensu* n'ont pas donné de précisions particulièrement détaillées des conditions auxquelles la « clause religieuse » acquérait sa force obligatoire. Il n'y a qu'en droit du travail que les tribunaux ont dû préciser les conditions auxquelles cette liberté contractuelle devait se conformer, certainement en raison du contentieux nourri qui alimentait la matière.

En droit du travail, on sait que la soumission des contractants à la normativité religieuse n'est admise dans les entreprises de tendance qu'à la condition que cette soumission soit justifiée par l'emploi du salarié : la Cour de cassation⁸⁰² a ainsi considéré que le licenciement d'un sacristain de la paroisse Saint-Nicolas-du-Chardonnet, en raison de son homosexualité, était sans cause réelle et sérieuse. Il importait donc peu que le sacristain ait souscrit aux dogmes professés par son employeur, resté fidèle à la doctrine « *ante-Vatican II* », qui désapprouvait son orientation sexuelle et en avait fait une cause de licenciement. Pour que cette souscription fût valable, il eût fallu que l'emploi du salarié consistât dans la promotion de la doctrine professée par l'employeur ; or l'emploi de sacristain en était trop éloigné. C'est cette jurisprudence qui a fait dire à M. Jean Savatier qu'« on ne peut avoir les mêmes exigences de loyauté, envers l'orientation religieuse d'un établissement, à l'égard du jardinier qu'à l'égard du directeur »⁸⁰³ — l'emploi de sacristain étant donc jugé plus proche de celui d'un jardinier que d'un directeur.

Reprise et systématisée par la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁰⁴ et par la Cour de justice de l'Union européenne⁸⁰⁵, la condition consacre clairement le principe de proportionnalité : il s'agit en effet d'apprécier l'adéquation d'une telle soumission contractuelle à la mission pastorale de celui qui l'a souscrite, et l'appréciation variera d'un emploi à l'autre, ce qui rend l'appréciation nécessairement casuistique.

⁸⁰² Cass. soc., 17 avr. 1991, n° 90-42636, *Painsecq*.

⁸⁰³ J. SAVATIER, « Liberté religieuse et relations de travail », in *Mélanges Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 455, spéc. p. 470.

⁸⁰⁴ Commission européenne des droits de l'homme, 6 sept/ 1989, *Rommelfanger c/ Allemagne* ; Cour EDH, 23 sept. 2010, req. n° 425/03, *Obst c/ Allemagne*, et req. n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne* ; Cour EDH, 3 févr. 2011, n° 18136/02, *Siebenhaar c/ Allemagne*.

⁸⁰⁵ Insistant sur l'existence d'une juridiction étatique religieusement neutre, pour apprécier l'exigence de proportionnalité dans la soumission aux règles religieuses du salarié, partie à un contrat de travail avec une entreprise de tendance, v. CJUE, 17 avr. 2018, n° C-414-16, *V. Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV* et CJUE, 11 sept. 2018, n° C-68/17, *IR c. JQ*.

Pour autant, ce n'est pas un retour aux accommodements raisonnables : la condition première demeure l'existence d'un accord contractuel — ce qui change tout. À cet accord contractuel s'ajoute l'appréciation variable de la pertinence de la soumission du salarié aux normes religieuses ; mais cette condition est tout à fait habituelle en droit du travail. M. Jean Savatier considérerait même que c'était une manière de « revenir au droit commun du travail »⁸⁰⁶, retour qui « paraît rendre inutile la construction d'un régime spécifique des entreprises de tendance »⁸⁰⁷. La clause religieuse d'un contrat de travail sera donc valide lorsqu'elle se conforme aux directives générales du droit du travail. En d'autres termes, elle ne revêt aucune particularité.

199. Liberté limitée par l'ordre public du droit des libéralités. La même idée est énoncée par la jurisprudence lorsqu'une libéralité est accompagnée d'une « clause religieuse ». L'esprit du droit des libéralités se distingue par le climat de suspicion qui pèse sur le disposant. Le pessimisme anthropologique des rédacteurs du Code civil est connu : « l'homme étant perçu comme une mécanique d'appétits et d'intérêts, comment concevoir qu'il puisse se dépouiller sans contrepartie au profit d'autrui, sauf à être guidé par des motifs peu avouables »⁸⁰⁸ ? Il en résulte que « tout acte à titre gratuit, est par nature, suspect »⁸⁰⁹. La suspicion paraît se vérifier lorsque le disposant stipule une clause religieuse : d'où la présomption d'illicéité que posait la législation révolutionnaire⁸¹⁰, qui n'a pas été reprise explicitement par l'article 900 du Code civil⁸¹¹, mais que la jurisprudence a plus ou moins reconduite⁸¹². Depuis la fin du XIX^{ème} siècle, la « clause religieuse »

⁸⁰⁶ J. SAVATIER, *op. cit.*, p. 470.

⁸⁰⁷ *Ibid.*

⁸⁰⁸ F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2014, 4^{ème} éd., p. 265.

⁸⁰⁹ *Ibid.*

⁸¹⁰ L. du 5 sept. 1791, complétée par la L. du 17 nivôse an II : la première pose que « toute clause impérative ou prohibitive qui gênerait la liberté qu'il a de se marier même avec telle personne, est réputée non écrite » ; la seconde pose qu'« est réputée non écrite toute clause impérative ou prohibitive insérée dans les actes passés même avant le décret du 5 septembre 1791, lorsqu'elle est contraire aux lois ou aux mœurs, lorsqu'elle porte atteinte à la liberté religieuse du donataire, de l'héritier ou du légataire, lorsqu'elle gêne la liberté qu'il a de se marier ou de se remarier, même avec des personnes désignées ».

⁸¹¹ MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Garnery, 3^{ème} éd., 1807, t. II, p. 736 et 737, V^o « Condition » : l'auteur considérerait toutefois que la condition stipulée dans une libéralité, qui limite la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, est contraire à l'article 900 du Code civil, puisque la liberté religieuse est « le premier et le plus sacré des droits de l'homme ».

⁸¹² Cour royale de Colmar, 9 mars 1827, *Pfister*, D. 1827, p. 344 : est une condition contraire à la loi « l'injonction faite à un mineur et à ses descendants de vivre et mourir dans une religion spécialement désignée, sous peine de perdre le bénéfice d'un legs ». Quelques années plus tard, la chambre civile de la Cour de cassation prit un chemin plus sinueux pour invalider la condition religieuse ou matrimoniale stipulée dans un acte gratuit. Tout en visant l'article 900 du Code civil, elle rappelle que les lois de 1791 et de l'an II de la Révolution ne furent pas codifiées et ne sont donc pas nécessairement sous-entendues dans l'article visé : Cass. civ., 22 déc. 1896, D. 1898, I, p. 537, concl. DESJARDINS : « Vu l'article 900 du Code civil ; attendu que la condition de viduité imposée par le testateur à sa femme survivante pour qu'elle puisse profiter de ses libéralités, qui avait été prohibée par les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an II, n'est aujourd'hui interdite par aucune disposition du Code civil ; attendu, d'autre part, que cette condition qui peut trouver sa justification soit dans les intérêts du légataire, soit dans l'affection du disposant pour sa famille personnelle, ne doit

est jugée illicite si elle a été inspirée au disposant par des motifs répréhensibles⁸¹³. Et le motif est jugé répréhensible lorsque la libéralité a été faite pour appâter le bénéficiaire veule : le soupçon général qui pèse sur le donateur sera confirmé par l'existence de ce pacte faustien, par lequel le bénéficiaire aurait renoncé à sa liberté religieuse, « car il ne doit pas être permis de tenter son prochain, ni de le corrompre, et la révolte des âmes faibles doit être encouragée. »⁸¹⁴.

C'est avec une discrétion semblable que la dot musulmane pourrait se résorber dans les rapports d'obligation entre futurs époux, si les juges lui donnaient une qualification civile. Encore faut-il qu'elle puisse s'y couler. Somme d'argent versée par le futur à son beau-père, la dot musulmane présente, en droit musulman, la particularité d'être à cheval entre la libéralité et le régime matrimonial⁸¹⁵. Le juge français décidera toutefois d'y voir seulement « une somme d'argent

pas, en règle générale, être considérée comme contraire aux mœurs ; attendu qu'elle ne peut être réputée non écrite que dans les cas où elle aurait pu être inspirée au testateur par des motifs répréhensibles, dont la preuve incombe à la partie qui en demande l'annulation et qui doivent être précisés par les juges du fond. »

⁸¹³ Cass. civ., 22 déc. 1896, préc. Également, Cass. req., 11 nov. 1912, *D.* 1913, I, p. 105 : « Attendu que la condition de ne pas se marier, imposée par le testateur à son légataire, et qui n'est interdite par aucune disposition du Code civil, ne saurait être déclarée "contraire aux mœurs" et, par suite, non écrite aux termes de l'article 900 » ; Cass. req., 8 avr. 1913, *DP* 1915, I, p. 29 : « Mais attendu que la condition de viduité imposée par le testateur à sa femme survivante pour qu'elle puisse profiter de ses libéralités, qui avait été prohibée par les lois du 5 septembre 1791 et 17 nivôse an II, n'est aujourd'hui interdite par aucune disposition du Code civil, et ne doit pas, en règle générale, être considérée comme contraire aux mœurs. » Telle doit être encore l'analyse donnée au jugement du T. civ. Châtelleraut, 8 févr. 1949, *D.* 1949, p. 467, note J. CARBONNIER : dans cet arrêt la testatrice pose à sa libéralité une condition de non-remariage de son mari avec sa maîtresse, ce qui avait pour conséquence d'empêcher la légitimation des enfants adultérins nés pendant le mariage. C'est parce que la condition de non-remariage empêche la légitimation qu'elle est illicite, et non parce qu'elle avait été guidée par une jalousie posthume, motif répréhensible. V. encore T. civ. Seine, 22 janv. 1947, *Dame Burdy*, *D.* 1947, p. 126 : le disposant légua à sa petite-fille toute son argenterie, ses bijoux, ses fourrures et ses meubles à la condition qu'elle n'épouse pas un juif. La condition est réputée non écrite, car elle était inspirée par un motif répréhensible. V. Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 2012, n° 10-17.365, obs. M. GRIMALDI, *RTD civ.* 2013, p. 162 : des testateurs imposaient à la femme de leur fils ainsi qu'à leurs enfants de se convertir au judaïsme : l'arrêt d'appel est cassé pour défaut de base légale, parce que les juges du fond n'ont pas recherché si la clause religieuse « portait atteinte à l'ordre public interne, notamment au regard [des articles 8 et 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme] ».

⁸¹⁴ J. CARBONNIER, note sous T. civ. Châtelleraut, 8 févr. 1949, *D.* 1949, p. 467.

⁸¹⁵ Son origine religieuse est douteuse : il serait plus exact de la rattacher à une culture où le régime matrimonial est la parfaite séparation de biens, l'époux ayant seul à sa charge l'obligation d'assumer les finances de la famille, et où le statut de la femme revient à un état d'incapacité, à la charge de son tuteur légal, qu'il soit père ou mari. Cet arrière-plan culturel, où la somme d'argent qui transite ainsi d'un patrimoine masculin à un autre, a pu susciter le doute quant à sa licéité : ne serait-ce pas le corps de la femme qu'elle est censée monnayer ? De fait, certains auteurs mentionnent les ressemblances entre la dot musulmane et la vente ; en réalité, il s'agit seulement d'insister sur le caractère synallagmatique du contrat qui se forme ainsi. V. G.-H. BOUSQUET, *Le droit musulman*, Paris, Armand Colin, 1963, p. 99 : « Chez les auteurs européens, nous rencontrons une idée erronée, jadis fort répandue, à savoir que le mariage serait une vente. À la vérité, il existe, au moins en apparence, des arguments non dénués de valeur pour le soutenir. On peut, sans doute, négliger le fait que le mariage, pour les masses, ressemble trop souvent à une vente. Nous recherchons, en effet, les opinions des savants et ne faisons pas, ici, de sociologie : ce qui peut faire croire que le mariage est bien une vente, c'est que les auteurs assimilent la dot payée pour obtenir la femme, au prix de la vente. J'ajoute même que, dans la *Moudawwana*, on établit aussi de continuelles comparaisons entre l'affranchissement d'un esclave et la répudiation de la femme qui reprend sa liberté. Seulement ces arguments sont loin d'être irréfutables : le mot 'vente' (*ba'y*) désigne, en réalité, toute espèce de contrat synallagmatique. D'autre part, l'assimilation du mariage au *ba'y* n'est pas constante, et dans la *Moudawwana* (entre autres textes), le contraire est parfois expressément indiqué. De plus, les auteurs assimilent parfois le mariage à une pratique culturelle, à une *'ibâda*, bien que sa conclusion ne soit marquée par aucune cérémonie religieuse. »

versée par le futur mari au père de sa future épouse en vue de cette célébration »⁸¹⁶, et de la soumettre au droit des libéralités, sous réserve du respect de l'ordre public matrimonial.

200. La question de l'obligation religieuse indépendante. Il apparaît donc que la licéité de la clause religieuse dépendra de sa conformité à l'économie générale du rapport de droit dans lequel elle s'insère. Dans l'exemple du contrat de bail, les parties auraient pu stipuler une clause intégrant certaines prescriptions religieuses⁸¹⁷, mais pas n'importe lesquelles : seules celles qui étaient en lien avec le bail à usage d'habitation. Les modalités d'entrée et de sortie d'un immeuble d'habitation, le genre de serrure de la porte commune — mécanique ou « digicode » —, pouvaient donc figurer dans leur accord, de manière à les rendre conformes aux prescriptions de la religion visée. Dans le règlement de copropriété, les parties auraient pu convenir d'autoriser sur les balcons certaines constructions seulement, comme les *souccah*, à l'exclusion des autres types de constructions. Bref : ces stipulations auraient été en rapport avec l'économie générale du rapport de droit dans lequel elles s'inséraient.

De là, une interrogation : les parties pourraient-elles conclure un « contrat religieux » sans le support d'une obligation civile ? Imaginons, par exemple, la promesse d'un enfant majeur faite à son père d'accomplir un pèlerinage que lui impose son rite, ou bien l'engagement d'une salariée à porter le foulard islamique. Si la question a tous les traits d'une hypothèse d'école, elle n'en est pas moins intéressante, car il est très vraisemblable que le juge verrait là un non-engagement, un accord purement verbal auquel il refuserait sa sanction, autrement dit : une hypothèse relevant du domaine d'incompétence des tribunaux étatiques. Ainsi, le lien qui unit l'enfant majeur à son père ne permet pas de donner à l'engagement une force obligatoire quelconque. Le cas de la salariée voilée est sensiblement le même : si l'exécution du contrat de travail n'impose objectivement aucune tenue particulière, son engagement ne peut se greffer sur aucune institution civile de rattachement⁸¹⁸. Dès lors, l'obligation redeviendrait « purement religieuse » et sortirait du domaine de compétence du juge étatique⁸¹⁹.

Il est donc vraisemblablement nécessaire que le juge étatique sache à quel corpus de conditions se référer pour apprécier la validité de la clause religieuse, et ce corpus ne peut être

⁸¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 1978, *Benziane*, JDI 1979. I. 353, obs. Y. LEQUETTE : la somme d'argent avait été versée « sous la condition résolutoire de non-célébration », elle ne portait atteinte à la liberté d'aucun des futurs conjoints « de donner ou de refuser son consentement au mariage civil projeté », et de conclure qu'elle « ne portait pas atteinte à l'ordre public ni aux bonnes mœurs ».

⁸¹⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00519, cf. *supra*, n° 124 et s.

⁸¹⁸ Sur cette hypothèse, qui est moins d'école qu'il n'y paraît, comp. *infra*, n° 257 et s., et n° 285 et s.

⁸¹⁹ Cf. *supra*, n° 177.

constitué que par les conditions que la loi attache à une obligation civile déterminée. De cette dépendance de l'obligation religieuse vis-à-vis de l'institution civile résulte directement l'uniformisation de la norme religieuse dans le droit privé. En outre, l'obligation religieuse ne pourra porter que sur les éléments extérieurs du comportement religieux, le for intérieur étant intangible.

B. Le respect du for intérieur

201. For intérieur et for extérieur. Certaines évidences valent la peine d'être dites. Parler de la contractualisation des croyances religieuses n'est qu'un abus de langage pour désigner un comportement extérieur auquel s'oblige le débiteur. Cela signifie que le for intérieur ne peut pas faire l'objet d'une contractualisation : par définition, il est libre et ne peut s'aliéner, pas même par un acte volontaire de son titulaire. Cette évidence étant rappelée, il convient d'affiner.

Les comportements extérieurs sont plus ou moins détachables de la croyance qu'ils sont censés représenter. Ainsi, plus le comportement en est détachable, plus sa contractualisation sera facile. Dans l'obligation de délivrance du *gueth*, le comportement attendu de l'ex-mari débiteur est aisément dissociable de la croyance à laquelle se rattache l'obligation ; l'ex-mari ne pourra pas exciper de son changement de religion pour refuser de s'exécuter. Il en va de même de la certification de viandes *casher*, des contrats de finance islamique, des congés spéciaux attachés au deuil d'un père de confession juive⁸²⁰. L'obligation de se marier religieusement est plus problématique, de même que l'éducation religieuse à donner aux enfants : certes, les enfants pourront être amenés à leur catéchisme ou à leur *yeshiva* par un parent sceptique, mais celui-ci peut-il se voir reprocher son manque de conviction s'il est établi qu'il a entraîné la rébellion des enfants ? Si le grief paraît abusif, c'est parce que l'obligation contractée par le conjoint ne peut aller aussi loin. Cette condition a souvent été répétée en jurisprudence⁸²¹.

⁸²⁰ CA Paris, 25 mai 1990, *JCP E* 1990, I. 20122.

⁸²¹ Parfois de façon maladroite, ce qui fut reproché à la Cour de cassation : en ce sens, v. par ex., Ph. ARDANT, *D.* 1978. 546, spéc. p. 549-550 : « Que les convictions religieuses puissent être prises en considération lors de la conclusion du contrat paraît à la fois inutile et dangereux. Non pas en raison de la nature de ces convictions mais du fait de l'imprécision de la référence. En quoi consistent en effet des convictions religieuses ? Normalement on désigne par-là une attitude intime de l'individu, touchant son for interne. Il s'agit de l'attachement profond à une foi, ici de l'adhésion aux dogmes de l'Église catholique. Des convictions ainsi entendues ne peuvent guère être incorporées au contrat. Qui jugera en effet qu'elles ont changé ? Comment imaginer un tribunal disputant de la foi, de l'agnosticisme ou de l'athéisme du salarié ? On est donc conduit à aller au-delà et à faire entrer dans les convictions religieuses les manifestations extérieures de la foi, les aspects du comportement individuel imposés par la morale religieuse, par les commandements de Dieu et ceux de l'Église... Le domaine qui s'ouvre alors prend des dimensions excessives et peut-être inattendues. Le salarié doit-il pour montrer ses convictions faire ses Pâques, aller à l'office dominical ? Pour respecter son contrat, devra-t-il jeûner et faire abstinence le vendredi saint ? On entre dans l'inconnu. Situation dangereuse pour le salarié. »

202. En résumé. Les conditions de fond de validité de l'obligation religieuse se caractérisent par leur défaut de particularité. Loin d'ébaucher le régime particulier d'une espèce de « contrat spécial religieux », la « clause religieuse » doit se conformer aux conditions propres au rapport de droit dans lequel elle s'insère. Il en résulte que l'obligation religieuse ne peut exister indépendamment d'une institution civile : le juge a besoin, pour déterminer la validité de l'obligation religieuse, de se référer aux conditions de l'institution civile de rattachement. Des observations identiques peuvent être faites au sujet des conditions de forme de l'obligation religieuse.

II. Les conditions de forme

203. Les formes de l'institution civile de rattachement. De même que les conditions de fond de l'obligation religieuse sont identiques aux conditions de fond de l'institution civile sur laquelle elle se greffe, de même les conditions de forme de l'obligation religieuse seront déterminées par celles de l'institution civile qui lui sert de support. L'institution civile de rattachement est-elle un contrat de travail ? L'écrit étant obligatoire, l'obligation religieuse devra impérativement figurer par écrit⁸²². L'obligation civile de rattachement est-elle un pacte familial ? Si le pacte doit être contenu dans une convention homologuée par le juge, l'obligation religieuse devra obligatoirement en suivre la forme. Il n'y a donc pas d'artifice particulier à introduire les prescriptions religieuses de la famille dans ces formes de contrat, pas davantage, en tout cas, qu'il n'y en a à conclure des contrats dans les relations de famille.

204. Refus du renvoi. Une conséquence de ce défaut total de spécificité de l'obligation religieuse mérite d'être soulignée, parce qu'elle marque une grande différence avec la norme de relevance conflictuelle⁸²³. Ainsi que l'avait observé M. Philippe Ardant dans son commentaire de la jurisprudence « Cours Sainte-Marthe »⁸²⁴, « inclure [les convictions religieuses] dans un contrat reste

⁸²² Il s'ensuit que les usages d'entreprise, n'étant pas formulés par écrit, ne pourront pas constituer une obligation religieuse. Ainsi, la jurisprudence considère que de simples aménagements religieux, résultant seulement de la pratique, ne font pas partie des obligations découlant du contrat de travail. Ainsi en a décidé la Cour de cassation, affirmant que le fait que l'employeur facilite la pratique religieuse du salarié, en aménageant son temps de travail, même des années durant, ne fait pas partie du contrat de travail : Cass. soc. 2 juin 1993, n° 91-44.476 ; également CA Besançon, 6 janv. 1995, *JurisData* n° 1995-040495. *Contra*, CA Nancy, 28 févr. 2000, *JurisData* n° 2000-113036, et CA Paris, 31 janv. 1986, *JurisData* n° 1986-023725 : la Cour avait admis que de tels aménagements participaient du contrat de travail. Cette solution a été critiquée en doctrine, car elle revenait à « retenir l'entrée tacite des convictions et prescriptions religieuses dans le contrat de travail » : F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, Paris, LexisNexis, 2013, 2nd éd., n° 1839, p. 1185.

⁸²³ Cf. *supra*, n° 50 et s.

⁸²⁴ Sur cet arrêt, cf. *supra*, n° 71 et s.

sans effet si on ne peut préciser ce qu'il faut entendre par-là. »⁸²⁵. Il s'ensuit que le renvoi, même explicite, à la normativité religieuse n'est pas admis.

La « clause religieuse » est donc interprétée restrictivement, ce qui déroge aux directives des articles 1188 et suivants du Code civil, puisque le juge ne se contente pas de la commune intention des parties et ne se replace pas dans la situation de la personne raisonnable **(A)**. Existente cependant quelques îlots de renvoi possible : c'est le renvoi à la normativité produite par des organismes de certification religieuse, comme les *sharia board* ou le *Beth Din* de Paris, qui remplacent les organismes agréés par l'État, dans des domaines limités **(B)**.

A. Le refus du renvoi à la normativité religieuse

205. Le refus du renvoi. Il ne fait guère de doute qu'aujourd'hui, la jurisprudence « Cours Sainte-Marthe », rendue en 1978, ne serait pas reconduite telle quelle : la condition souhaitée par M. Philippe Ardant, l'explicitation des dispositions précises auxquelles les parties se soumettent dans leur rapport d'obligation, y faisait défaut, puisque, pour lui « la renonciation au divorce et au remariage ultérieur n'entrent pas automatiquement »⁸²⁶ dans un contrat conclu avec une entreprise de tendance catholique. Du reste, sur ce point, la solution « Cours Sainte-Marthe » faisait déjà figure d'exception, puisque dans son étude de 1956, Coulombel remarquait que d'une manière générale, « les tribunaux refusent d'examiner la conformité d'une décision ecclésiastique au Droit canonique, véritable “statut” de l'Église catholique »⁸²⁷, alors que « dans les autres institutions privées, ils contrôlent la conformité des décisions disciplinaires au statut de l'institution : statuts d'une association, règlement d'atelier d'une entreprise... »⁸²⁸.

Une vingtaine d'années après la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, le Conseil d'État a considéré⁸²⁹, dans plusieurs avis situés entre 1991 et 2000, que le statut

⁸²⁵ Ph. ARDANT, *D.* 1978. 546, spéc. p. 549-550.

⁸²⁶ Ph. ARDANT, *D.* 1978. 546, spéc. p. 549-550.

⁸²⁷ P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.* 1956, 1 : l'auteur cite le cas d'un refus de sépulture religieuse à un fidèle : Trib. civ. Montbéliard, 15 déc. 1910, *Rev. des grands procès*, 1911. 83, cité p. 27, note 100, et p. 28, n° 12.

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ Ces avis, cités par la doctrine (F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING, *op. cit.*, n° 1791, p. 1157, notes 14 et 15 ; Conseil d'État, *Un siècle de laïcité*, Rapport public 2004, E. TAWIL, « Le droit interne des religions devant la jurisprudence du Conseil d'État », p. 454, note 8), sont introuvables aux numéros indiqués (et qui, d'un auteur à l'autre, varient). Nous sommes au regret de laisser le lecteur avec des références qui, pour paraître certaines, n'en sont pas moins imprécises. Les voici tout de même : CE, avis, 29 janv. 1991, n° 349065 ; CE, avis, 3 déc. 1991, n° 359190 (à moins que cela ne soit le n° 350190) ; CE, avis, 26 mars 1992, n° 360276 ; CE, avis, 15 oct. 1998, n° 362316 ; CE, avis, 15 nov. 2000, n° 365106. Nous avouons donc, pour notre part, ne pas avoir lu ces décisions, mais avoir plusieurs fois rencontré leurs références dans des écrits doctrinaux. Le service de la documentation du Conseil d'État déclare que ces avis, non publiés, ne sont pas accessibles au public avant l'expiration d'un délai de 25 ans. Ce défaut de publicité

des congrégations pouvait reproduire des dispositions de droit canonique, à condition qu'elles soient explicites et directement interprétables. À l'inverse, pour la Haute juridiction administrative, un simple renvoi aux « constitutions canoniques » est insuffisant. Dès lors, « un renvoi n'est donc possible que s'il vise une norme religieuse déterminée, explicite, mais également préexistante à la conclusion du contrat. »⁸³⁰. Aussi la doctrine enseigne-t-elle que pour s'assurer de l'intégration effective des normes religieuses dans le champ contractuel, « une reproduction ou une référence textuelle des règles d'observance religieuse est préférable. »⁸³¹. En aucun cas, ajoute-t-on, « cette situation ne doit être confondue avec celle du choix de loi »⁸³².

206. Effet limitatif dans l'application du droit religieux. La rigueur de la solution ne saurait surprendre dans la mesure où la détermination, par le juge étatique, du corpus normatif d'un ordre religieux est non seulement une tâche malaisée en raison des courants schismatiques, mais aussi une tâche interdite par l'obligation de neutralité religieuse qui pèse sur le juge français. Expliquons-nous. Si le juge étatique prenait sur lui de recueillir les règles religieuses, il en résulterait un petit code jurisprudentiel religieux. Outre que la création d'un tel ensemble normatif aurait pour effet immédiat de désavantager les communautés religieuses dissidentes, et constituerait donc une atteinte directe à l'obligation de neutralité des organes de l'État, une telle création jurisprudentielle serait directement contraire à la laïcité du droit : pour l'ordre juridique français, en-dehors de la contractualisation explicite des parties, les normes religieuses ne peuvent avoir aucune existence. Bien qu'ils aient une existence objective, les codes religieux ne sont pas des recueils auxquels le juge français peut librement se référer.

207. Différence avec la norme de relevance conflictuelle. On appréciera la différence de régime entre la norme de relevance contractuelle et la norme de relevance conflictuelle. En effet, rappelons qu'une des particularités de la norme de relevance conflictuelle réside dans le statut de la règle religieuse, qui implique de respecter l'ensemble normatif dont elle est issue. Dans cette perspective, la norme de relevance conflictuelle prévoit les renvois au corpus normatif religieux,

pourrait laisser dubitatif quant à la portée de ces avis en droit privé : outre qu'ils ont été rendus par la plus haute juridiction administrative, ils sont confidentiels. Cependant, la solution cadre trop bien avec l'avis général de la doctrine, avec la jurisprudence ultérieure, et surtout avec la laïcité du droit privé : le droit religieux n'est jamais applicable par lui-même, puisqu'un contrat est nécessaire.

⁸³⁰ F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING, *op. cit.*, n° 1792, p. 1158.

⁸³¹ *Op. cit.*, n° 1791, p. 1158.

⁸³² *Ibid.*

permettant au juge saisi du litige de connaître au mieux l'ensemble normatif qui entoure la règle litigieuse⁸³³.

208. Le renvoi en droit allemand des *Tendenzbetriebe*. Bien que l'ordre juridique allemand n'ait pas explicitement fait le choix d'une norme de relevance conflictuelle, le juge étatique, de concert avec les communautés religieuses légalement reconnues, pratique ce genre de renvoi, puisant les normes religieuses applicables au litige dans d'authentiques codes religieux. Ainsi, il est d'usage que les contrats de travail conclus avec les entreprises de tendance fassent des renvois aux Codes de droit du travail spécialement édictés par les communautés religieuses à l'intention du juge étatique⁸³⁴, « afin de faciliter l'emploi, par les tribunaux étatiques, du droit de l'Église. »⁸³⁵. Le juge allemand peut, lorsqu'une stipulation contractuelle est obscure, se référer au droit dérogatoire des entreprises de tendance ou des communautés religieuses⁸³⁶, pour donner tout leur effet utile aux contrats conclus avec elles.

Prenant appui sur ces dispositions, la cour constitutionnelle a reproché aux juridictions inférieures de ne pas s'être référées aux dispositions de droit religieux. L'affaire *Rommelfanger*⁸³⁷ peut servir d'illustration à ce genre de renvois. Opposant deux médecins salariés à leur employeur, une entreprise de tendance catholique, celle-ci avait sanctionné les propos un peu trop libres qu'ils avaient tenus sur l'avortement en les licenciant. Les juges des premiers degrés ont trouvé la sanction trop lourde, mais la Cour constitutionnelle leur reproche d'avoir apprécié la proportionnalité de la sanction sans se référer aux dispositions de droit canonique. Ainsi, du mot de la Cour constitutionnelle, les juges auraient dû se référer au « Codex Juris Canonici, Canones 2257

⁸³³ Cf. *supra*, n° 48 et s.

⁸³⁴ Concernant l'Église catholique allemande, c'est une ord. du 1^{er} janv. 1994 (*Grundordnung*), sur l'initiative des évêques catholiques allemands qui contient ce code. Cet acte législatif a été imité par l'Église protestante, dix ans plus tard : *Richtlinie der Evangelische Kirche Deutschland über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der EKD und des Diakonischen Werkes der EKD*, du 1^{er} juill. 2005.

⁸³⁵ Ch. GYO, *Diskriminierung aufgrund der Religion im deutschen und französischen Arbeitsrecht. Völker-, europarechtliche und nationale Regelungen*, Peter Lang, 2011, p. 306.

⁸³⁶ En Allemagne, tout l'intérêt de se dire « de tendance » est de permettre à l'entreprise qui s'en réclame d'échapper au droit commun du travail. Tel est le sens du § 118 de la loi sur le statut de l'entreprise, qui exclut expressément les entreprises de tendance de l'application du droit commun du travail, « pour autant », est-il précisé, « que les dispositions du droit du travail empêchent la réalisation de l'identité propre de l'entreprise. ». Les communautés religieuses (*Religionsgemeinschaften*), elles, sont exclues de plein droit du champ d'application de la loi, sans qu'il soit nécessaire que l'identité propre qu'elles entendent promouvoir soit contrariée par le droit commun (§ 118, II du *Betriebsverfassungsgesetz*). Une telle exclusion trouve sa justification dans la Loi fondamentale (art. 140), qui reconduit les dispositions relatives aux Églises et sociétés religieuses de l'ancienne constitution de Weimar (art. 137), et leur garantit une certaine autonomie. L'autonomie des Églises, maintes fois rappelée, semble refléter un élément de l'identité constitutionnelle de l'Allemagne, qui fonctionne selon un système de cultes reconnus.

⁸³⁷ BVG, 4 juin 1985, *Rommelfanger*. L'affaire fut portée devant la Commission des droits de l'homme, 6 sept. 1989, req. n° 12242/86, *Rommelfanger c/ RFA*, DR 62, 151.

paragraphe 1 et 2350 paragraphe 1 [...] confirmé par le Concile de Vatican II »⁸³⁸. Ils auraient dû « se fonder sur ces vues pour apprécier le manquement du salarié à la loyauté⁸³⁹ ; ainsi, ils auraient pris la mesure de la gravité du crime d'avortement, « sanctionné par l'excommunication automatique »⁸⁴⁰. Du reste, bien qu'il s'agisse en principe d'une simple faculté, le juge s'estime lié par le contenu normatif de ces codes religieux⁸⁴¹, si bien qu'en pratique, la Cour constitutionnelle fédérale n'aurait jamais censuré un licenciement provoqué par une communauté religieuse⁸⁴².

En droit français, rien de tel n'existe : les entreprises de tendance ne jouissent pas de la liberté de secréter un droit religieux dérogatoire. La norme de relevance est strictement contractuelle ; le juge ne s'est jamais référé qu'à la commune volonté des parties pour justifier l'exécution de prescriptions religieuses par les parties. Le juge cherchera donc seulement dans les termes du contrat si la loyauté du salarié correspondait à son adhésion à un dogme religieux⁸⁴³, sans jamais se référer à des normes ayant une existence indépendante de la volonté des parties — par où l'on voit que les conditions de forme de la norme de relevance contractuelle ne sont pas sans incidence sur sa portée. Le refus d'appliquer les directives du droit commun des contrats, en matière d'interprétation, limite ainsi considérablement l'ampleur de l'application du droit religieux. Cette position de principe est tempérée par de rares exceptions.

⁸³⁸ *Ibid.*

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ Cour fédérale du travail, 12 août 1999, *Schüth*, reportée par la Cour EDH, 23 sept. 2010, req. n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne*, § 22.

⁸⁴² En ce sens, Ch. GYO, *Diskriminierung aufgrund der Religion im deutschen und französischen Arbeitsrecht. Völker- europarechtliche und nationale Regelungen*, Peter Lang, 2011, p. 305 et 306. L'auteur considère en conséquence que la Cour constitutionnelle fédérale garantit apparemment sans réserve le droit des Églises à s'autodéterminer.

⁸⁴³ Mentionnons, par exemple, le cas d'un surveillant rituel d'un restaurant *cashier*. Le respect des prescriptions religieuses a été rappelé par la cour d'appel à l'employeur, pour invalider un licenciement parce que celui-ci n'avait pas respecté les obligations découlant de la loi juive concernant le deuil des proches : CA Paris, 25 mai 1990, *D.* 1990. 596 : « Considérant que les relations contractuelles ainsi nouées supposaient un attachement égal des parties à la loi juive, et le souci réciproque de l'appliquer sans restriction même au-delà du cadre étroit et limité de la mission du surveillant rituel ; [...] Considérant, dès lors, que l'employeur, tenu contractuellement au respect de la loi juive, ne pouvait se prévaloir d'un défaut d'autorisation pour une absence dérogeant pour sa durée aux règles du droit du travail, pour reprocher à Brami un comportement fautif, [...] qu'il s'ensuit que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. » V. aussi : F. ROME, « Halal est grand !!! », *D.* 2010. 445. *Contra*, v. CA Grenoble, 3 sept. 2001, *Paoli c. congrégation des sœurs de Notre-Dame de Charité et du Bon Pasteur d'Angers*, *JurisData* n° 98/03630 : rupture du contrat de prestation de service d'un infirmier avec la congrégation : en cause, le caractère immoral des tarifs surfacturés qu'il pratique avec d'autres clients ; et CA Grenoble, 3 sept. 2001, *Dureux c. congrégation des sœurs de Notre-Dame de Charité et du Bon Pasteur d'Angers*, *JurisData* n° 2001-165373 : licenciement d'une infirmière par la congrégation : en cause, son divorce. Ces deux ruptures de contrat, intervenues le même jour devant la Cour d'appel de Grenoble, se justifiaient par la qualité religieuse d'une des parties, mais l'on pourra s'interroger sur la réalité de l'intention des parties : avaient-elles vraiment voulu faire entrer dans le champ contractuel certaines prescriptions religieuses ? Selon nous, la cour d'appel a insuffisamment insisté sur les termes de la convention des parties.

B. Le renvoi aux normes produites par les organismes de certification religieuse

209. Certification *cashier* ou *halal* des produits carnés et financiers. Il existe deux exceptions au principe d'autosuffisance du contrat. La teneur de la clause religieuse se trouve partiellement en dehors du contrat lorsqu'il doit être fait appel à un organisme certificateur du label *cashier* ou *halal* pour en garantir la conformité aux règles religieuses. Ce label peut être exigé dans le cadre de contrats de vente de nourriture comme dans ceux de finance *faith based*.

210. L'insuffisance des parties. L'appui de ces tiers, sur la foi desquels les produits carnés ou financiers seront déclarés conformes aux règles religieuses, est d'abord rendu nécessaire par l'impuissance des parties à procéder par elles-mêmes à cette certification. Il est en effet hautement improbable qu'elles aient l'érudition suffisante pour connaître le déroulé exact d'une sacrification religieuse ou tous les interdits de la finance *faith based*, de manière à pouvoir intégrer ces détails dans des clauses contractuelles. Et à supposer qu'elles le soient, l'industrialisation dont ces produits font l'objet s'oppose tout à fait à la conclusion de tels contrats de gré à gré : en pratique, ces contrats seront des contrats d'adhésion. Les consommateurs n'auront donc pas le loisir, dans les contrats d'adhésion qu'elles concluent, d'intégrer les prescriptions religieuses du *halal* ou de la *cashier* — d'où l'utilité du tiers. Ainsi, dans le cadre des contrats de vente de viande *cashier*, il est intéressant de noter que ce n'est que d'une manière très indirecte que le juge se rapporte à la réglementation du *Beth Din* de Paris, qui fixe le déroulé d'une sacrification rituelle. Il se rapporte d'abord à la provenance de la viande, qui doit venir d'un sacrificateur habilité par la Commission rabbinique intercommunautaire de l'abattage rituel⁸⁴⁴, qui lui-même est le seul organisme agréé par le ministère de l'Agriculture, et dont l'attribution est d'authentifier un abattage rituel. Disons-le tout net : l'appréciation du juge sera assez peu indépendante de l'avis de l'organisme de certification⁸⁴⁵.

⁸⁴⁴ Ou, pour la nourriture *halal*, l'association « À votre service ».

⁸⁴⁵ CA Paris, 30 oct. 1974, *Gaz. Pal.* 1975. I. 62, spéc. p. 63, note D.S : « Considérant qu'une boucherie ne peut se dire *cashier* que si la viande provient d'un abattage effectué par un sacrificateur habilité par la Commission rabbinique intercommunautaire de l'abattage rituel, seul organisme agréé aux termes de l'arrêté du 28 décembre 1970 pris en application du décret précité du 23 septembre, par le ministère de l'Agriculture pour authentifier l'abattage rituel et si cette viande depuis le moment de l'abattage jusqu'à son débit a fait l'objet d'un contrôle de la part d'un surveillant religieux mandaté par le tribunal rabbinique de Paris et chargé de veiller à ce que soient réalisées, avant la vente aux consommateurs, les opérations de déveinage, de dégraissage et de purification ; que l'arrêté susvisé impose à l'organisme religieux agréé de communiquer aux préfets l'identité complète des sacrificateurs et la durée de l'autorisation qui leur a été accordée. » Également, CA Versailles, 8 janv. 2013, n° 11/09344, *RTD com.* 2013, p. 224, note B. SAINTOURENS : c'était, en l'espèce, sous la forme d'une association qu'un organisme de certification *halal* s'est constitué, mais les bénéficiaires qu'il faisait a fait requalifier en commerçant. Mais appréciant la qualité *halal* sans avoir recours à ce tiers certificateur, et sans s'intéresser d'ailleurs aux règles de l'abattage rituel : T. com. Lille, 15 mars 2007, obs. X. LABBEE, « Les musulmans et les poulets », *D.* 2007, p. 2518. V. aussi : Cour EDH, 27 juin 2000, req. n° 27417/95, *Chaare Shalom ve Tsedek c/ France*, § 6.

211. L'incompétence étatique. L'incapacité des parties à prévoir le détail de la réglementation *casber* ou *balal* n'est pas le seul obstacle : l'État se trouve lui-même dans une situation d'impuissance, parce qu'il ne peut apposer un certificat de bonnes pratiques religieuses. Tel serait l'objet des autorités administratives indépendantes, comme l'Autorité des marchés financiers ; mais le régime constitutionnel de laïcité interdit à l'État de créer directement des entités chargées de proposer des produits financiers religieusement compatibles.

C'est donc, comme pour les organismes de certification des viandes, par une voie très indirecte que ce label est donné aux produits financiers⁸⁴⁶. Dès lors, les religions s'organisent elles-mêmes pour contrôler la conformité de leurs produits financiers : les *sharia boards* certifient les produits financiers « *charia-compatibles* »⁸⁴⁷.

Encore faut-il que ces *sharia boards* produisent des normes claires. Pour l'heure, en France, les comités de certification de *charia*, comme l'ACERFI⁸⁴⁸, ne fournissent pas des normes suffisamment unanimes, c'est pourquoi il n'est pas encore tout à fait certain que leurs avis aient déjà le statut de normes liant les contractants⁸⁴⁹.

212. Conformité religieuse objective et volonté subjective des parties. Ainsi que l'avait déclaré la cour d'appel de Paris, le recours à ces tiers ne constitue pas « une immixtion des pouvoirs publics dans le fonctionnement des organismes religieux et une atteinte à la liberté des

⁸⁴⁶ Position AMF n° 2007-19, « Critères extra-financiers de sélection des actifs et application aux OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique » : l'autorité des marchés financiers aurait elle-même décliné sa compétence. C'est ainsi que l'interprètent F. ACHI et E. FORGET, « La gouvernance des comités charia », *Rev. dr. bancaire et fin.*, mars 2011, étude 14 : « Refusant de considérer que le contrôle de conformité à la charia puisse relever de sa mission, l'AMF dit veiller avec une « *vigilance particulière* » à ce que l'autonomie de la société de gestion demeure préservée. »

⁸⁴⁷ Il n'empêche qu'une imbrication entre pouvoirs publics et *charia boards* ou comités charia est nécessaire. Sur la progressive mise en place de tels comités, v. l'étude de F. ACHI et E. FORGET, art. préc.

⁸⁴⁸ Le premier *sharia board* créé en France, en 2008, est l'ACERFI (ou Audit, Contrôle, Éthique et Recherche en Finance Islamique).

⁸⁴⁹ Une partie de la doctrine tend à considérer que « ces avis de conformité religieuse ne lient ni le contractant à l'origine de la structuration du contrat, ni le juge chargé de l'interprétation d'un contrat ou d'apprécier son inexécution » : v. F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, Paris, LexisNexis, 2013, 2^{ème} éd., n° 1789, p. 1156. En Angleterre, la Cour suprême et une cour d'appel ont considéré qu'un contrat de financement *mourabaha* (genre de crédit-bail) stipulant seulement qu'il obéissait aux « principes de la glorieuse charia » était une référence trop vague, et qu'il fallait, à défaut de précisions, lui appliquer le droit anglais : v. Cour suprême, *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Others* (« *Symphony Gems* »), 13 févr. 2002, commenté par U. F. MOGHUL ESQ. et A. A. AHMED ESQ., « Contractual Forms in Islamic Finance Law and Islamic Inv. Co. of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors.: A First Impression of Islamic Finance », *Fordham Int. Law Journal*, volume 27, issue 1 2003, art. 7 ; et Court of appeal, Civ. div., *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others* [2004] EWCA Civ.19, [2004] 4 All ER 1072, *Beximco* 23 janv. 2004, commenté par N. SALIEH, « A Landmark Judgment of 23 January 2004 by the England and Wales Court of Appeal », *Arab Law Quarterly*, vol. 19, No. 1/4/ (2004), p. 287-291.

cultes, mais des mesures nécessaires à l'exercice de cette liberté dans le respect de l'ordre public »⁸⁵⁰. Tout le problème de l'intervention de ces tiers consiste dans leur représentativité, et la conformité de leur certification avec la volonté des parties. C'est sans doute le prix à payer pour la mise en place de contrats d'adhésion religieusement compatibles. Si le juge refuse de faire produire son effet utile aux clauses religieuses obscures en se plaçant dans la perspective d'une personne religieusement raisonnable, comme le voudraient les directives d'interprétation du droit commun des contrats, les organismes certificateurs le font à leur place, parfois au grand dam des parties⁸⁵¹.

Telle est l'alternative : ou bien un corpus normatif religieux prend existence en dehors de la volonté explicite et claire des parties, et elle prend des airs d'objectivité susceptibles d'entrer en conflit avec leur volonté subjective. Ou bien ce corpus n'a aucun caractère obligatoire, les prévisions explicites des parties étant seules capables de produire du droit religieux : aucun standard objectif ne pourra être convoqué de l'extérieur pour interpréter la commune intention des parties, pas même celui du raisonnable. La jurisprudence a clairement opté pour la seconde branche de l'alternative, admettant, exceptionnellement, le recours à la première, à la condition qu'il s'agisse de contrats intéressant une masse importante de pratiquants (vente de nourriture *casher* ou *halal*, contrats de finance *faith based*) et que le standard extérieur d'objectivité soit donné par des organismes qui ne soient pas rattachés à l'État.

213. En résumé. Au terme de l'étude des conditions de validité de l'obligation religieuse, un constat s'impose : l'obligation religieuse se caractérise, si l'on peut dire, par son défaut total de spécificité. L'ordre étatique s'applique à lui faire perdre toute particularité, en la fondant, autant que possible, dans l'institution civile sur laquelle elle se greffe. Il est donc probable qu'il en soit de même de sa sanction.

§ 2 Les sanctions de l'inexécution de l'obligation religieuse

214. Destinataires de la sanction. Si les conditions de fond et de forme relatives à la clause religieuse sont respectées, celle-ci est en principe obligatoire ; son inexécution doit être sanctionnée. Il est habituel de s'intéresser particulièrement à la sanction encourue par le contractant défaillant **(I)**. Cependant, sanctionner une obligation religieuse est chose curieuse et embarrassante

⁸⁵⁰ CA Paris, 30 oct. 1974, *Gaz. Pal.* 1975. I. 62, spéc. p. 63, note D.S. : l'arrêt se réfère à la décision CE, 2 mai 1973, *Association culturelle des Israélites nord-africains de Paris*.

⁸⁵¹ En ce sens, P. BOUZAT, note sous CA Paris, 30 oct. 1974, *RTD com.* 1972. 207 : « Les prévenus ne sauraient prétendre invoquer l'autorité d'une association culturelle d'israélites qui n'a pas le caractère d'organisation représentative du judaïsme local. »

pour le juge : il pourrait refuser de la sanctionner, et laisser le débiteur inexécuté impuni. Il faut donc envisager le cas où la méconnaissance de l'obligation religieuse ne serait pas seulement le fait du débiteur, mais celui du juge **(II)**.

I. La sanction du débiteur

215. Sanctions dans la dépendance du type de l'obligation religieuse. Le Code civil offre un certain nombre de sanctions à l'inexécution d'un contrat. L'article 1217 propose ainsi l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature, la réduction du prix, la résolution du contrat, l'allocation de dommages-intérêts⁸⁵². Ce premier coup d'œil laisse entrevoir que toutes ne sont pas adéquates pour sanctionner l'inexécution d'un engagement religieux — et l'on pense à l'exécution forcée en nature, qui ne pourra être prononcée qu'à l'encontre des obligations religieuses qui n'engagent pas la conscience du débiteur.

Rappelons d'abord que, de même que les conditions de validité d'une clause religieuse sont dans l'étroite dépendance de l'institution civile à laquelle la clause se rattache, de même la sanction sera propre à l'inexécution de l'institution civile sur laquelle se greffe l'obligation religieuse. Ainsi, en matière de relations entre époux, la sanction de l'engagement religieux doit être plutôt le divorce pour faute que la nullité, la première sanctionnant une faute dans l'exécution des obligations découlant du mariage alors que la seconde sanctionnait une condition de formation inconnue du droit étatique⁸⁵³. De même, en droit du travail, la sanction d'une obligation religieuse entraîne, pour le salarié, son licenciement — la doctrine parle de licenciement idéologique — et pour l'employeur qui aurait omis de respecter les règles religieuses incorporées au contrat, à l'invalidation du licenciement, rétrospectivement jugé sans cause réelle et sérieuse⁸⁵⁴. Pour les contrats de vente *cashier*, l'exception d'inexécution est souvent une sanction employée par l'acheteur mécontent : c'est une sanction propre au droit commun des contrats. Pour le refus de délivrance du *gueth*, l'ex-épouse

⁸⁵² C. civ., art. 1217 : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- obtenir une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

⁸⁵³ Cf. *supra*, n° 94.

⁸⁵⁴ CA Paris, 25 mai 1990, *JCP E* 1990, I. 20122.

de confession juive réclame une exécution en nature : c'est tout l'enjeu de la condamnation avec astreinte.

Ces brefs rappels servent à souligner que, tout comme les conditions de validité de l'obligation religieuse sont dans l'étroite dépendance de l'institution civile de rattachement, la sanction de l'inexécution de l'obligation religieuse sera celle de l'institution civile : licenciement en droit du travail, divorce pour faute en mariage, exception d'inexécution ou dommages-intérêts en droit de la vente.

216. Utilité de la typologie. Ce constat n'empêche pas de mener une rapide réflexion sur certaines particularités de la sanction de l'obligation religieuse. D'abord, elle ne peut en aucun cas être décidée par l'ordre religieux : c'est pourquoi on se placera exclusivement sur le terrain des sanctions de l'inexécution contractuelle, et l'on refusera le jeu des nullités. Ainsi, la nullité du mariage civil doit être refusée à la partie qui la demande si elle se fonde sur une cause d'incapacité n'existant que dans l'ordre religieux.

Ensuite, examinant la panoplie des sanctions proposées par l'ordre étatique, il peut être utile de les ordonner. Une des conditions de validité de l'obligation religieuse est, disions-nous, de ne porter que sur les manifestations extérieures de la pratique religieuse, et non d'engager la conscience du débiteur. Cependant, la dissociation n'est pas également aisée pour tous les engagements religieux, puisque certains d'entre eux, valablement contractés, touchent à la conscience de celui qui s'engage⁸⁵⁵.

C'est à ce point de l'étude que la typologie esquissée précédemment⁸⁵⁶ peut donner toute son utilité : les obligations dont les manifestations extérieures sont très aisément détachables du for intérieur pourront être sanctionnées par l'exécution forcée. Il en irait ainsi des contrats de vente *cashier* et de finance islamique — si la livraison d'un objet conforme aux prévisions contractuelles est encore possible — ; *idem* pour l'obligation de délivrer le *queth*, ce qui devrait, du même coup, permettre la condamnation du mari avec astreinte.

En revanche, les obligations mixtes, celles dont la qualification donnée par l'ordre étatique (accidentellement religieuse) diffère de celle donnée par l'ordre religieux (essentiellement religieuse), ne pourront être sanctionnées que par l'allocation de dommages-intérêts. Car même si

⁸⁵⁵ Cf. *supra*, n° 201.

⁸⁵⁶ Cf. *supra*, n° 182 et s.

leur contractualisation porte sur un aspect extérieur, celui-ci est trop lié au for interne du débiteur : sanctionner le débiteur à une exécution forcée serait attentatoire à sa liberté de conscience. Outre l'atteinte à la liberté intangible du for interne du contractant, admettre la sanction de l'exécution forcée risque de faire du juge étatique le promoteur indirect d'une religion. Il suffit d'imaginer l'effet que produirait, par exemple, la condamnation à l'exécution forcée d'un marié civil à la célébration religieuse d'un mariage : le juge retrouverait une vieille fonction, oubliée depuis le Moyen Âge, celle d'être le bras séculier de l'Église⁸⁵⁷. Embrasser un tel rôle est inimaginable, quand bien même ce rôle serait dévolu au juge en raison d'un engagement volontaire du débiteur.

217. En résumé. La méconnaissance d'une obligation religieuse par son débiteur doit être sanctionnée par la sanction que le droit étatique prévoit pour l'inexécution de l'obligation civile sur laquelle elle se greffe. Toutefois, pour éviter de condamner le débiteur à une obligation qui porterait atteinte à sa liberté de conscience, le juge se reportera à la qualification qu'il convient de donner à l'obligation religieuse : s'agit-il d'une obligation que l'ordre religieux classe lui-même parmi les obligations civiles ? Il prononcera une exécution forcée. S'agit-il d'une obligation que l'ordre religieux classe parmi les articles de foi ? Il ne condamnera le débiteur qu'au paiement de dommages-intérêts. On le devine : en pratique, ce terrain paraîtra inconnu au juge, qui risque, lui-même, de méconnaître l'obligation religieuse.

II. La sanction du juge

218. Le contrôle de la dénaturation. Le flou qui entoure encore le régime de l'obligation religieuse n'empêche pas que certains plaideurs se plaignent de la méconnaissance, par le juge, des engagements religieux contractés par le débiteur. C'est même la récrimination principale de la partie déboutée à l'instance, qui se dit créancière. À ce genre de grief, le droit n'offre qu'une

⁸⁵⁷ J. HAVET, « L'hérésie et le bras séculier au moyen âge jusqu'au treizième siècle », in *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 1880, t. XDI, p. 488 : « Tout le monde connaît la législation sévère des derniers siècles du moyen âge sur les hérétiques. Ceux que l'Église déclarait coupables d'hérésie n'étaient pas seulement passibles des censures ecclésiastiques ; après leur condamnation par l'Église, ils étaient livrés à la puissance civile, au bras séculier, suivant l'expression reçue, pour subir une peine temporelle. Généralement, cette peine était la mort, et le mode d'exécution était le supplice du feu. Les condamnés étaient brûlés vifs. » Pour l'auteur, le bras séculier, celui qui brûle vif les hérétiques, a été mis en place pour la première fois en 1022, par le roi Robert II, dit Robert le Pieux (972-1031), comme tentative devant servir à contenir le développement extraordinaire du catharisme (*op. cit.*, p. 499). Les hérésies précédentes, comme l'arianisme, avaient été professées par un certain nombre de rois et de prélats, ce qui avait plus incité à la tolérance qu'au châtement. Le catharisme, né aux environs de l'an mil, était un puritanisme, ce qui était de nature à exciter la réaction : les fidèles se considéraient comme de véritables apôtres du Christ, reniaient les travaux doctrinaux et les sacrements inventés par l'Église au cours des siècles ; ils prêchaient un respect absolu des animaux, refusant de s'en nourrir et de les mettre à mort. C'est pourquoi le roi Robert, et leurs persécuteurs en général, portaient leur soupçon sur toute personne dotée d'un teint pâle, la culpabilité de ces infortunés étant établie s'ils refusaient d'abattre un poulet : v. *op. cit.*, p. 505 : « ... *ut pullum occiderent inobedientes extiterant* ».

seule voie de recours : le contrôle de la dénaturation. La question se pose donc de savoir si la Cour de cassation, et, éventuellement, avant elle, les juges d'appel, accepteraient de sanctionner la méconnaissance d'une obligation religieuse par le juge du degré inférieur.

À l'heure actuelle, nous pouvons en douter. Les conditions de fond étant dans la mouvance étroite de celles des institutions civiles de référence, il est des domaines dans lesquels les parties n'auront pas établi d'acte suffisamment clair pour se prêter au contrôle de la dénaturation.

En droit de la famille, par exemple, c'est souvent d'un ensemble de faits que se déduit l'obligation religieuse. Ainsi en va-t-il de l'engagement de contracter un mariage religieux, qui ne s'aperçoit que dans la période des fiançailles, et se déduit de comportements dénués d'ambiguïté. Ainsi en va-t-il de l'éducation religieuse à donner aux enfants, qui résulte — nous n'avons pas tout à fait abandonné la norme de relevance de la « deuxième époque »⁸⁵⁸ — de la pratique des parents. Comment reprocher au juge de méconnaître et de dénaturer la pratique antérieure des parents ? Pour l'heure, faute d'acte juridique écrit ou suffisamment clair, le contrôle de la dénaturation y semble peu envisageable.

219. Le contrôle de la dénaturation en droit des contrats *stricto sensu*. Le contrôle de la dénaturation pourrait retrouver de l'empire sur les contrats *stricto sensu*. Or, là encore, les conditions propres à chaque contrat spécial risquent de réduire considérablement les cas où une partie pourrait reprocher au juge d'avoir méconnu les termes clairs et précis de la clause religieuse. En droit du travail, l'appréciation de la proportionnalité entre, d'un côté, la soumission du salarié à la normativité religieuse, et, de l'autre côté, sa mission pastorale au sein de l'entreprise de tendance, est de nature à réintroduire une interprétation des faits, ce qui la rend incompatible avec ce contrôle.

Restent les contrats pour lesquels la loi d'airain de l'article 1103, « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », s'applique sans échappatoire : la loi contractuelle ne peut en principe être méconnue par le juge. Le problème apparaît dans toute sa nudité : existe-t-il vraiment des clauses religieuses dont le caractère obligatoire serait pur de toute appréciation factuelle ?

S'il paraît certain qu'un contrat est nécessaire pour permettre l'application du droit religieux, il n'est pas absolument certain qu'une fois l'existence de ce contrat établie, la Cour de cassation accepte de sanctionner les juges du fond qui auraient interprété l'obligation religieuse de

⁸⁵⁸ Cf. *supra*, n° 106 et s.

manière à la priver d'effet. Prenons l'exemple d'un contrat de bail, dans lequel les parties auraient convenu que l'ouverture de la porte commune se ferait au moyen d'un mécanisme non-électrique, conformément aux prohibitions de la loi mosaïque. Que penser de l'attitude du bailleur qui, en dépit de la clause explicite, installerait un digicode à l'entrée commune de l'immeuble, justifiant cette violation des termes clairs et précis du contrat par la sécurité de l'ensemble des habitants de l'immeuble ? Si les juges du fond acceptaient d'introduire cet élément de fait — la protection alléguée de la sécurité de l'ensemble des habitants — dans leur appréciation de la validité de la clause religieuse, ils réintroduiraient un élément de fait postérieur à la conclusion de la clause religieuse, de nature à la priver d'effet. Face à une telle appréciation, la Cour de cassation pourrait-elle encore exercer son contrôle de la dénaturation ? Une réponse affirmative paraît incertaine. Il suffirait donc que les juges du fond réintroduisent des éléments d'appréciation de fait, qui amolliront la fermeté de l'engagement, et la Cour de cassation n'exercera probablement pas son contrôle. Pour rendre le droit religieux applicable, le contrat est nécessaire, mais il n'est pas certain qu'il soit suffisant.

220. Pour un contrôle de la dénaturation de l'obligation religieuse. Actuellement, un tel pessimisme sur la force obligatoire des clauses religieuses peut sembler gratuit, car aucune décision de jurisprudence ne permet de le soutenir franchement. La réintroduction des éléments factuels, par un contrôle de proportionnalité qui n'aurait d'autre but que d'invalider la clause religieuse, n'existe vraiment qu'en droit du travail. Et dans ce domaine, une telle habitude n'a rien d'étonnant, puisque la matière est familière de ces exigences de proportionnalité. En irait-il de même dans un contrat de bail, dans un règlement de copropriété, dans un contrat de vente *casber* ? La jurisprudence est trop lacunaire pour répondre à la question.

Quoi qu'il en soit, si le juge du fait ne subissait jamais le contrôle de la dénaturation d'une clause religieuse, pour la raison qu'il pourrait, à loisir, réintroduire des occasions d'apprécier la proportionnalité de l'engagement, en dépit des prévisions contractuelles, ce serait là l'ajout d'une nouvelle condition de fond à la validité des clauses religieuses. Cette variable d'ajustement serait propre aux obligations religieuses — et elle marquerait une hostilité certaine à l'égard des obligations religieuses.

221. En résumé. La méconnaissance d'une obligation religieuse par son débiteur entraîne en principe sa sanction, qui correspondra à la sanction prévue par le droit étatique pour la méconnaissance de l'institution civile de rattachement. La palette des sanctions envisageables est donc parfaitement familière au juge étatique, puisque les sanctions prévues par l'ordre religieux

sont totalement proscrites en droit privé français. En dépit de sa familiarité avec les sanctions qu'il devrait être appelé à prononcer, il se pourrait que le juge lui-même refuse de sanctionner une obligation religieuse dûment contractée. Contre ce risque, le droit étatique prévoit le contrôle de la dénaturation. Pourtant, en l'état actuel du droit, il est improbable que la méconnaissance par le juge d'une obligation religieuse claire et précise subisse ce contrôle, ce qui est regrettable.

Conclusion de la section 2

222. Défaut total d'originalité. En étudiant conjointement toutes les obligations religieuses dont la jurisprudence ait fait état, un constat s'impose : les conditions et les sanctions des obligations religieuses s'illustrent par leur plus total défaut d'originalité. Ainsi, pour être valable, l'obligation religieuse doit satisfaire aux conditions, de fond comme de forme, de l'institution civile qui lui sert de rattachement. Il en va de même des sanctions de la méconnaissance de l'obligation religieuse : elle correspond à celle que prévoit l'ordre étatique en cas de méconnaissance de l'institution civile sur laquelle elle se greffe.

Ainsi, l'étude des conditions et des sanctions des obligations religieuses ne permet pas de conclure à l'existence d'un « contrat spécial religieux », dont le régime spécial serait à découvrir dans la jurisprudence. Le droit privé français semble dresser tous les obstacles possibles à la création de ce « contrat spécial religieux » — et c'est son génie.

223. Génie du droit français. En faisant passer la normativité religieuse sous les fourches caudines des conditions de chaque obligation civile, l'ordre étatique fait perdre aux règles religieuses leur statut de norme émanant d'un ordre juridique à part entière. Par le seul pouvoir de son appréciation souveraine de la commune intention des parties, le juge parvient à déraciner totalement la règle religieuse de son milieu d'origine. Les conditions édictées par l'ordre religieux sont oubliées ; les sanctions prévues par lui sont bannies du droit étatique. Tout ce qui demeure est la règle religieuse dans sa plus totale nudité, incorporée à un rapport de droit civil préalable, sous la forme d'un contrat explicite et se suffisant à lui-même.

Telle est l'œuvre du juge étatique ; tel est le processus d'uniformisation que subit le droit religieux. En « naturalisant » la règle religieuse, la norme de relevance qu'est le contrat parvient à lui faire oublier son origine hétéronome, que les autres normes de relevance laissent intacte⁸⁵⁹. C'est le génie du système de relevance à la française.

⁸⁵⁹ Cf. *supra*, n° 48 et s. Comp. D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », in *Arch. phil. dr.*, Paris, Dalloz, 2006, t. 49 « Le Pluralisme », p. 275, spéc. p. 284 : opposant les conceptions du monisme et du pluralisme de l'accueil des normes extérieures, l'auteur distingue notamment les effets quant au respect de la hiérarchie des normes. Ainsi, à la différence de la norme étrangère qui, « une fois accueillie, la norme naturalisée produit les effets d'une norme interne car elle *est devenue* une norme interne », dans la conception pluraliste, « la norme externe reçoit [ses] effets en qualité de norme externe : elle n'est pas naturalisée. Le nier serait une atteinte à l'intégrité de cette norme. Aucune question de respect de la hiérarchie des normes internes ne peut dès lors se poser, puisque la norme externe *n'est pas* une norme interne, même lorsque l'ordre juridique d'accueil lui attache des effets internes. ».

Conclusion du chapitre 1

224. Première étape du raisonnement judiciaire. Lorsque le créancier d'une obligation religieuse réclame en justice la sanction de son inexécution, avant toute chose, le juge doit déterminer si, selon lui, l'obligation est valable. La loi étant muette sur le régime de l'obligation religieuse, c'est au juge que revient le soin de déterminer selon quelles modalités il acceptera de donner effet à l'obligation religieuse.

Le premier obstacle à surmonter est celui de la qualification. Le juge doit d'abord déterminer s'il est compétent pour en connaître. Car, en vertu d'une jurisprudence ancienne, le juge s'était déclaré lui-même sans pouvoir pour connaître des questions trop intimement liées à la religion. Par exemple, les litiges internes à l'organisation des cultes sont, de longue date, relégués dans un domaine d'incompétence du juge étatique, et la jurisprudence a souvent été tentée d'étendre les frontières de ce domaine, au nom d'un principe de non-immixtion dans les affaires religieuses. Actuellement, les limites n'en sont pas fixées, ce qui est problématique : refuser la sanction étatique aux obligations religieuses dûment contractées risque d'anéantir tout le système français de relevance. Si l'obligation religieuse doit être contractée pour être valable, encore faut-il que le juge accepte d'en connaître ! Le premier obstacle que doit surmonter le créancier de l'obligation religieuse est donc celui de la qualification.

À ce propos, le juge devra qualifier l'obligation religieuse selon ses propres conceptions, non sans avoir préalablement interrogé les vues de l'ordre religieux. Cet effort lui permettra de choisir, ensuite, dans la palette de sanctions, celle qui convient le mieux.

225. Seconde étape du raisonnement judiciaire. Ayant qualifié l'obligation religieuse et s'étant déclaré compétent, le juge doit ensuite l'interpréter. C'est à cette seconde étape que l'obligation religieuse subira son traitement uniformisant.

Par hypothèse, la prétention se fonde sur l'accord de volontés passé entre les parties, et inexécuté par le défendeur à l'instance. Le régime que donne le juge à cet accord de volontés permet de faire passer l'obligation religieuse pour une institution civile quelconque, pourvu qu'elle respecte l'esprit de la loi ménageant une place à l'autonomie de la volonté des parties. La règle religieuse vient donc remplacer une règle étatique supplétive de volonté, ou remplir un espace laissé vacant par le législateur.

À l'examen, le degré de tolérance du législateur est très limité. D'abord, les règles religieuses venant remplacer des règles supplétives, ou combler un espace vacant, doivent impérativement être en lien avec l'objet du rapport de droit civil. Elles doivent donc respecter l'économie générale du rapport de droit civil sur lequel elles se greffent. De la sorte, l'obligation religieuse se conformera à toutes les conditions régissant l'institution civile de rattachement. Ensuite, la sanction qui sera appliquée à la méconnaissance de l'obligation religieuse sera nécessairement celle qui correspond à l'institution civile.

À l'issue de ce traitement uniformisant, la norme religieuse perd tout lien avec son ordre juridique d'origine. Si l'ordre religieux prévoyait un régime pour l'obligation religieuse litigieuse, ni les conditions ni les sanctions de l'ordre religieux ne seront reprises dans l'ordre étatique. Ainsi incorporée en droit français *via* un contrat, la norme religieuse semble perdre jusqu'à son statut de norme : elle est déracinée de l'ordre juridique qui l'a fait naître, pour ne devenir plus qu'une obligation dépourvue de spécificité. Le défaut de spécificité de l'obligation religieuse ne semble toutefois pas dû au hasard. L'ordre étatique prend, pour ainsi dire, certaines « précautions » pour enlever à la norme religieuse son statut de norme émanant d'un ordre juridique religieux : pour ne prendre qu'un exemple, les renvois aux codes religieux sont prohibés, alors qu'ils seraient licites s'il s'agissait des normes issues d'autres ordres juridiques.

226. L'uniformisation recherchée. Si fortuit qu'il paraisse, le traitement uniformisant ne semble donc pas totalement le fruit du hasard. Il résulte du choix de la norme de relevance, le contrat. Une autre norme de relevance, comme la règle de conflit, n'aurait pas permis ce déracinement de la norme religieuse : celle-ci s'introduirait dans le droit étatique sans faire corps avec lui ; elle conserverait tout son « jus » d'origine. Génie ou coïncidence du système de relevance du droit français ? L'uniformisation qui résulte de la norme de relevance est si complète qu'il semble difficile d'y voir seulement un effet collatéral, plutôt qu'une fonction recherchée.

Là ne s'arrête pas le génie du droit civil français. Dans la foule des obligations religieuses que les parties voudraient voir accéder à la vie juridique, seul un petit nombre parvient à surmonter tous les obstacles qui s'opposent à leur intégration dans l'ordre juridique français. L'intégration de ce petit nombre a un corollaire naturel : l'exclusion de toutes les autres normes religieuses, trop différentes pour supporter ce traitement « désacralisant », et qui restent exclues de la compétence du juge étatique. Le nombre important de règles religieuses exclues indique une autre fonction, non moins importante, de la laïcité dispositive : c'est sa fonction dissuasive.

Chapitre 2 : La fonction dissuasive

227. Une règle supplétive. Bien que, formellement, l'ordre étatique français laisse aux parties la possibilité de soumettre leur relation à la normativité religieuse, les hypothèses les plus nombreuses sont celles « où l'argument religieux est invoqué à retardement, pour amender le contenu d'un contrat dénué de toute référence culturelle »⁸⁶⁰, et qui est écarté par « les tribunaux [...] sans autre forme de procès »⁸⁶¹. Statistiquement, ce n'est que très rarement que les juges accepteront de déclarer une prescription religieuse obligatoire. Un rapide coup d'œil à la jurisprudence étudiée au cours du titre précédent permet de s'en convaincre : les hypothèses de rejet dominant, et de très haut, celles où la normativité religieuse est accueillie.

C'est donc un droit religieusement neutre qui est appliqué dans la quasi-totalité des cas, et ce, uniquement parce que la « clause religieuse » fait défaut. Le droit commun laïc, étant appliqué par défaut, s'impose en raison de son caractère supplétif.

228. La promotion d'une valeur. La règle supplétive est traditionnellement définie comme la solution qui prévaut lorsque les parties n'ont pas usé du pouvoir d'en choisir une autre. Ainsi présentée, la règle supplétive semble n'avoir d'autre but que de suppléer à l'inertie des parties ; elle se pare d'une certaine neutralité axiologique. Toutefois, depuis les travaux de Mme Cécile Pérès consacrés à la règle supplétive⁸⁶², l'idée que certaines règles non-impératives remplissent une fonction directrice a fait du chemin. Lorsqu'une telle règle tâche de « cantonner le pouvoir de la volonté individuelle dans de justes limites »⁸⁶³, c'est l'indice qu'elle promeut un modèle de normalité, qui, sans exercer de contrainte directe sur la volonté, entend s'appliquer au plus grand nombre de cas. Elle serait donc porteuse d'une valeur. Pour distinguer cette sous-catégorie des règles supplétives, une partie de la doctrine a trouvé un nouveau qualificatif : la règle est dite « dispositive »⁸⁶⁴.

Dans notre recherche, la volonté des individus est « cantonnée », ou dirigée, pour éviter qu'ils ne soumettent trop souvent leurs rapports de droit à la normativité religieuse. Cette fonction de direction — nous dirons « dissuasion » — indique une préférence nette de l'ordre juridique

⁸⁶⁰ R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD civ.* 2003. 575.

⁸⁶¹ R. LIBCHABER, *op. cit.*

⁸⁶² C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive* (préf. G. VINEY), Paris, LGDJ, 2004.

⁸⁶³ C. PERES-DOURDOU, *op. cit.*, n° 459, p. 441.

⁸⁶⁴ Gény et Saleilles dénommaient ainsi cette sous-catégorie des règles supplétives ; le terme est repris des auteurs suisses et allemands. Sur la mise en lumière de la fonction directrice que peut avoir la règle supplétive, et le changement de terminologie qui s'ensuit, v. C. PERES-DOURDOU, *op. cit.*, n° 463 et s., p. 443 et s. pour l'analyse de Gény, et n° 469 et s., p. 449 et s. pour l'analyse de Saleilles.

étatique pour son propre droit. Il convient d'y insister : cette préférence a pour conséquence de neutraliser les normes religieuses. Une politique de laïcité serait ainsi mise en place.

229. Politique de laïcité dispositive. Imputer aux juges de l'ordre judiciaire une telle intention est téméraire. En effet, « chacun sait qu'il n'est pas toujours facile de démêler les objectifs poursuivis par une législation et encore moins sans doute par une jurisprudence. »⁸⁶⁵. Pourtant, si tout le système est fortuit, on ne peut s'empêcher d'en admirer le caractère complet : le système de la relevance, son résultat « escompté » d'irrelevance, servent remarquablement une politique déterminée (**section 1**). Et si l'on en croit Mme Cécile Pérès, le manque de méthode ou le « non-dit » de la règle dispositive serait un trait caractéristique de ce genre de règle, puisqu'« inavouée, elle n'est généralement pas conçue, elle n'est le plus souvent pas pensée »⁸⁶⁶. Pourtant, dans ce « non-dit » de la laïcité dispositive réside sa plus grande faiblesse, susceptible de la vouer à l'échec (**section 2**).

Section 1 : Esquisse d'une politique de neutralisation du droit religieux

230. Une politique prise en charge par le droit commun. La préférence marquée pour le droit étatique est tangible par le bilan statistique : les cas d'application du droit religieux, sur lesquels nous avons jusqu'à présent tant insisté, sont tout à fait insignifiants au regard du nombre écrasant de cas où la solution « laïque » l'emporte (§ 1). Une préférence aussi marquée pour le droit commun doit inviter à réfléchir sur le rôle que celui-ci est appelé à jouer, face aux revendications religieuses toujours plus nombreuses⁸⁶⁷ (§ 2).

§ 1 Bilan statistique

231. Le pari de l'oubli des parties. Ce ne serait pas la première fois que la règle dispositive, porteuse d'une certaine politique, parvienne à ses fins en jouant sur la psychologie des parties. À un tout autre sujet, les commentateurs des *Grands arrêts de la jurisprudence civile* avaient vu que la règle supplétive pouvait avoir une fonction « répulsive », en incitant les parties à prendre leurs dispositions de manière à ne pas se la voir appliquer. C'est l'affaire dite du « Canal de Craponne », dans laquelle les parties, ne pouvant demander judiciairement la révision d'un contrat,

⁸⁶⁵ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, rééd. 2002, p. 195.

⁸⁶⁶ C. PERES-DOURDOU, *op. cit.*, n° 582, p. 567 : il en va ainsi de tous les cas où la règle française supplétive occupe une fonction directrice : « dans l'expérience du droit, elle est. Plus ou moins développée, plus ou moins discernable, mais elle est. Pourtant, inavouée, elle n'est généralement pas conçue, elle n'est le plus souvent pas pensée. »

⁸⁶⁷ En ce sens, le sondage réalisé par l'IFOP, sept. 2019, J. FOURQUET, F. KRAUS, J.-Ph. DUBRULLE et S. SIBAI, « Étude auprès de la population musulmane en France, 30 ans après l'affaire des foulards de Creil », en ligne : https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2019/09/116646_Rapport_Ifop_le_Point_FJJ_2019.09.11.pdf.

fût-il vieux de trois siècles, étaient incitées à prévoir, par une clause d'indexation ou de révision, la modification du prix de la redevance d'arrosage⁸⁶⁸. Pour ce qui nous occupe, le caractère incitatif de la règle dispositive jouerait ici en sens inverse : les parties sont dissuadées de stipuler l'obligation religieuse.

Qu'on nous passe un accès d'anthropomorphisme, utile pour comprendre le mécanisme : la dissuasion n'est que le résultat observable d'une sorte de « pari » que prendrait l'ordre étatique, qui consisterait dans l'espoir que les parties ne stipuleront pas la clause religieuse — par oubli, par paresse ou par découragement.

232. Utilité d'une étude statistique de sociologie judiciaire. Avouons que pour étayer notre propos, une étude quantitative de sociologie judiciaire aurait été la bienvenue : nous ne disposons malheureusement pas de chiffres indiquant quel est le pourcentage de prétentions à la relevance religieuse ayant prospéré devant les juges de l'ordre judiciaire français par rapport à celles qui ont été rejetées. Sans prétendre pouvoir nous passer de ces chiffres, dont l'indication serait si précieuse, soulignons toutefois que comme toute règle supplétive de volonté, la laïcité dispositive repose sur des ressorts aisément identifiables **(I)** et qui assurent aux dispositions du droit commun d'être appliquées au plus grand nombre de cas **(II)**.

I. Les ressorts de la dissuasion

233. L'utilisation des biais cognitifs. Il n'est pas question de dresser l'inventaire des causes intimes susceptibles de décourager les parties de se conformer aux conditions de l'obligation religieuse⁸⁶⁹. Elles sont certainement beaucoup trop nombreuses et trop difficilement classifiables pour que leur recensement apporte le moindre éclairage sur leur utilisation, supposée volontaire, par l'ordre étatique, pour mener à bien son œuvre de dissuasion. Cependant, dans la nébuleuse de ces causes, il existe ce que les « comportementalistes »⁸⁷⁰ appellent les biais cognitifs, et dont l'effet sur la volonté — effet incitatif ou effet dissuasif — est connu, et depuis longtemps.

⁸⁶⁸ Cass. civ. 6 mars 1876, *De Galiffet c. Commune de Pélissane*, *GAJC*, n° 165, p. 172, spéc. p. 181, § 8.

⁸⁶⁹ Sur ces conditions, cf. *supra*, n° 191 et s.

⁸⁷⁰ Le comportementalisme, de l'anglais *behaviourism*, est une école de psychologie scientifique qui considère que les comportements observables sont le résultat d'un conditionnement psychologique, et peuvent être schématisés suivant des « réponses-réflexes » à certains *stimuli*. À la suite de cette école, la psychologie cognitive a tâché d'identifier l'ensemble des phénomènes qui se placent entre le *stimulus* et le comportement observable, au nombre desquels se trouvent les biais cognitifs. Dans cette perspective, il suffirait de connaître les biais cognitifs pour susciter la réponse-réflexe qui y correspond. La psychologie cognitive peut être datée des années 1950, mais l'application, en droit, de cette « analyse comportementale » est tout à fait récente : v. par ex., A. ALEMANNI, G. HELLERINGER, A.-L. SIBONY, « Brève introduction à l'analyse comportementale du droit », *D.* 2016. 911.

Parmi ces biais cognitifs, mentionnons le biais d’inertie, dont la force est connue des juristes **(A)**, auquel pourraient être ajoutées la timidité **(B)** et l’ignorance **(C)**, dont l’influence sur la liberté des parties n’est pas négligeable.

A. Le biais d’inertie

234. Définition. Le biais cognitif sur lequel compte habituellement la règle dispositive, pour assurer son application au plus grand nombre, est le biais d’inertie. Son utilisation dans la mise en œuvre des politiques publiques ne date pas d’hier ; sa capacité de manipuler le consentement est redoutée et prise en compte en droit de la consommation. Les comportementalistes le décrivent comme une sorte de paresse⁸⁷¹ qui incite les intéressés à préférer le *statu quo* plutôt que tout changement, quand bien même le changement proposé serait dans leur intérêt : « c’est le mécanisme qui fait que nous ne nous désabonnons pas d’un magazine que nous ne lisons plus ou que nous ne décochons pas une case précochée lorsque nous remplissons un formulaire. »⁸⁷².

Évidemment, ce biais donne une force inouïe aux « options par défaut », anglicisme directement traduit de l’expression *default choice*. Si le droit supplétif est applicable à l’écrasante majorité des cas⁸⁷³, c’est bien parce qu’il compte sur l’inertie des sujets de droit.

235. Utilisation du mécanisme. Bien que l’analyse comportementale du droit ne soit pas encore un domaine très exploité⁸⁷⁴, notons tout de même que l’existence indiscutable de ce biais a incité le législateur européen⁸⁷⁵, soucieux de protéger le consommateur, à interdire que des

⁸⁷¹ Les causes expliquant un tel biais cognitif sont variées. V. A. BIARD et M. FAURE, « Ce que l’économie comportementale peut apporter aux juristes : illustrations européennes », *RTD eur.* 2015. 715 : « Tout d’abord, s’en remettre à l’option par défaut est la solution qui requiert le moins d’efforts. Ensuite, les individus sont généralement réticents au changement qu’ils perçoivent comme susceptible d’entraîner plus de risques que de bénéfices, et évitent par conséquent les situations remettant en cause le *statu quo* (*status quo bias*). Enfin, l’option par défaut peut, dans l’esprit des individus, implicitement désigner une action recommandée. »

⁸⁷² A. ALEMANNI, G. HELLERINGER, A.-L. SIBONY, « Brève introduction à l’analyse comportementale du droit », *D.* 2016. 911.

⁸⁷³ L’exemple chiffré classiquement donné est celui du nombre de personnes réputées donneuses d’organes : v. A. BIARD et M. FAURE, art. préc. : « Selon des chiffres de 2003, le taux de personnes considérées comme étant des donneurs d’organes en France, en Belgique ou encore en Autriche avoisinait les 99 %, alors qu’il atteignait 17 % au Royaume-Uni, 12 % en Allemagne ou seulement 4,25 % au Danemark. L’explication de ces écarts considérables tient essentiellement dans l’organisation des choix par défaut. En France, en Belgique et en Autriche, les individus sont réputés donneurs à moins qu’ils n’aient exprimé un souhait contraire. À l’inverse, au Royaume-Uni, en Allemagne et au Danemark, les individus sont par défaut réputés non donneurs, à moins qu’ils n’aient exprimé le souhait inverse. »

⁸⁷⁴ A. ALEMANNI, G. HELLERINGER, A.-L. SIBONY, art. préc., note n°3 : L’étude des biais comportementaux n’est pas exactement la même que la psychologie juridique. Alors que « la psychologie juridique [aurait] uniquement vocation à étudier les comportements humains qui sont façonnés par le droit », « l’analyse comportementale du droit [s’intéresserait] plus largement à tous les comportements qui déterminent son efficacité. » Comp. J. CARBONNIER, « Études de psychologie juridique », *Annales de l’Université de Poitiers*, 1949, 2^{ème} série, t. II, p. 1-18, réédité au *JCP G* n° 51, 14 déc. 2015, doct. 1407, propos introductifs F. TERRE.

⁸⁷⁵ Directive 2011/83/UE du 25 oct. 2011, relative aux droits des consommateurs, art. 22.

paiements supplémentaires résultent « d'options présélectionnées »⁸⁷⁶, c'est-à-dire, d'options par défaut. C'est dire si la puissance du biais d'inertie est connue. Tel est le ressort principal de l'application massive du droit commun supplétif, et tel est encore le ressort de la laïcité dispositif : la rigueur des conditions, énoncée au développement précédent, donne une indication assez nette du degré de volontarisme dont devraient faire preuve les parties pour s'extirper de l'emprise du droit commun⁸⁷⁷. Dans l'écrasante majorité des cas, l'obligation religieuse n'aura pas même été prévue, en raison de la force inerte qui fige les sujets de droit dans leur statut laïc.

Le biais d'inertie fonctionne d'autant mieux que dans un certain nombre de rapports de droit, conclus instantanément, le moment où les parties auraient eu l'occasion de se montrer désireuses d'incorporer les prescriptions religieuses à leur relation est extrêmement bref : il est même limité à l'instant du « coup de foudre » pendant lequel le contrat se conclut. La brièveté du moment de conclusion, combinée au biais d'inertie, a pour résultat évident que la clause religieuse n'est, dans l'écrasante majorité des cas, jamais adoptée.

L'instantanéité de la conclusion de bon nombre de rapports contractuels profite à d'autres biais, en particulier celui que nous pourrions appeler « biais de timidité ».

B. Le biais de timidité

236. Biais affectant les rapports déséquilibrés. Le biais de timidité pourrait correspondre à l'attitude d'une partie faible face à une partie forte. Il suffit de l'énoncer pour s'en convaincre : dans les affaires où le juge a refusé l'application du droit religieux à la partie qui la

⁸⁷⁶ A. BIARD et M. FAURE, art. préc.

⁸⁷⁷ Cet « arrachement » volontaire de la condition de citoyen soumis au statut civil (sur l'expression, v. D. SCHNAPPER, D. SCHNAPPER, *La communauté des citoyens*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 1994, p. 134-135) peut être comparé au mouvement dit de l'*opt-in*. Autre anglicisme accompagnant généralement les études — rares — relatives au biais d'inertie et aux options « par défaut », le binôme *opt-in* et *opt-out* prête à confusion. Qu'on nous permette donc de dissiper un doute. La désignation d'un *opt-in* ou d'un *opt-out* décrit le mouvement que peut faire le titulaire du choix (entrer — *in* — dans l'option possible ; sortir — *out* — de l'option proposée), et indique également quel est le statut de l'option : est-elle le choix par défaut ? L'alternative qui se pose à l'intéressé est d'y rester soumis (biais d'inertie), à moins qu'il veuille en sortir, auquel cas il devra en faire le mouvement (*out*). Est-elle seulement un choix possible ? Alors l'intéressé doit faire le mouvement d'y entrer (*in*). Cette précision de vocabulaire étant faite, il apparaît que le binôme *opt-in/ opt-out* n'est d'aucune utilité pour décrire la laïcité dispositif. L'option possible est de se soumettre au droit religieux, avec les conditions qu'on connaît, ce qui correspondrait donc, à la limite, à l'*opt-in*. Cela dit, l'utilité de la description par *opt-in/ opt-out* ne se mesure que par la comparaison des systèmes inverses, donc ceux qui permettent la sortie de l'option religieuse. Or, nous ne connaissons aucun système qui consacre l'*opt-out* en matière de relevance religieuse : pas même les systèmes dits « confessionnels », puisque le Liban, un des plus libéraux, n'a pas encore intégré dans son droit civil le statut laïc promis, disponible par la voie d'une option de sortie, d'un *opt-out*. Les Libanais sont donc « *in* », sans possibilité d'en sortir, pas, du moins, en suivant les voies légales (mais la voie frauduleuse, par laquelle les parties manipulent le rattachement territorial pour se marier sous l'empire d'une loi étrangère, est tant pratiquée, sans être sanctionnée, qu'elle pourrait s'analyser comme étant une option de sortie).

demandait « à retardement »⁸⁷⁸, il était généralement question d'un rapport contractuel dont les forces étaient déséquilibrées. Le marché des baux d'habitation fait du bailleur laïc une partie forte, tandis que le locataire religieux est une partie faible. Hardi serait le locataire qui oserait, au moment de la conclusion du contrat de bail, demander la stipulation d'une clause permettant d'aménager sa liberté religieuse ! Dans la nécessité où il se trouve de se loger, le preneur ne songera pas à stipuler une telle clause, et s'il y songeait, il y renoncerait certainement, de peur de se voir préférer un autre contractant. Le nouveau copropriétaire est dans la même situation, lorsqu'il est face à l'ensemble de la copropriété déjà dotée d'un règlement : au moment du transfert de propriété de l'immeuble, le règlement lui est opposable, ce qui en fait un contrat d'adhésion, qu'il n'a pas le loisir de négocier pour y inclure une clause religieuse. La même remarque vaut en droit du travail, et, en réalité, dans tous les rapports contractuels *stricto sensu* — exception faite, bien entendu, du cas où le rapport « partie faible – partie forte » est inversé : tel est le cas des entreprises de tendance.

Ces biais d'inertie et de timidité, si favorables à la laïcité dispositive, n'ont de force véritable que dans les rapports contractuels *stricto sensu*. C'est la structure du rapport contractuel — son instantanéité et son déséquilibre — qui lui donne toute sa force. Si le rapport, bien que contractuel, n'est pas instantané mais se conclut et prend ses effets dans le temps, tout change : l'inertie n'est plus un biais certain, et le rapport de force disparaît en principe. Tel devrait être le cas du droit de la famille.

Pourtant un autre biais semble prendre le relais, qui a pour résultat d'évincer, même en droit de la famille, l'application du droit religieux : appelons-le, faute de mieux, « biais d'ignorance ».

C. Le biais d'ignorance

237. Le flou de la norme de relevance en matière familiale. Par quel mécanisme les parties sont-elles dissuadées d'incorporer le droit religieux dans leurs rapports familiaux ? La dissuasion semble bien être le résultat de la structure du contentieux familial, qui ne favorise par l'usage systématique de la norme de relevance contractuelle : le flou qui l'entoure encore à certains égards, et qui participe de son caractère quelque peu « impressionniste », n'incite pas les parties à incorporer les prescriptions religieuses à leur rapport de droit⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸ R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD civ.* 2003. 575.

⁸⁷⁹ Sur le manque de clarté de la norme de relevance contractuelle en droit de la famille, cf. *supra* n° 115, et sur certaines de ses causes, comme l'attraction du domaine d'incompétence, cf. *supra*, n° 177 et la réintroduction d'éléments de fait dans l'appréciation du juge, cf. *supra*, n° 218.

Rappelons que le droit de la famille est par nature un droit se manifestant dans les situations pathologiques. Bien que les accords y soient encouragés, par hypothèse, le juge n'est saisi qu'en cas de désaccord des époux ou des parents. L'accord qui sert de norme de relevance, s'il existe, devra être recherché à l'époque révolue de l'ancienne concorde des époux ou des parents : la période des fiançailles, la pratique éducative antérieure, etc. En pratique, l'existence d'un accord dénué d'ambiguïté n'émergera que rarement.

L'accord conjugal ou parental sera d'autant plus difficile à identifier que la norme de relevance, en droit de la famille, manque terriblement d'intelligibilité. Or, ce flou conduit à donner au juge un pouvoir presque discrétionnaire pour déterminer la commune intention des parties. Dès lors, ignorant tout à fait comment s'y prendre pour incorporer le droit religieux à leur rapport de droit, les époux ou les parents paraissent plus dissuadés qu'encouragés à prévoir, en termes contractuels, l'intégration de règles religieuses dans leur relation de famille.

238. Disparition prévisible du flou. Le biais cognitif qui assure l'emprise du droit laïc serait-il dès lors un « biais d'ignorance » ? Hasardons seulement une réponse *a contrario* : vraisemblablement, les progrès de la contractualisation du droit de la famille, avec l'utilisation fréquente des pactes familiaux, pourront contrecarrer très efficacement ce biais cognitif — si l'on peut qualifier l'ignorance de « biais cognitif ». Ainsi, si les notaires proposent l'intégration d'une « clause Liberman » dans les contrats de mariage, s'ils proposent une stipulation relative à l'éducation religieuse de l'enfant dans les conventions de divorce, la norme de relevance, gagnant en clarté, gagnera aussi du terrain.

239. En résumé. L'inertie, la timidité et l'ignorance sont de nature à dissuader les parties d'intégrer les prescriptions religieuses dans leur rapport de droit privé : l'efficacité de ces ressorts est connue. Sans doute pourrait-on trouver à redire à l'exploitation de l'ignorance, de la paresse et de la timidité des individus, mais contentons-nous de remarquer le résultat : la règle supplétive est appliquée au plus grand nombre, ce qui confère au droit commun la prépondérance.

II. La prépondérance du droit commun

240. Hiérarchie du principe et de l'exception. Sous réserve des résultats d'une enquête quantitative de sociologie judiciaire, la supériorité numérique des cas d'application du droit étatique sur ceux du droit religieux paraît tout à fait certaine. Cette supériorité est telle que, même sans être en possession des chiffres, il semble possible d'avancer que les seconds seraient résiduels

par rapport aux premiers. Cette observation invite à réfléchir à la hiérarchie du principe et de l'exception en la matière.

En théorie du droit, « la méthode ordinaire veut [...] que l'exception soit définie en termes stricts. »⁸⁸⁰. Il en découle directement que, « dans le doute, le principe prévaut sur l'exception, la partie qui invoque celle-ci a la charge de convaincre le juge qu'il y a lieu de l'appliquer en l'espèce. »⁸⁸¹. Si, donc, la partie intéressée doit réunir un nombre de faits probants pour convaincre le juge de rendre obligatoires les prescriptions religieuses dont elle se prévaut, ce fardeau de la preuve indique qu'elle est dans une situation exceptionnelle. Le droit commun laïc est présumé applicable, puisque c'est le droit qui, « dans le doute », est appliqué.

Cette évidence de notre droit mérite d'être rappelée, car c'est ce fonctionnement qui permet de saisir à quel point le système français de la norme de relevance est exceptionnel. Tous les ordres juridiques des États sécularisés n'ont pas opté pour cette hiérarchie du principe et de l'exception : souvenons-nous qu'au Canada, par exemple, il en va bien différemment⁸⁸².

241. Recherche d'une règle de principe. La prépondérance numérique dont semble jouir le droit étatique laïc ne peut se passer de justification. En droit de la famille, par exemple, la « laïcité éducative » imposée par le juge a été critiquée⁸⁸³. De même, la « laïcité contractuelle » n'a

⁸⁸⁰ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p. 258. Également, v. H. BATIFFOL, « Remarques sur l'opposition des directives aux règles en droit international privé », in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, Cedam, 1989, p. 27 et s., spéc. p. 33: « C'est la démarche ordinaire de la vie du droit. Elle n'est acceptable que si les dérogations sont suffisamment définies pour qu'on sache si le principe garde une valeur et laquelle. »

⁸⁸¹ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p. 258 : « La méthode ordinaire veut tout au contraire que l'exception soit définie en termes stricts. Elle répond par là à un besoin constant de la vie du droit : les problèmes de frontière des catégories étant inévitables devant la variété des cas concrets, les solutions sont grandement facilitées, et, de ce chef, plus facilement prévisibles, si la charge de la preuve est déterminée : dans le doute, le principe prévaut sur l'exception, la partie qui invoque celle-ci a la charge de convaincre le juge qu'il y a lieu de l'appliquer en l'espèce. La formule traditionnelle que les exceptions sont d'interprétation stricte invite le législateur ou le juge à les énoncer avec précision ; la période est cependant dépassée d'une exégèse littérale : l'exception étant une règle de droit aussi bien que le principe auquel elle déroge doit s'entendre par rapport aux raisons qui la fondent, lesquelles peuvent, le cas échéant, justifier une interprétation non strictement littérale : le sens substantiel de la formule concerne la charge de la preuve. »

⁸⁸² Le régime de la norme de relevance de l'obligation d'accommodement raisonnable pose un ordre différent de la charge de la preuve : celui qui se prévaut des prescriptions de sa religion n'a qu'à prouver la sincérité de sa croyance, ce qui se déclare seulement. La charge de la preuve pèse donc sur l'autre partie à la relation de droit privé : à elle de prouver que le respect des prescriptions religieuses porterait une atteinte déraisonnable à ses droits. Cependant, même dans le régime probatoire favorable canadien, le nombre matériel des cas d'application du droit religieux restera, selon toute vraisemblance, inférieur à ceux où le droit commun est appliqué. Virtuellement, cependant, le régime probatoire permet d'inverser les proportions. C'est cette virtualité qui compte, car pour peu que le nombre de fidèles augmente, et avec lui, le nombre de demandes d'accommodements raisonnables, le régime probatoire n'opposera plus aucun obstacle à la relevance, en raison de la présomption de faveur dont la relevance religieuse bénéficie. Sur ce point, cf. *supra*, n° 40 et s.

⁸⁸³ L'intervention du juge, qui substitue au défaut d'accord des parents, ou à un accord non conforme à sa conception de l'intérêt de l'enfant, n'est pas une solution aussi neutre que ce qu'elle proclame. Dès 1948, le doyen Carbonnier

guère reçu les faveurs de la doctrine, qui l'a jugée contraire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁸⁴. Et il est vrai que, d'un point de vue purement théorique, pour accéder au rang de règle de principe, ces applications nombreuses du droit étatique devraient exprimer une règle. Disons-le autrement : pour qu'il soit possible d'affirmer qu'en France, l'application du droit étatique est le principe, et celle du droit religieux, l'exception, encore faut-il s'assurer de ce que les cas, si nombreux, où le droit étatique l'emporte, obéissent à une règle unique⁸⁸⁵.

Voilà, sans conteste, une recherche délicate à mener. Comment trouver à ces cas, intervenant dans les domaines les plus divers, une cause commune, qui puisse être énoncée avec la simplicité d'une unique règle de principe ? En réalité, ces cas n'ont qu'un seul point commun : l'éviction du droit religieux. Bien que ce résultat d'éviction paraisse accidentel, il est inexorable et constant, ou presque.

Ce serait donc dans la constance de l'éviction que se trouverait l'essence de la règle, qui veut que le juge impose, autant que possible, la laïcité éducative aux parents en désaccord, et la laïcité contractuelle aux contractants en litige. Résumons l'idée autrement : si, comme partout ailleurs, le régime de la norme de relevance est à l'image des rapports entre ordre étatique et ordre

comparait le système français au système soviétique : v. J. CARBONNIER, obs. sous Trib. Civ. Briançon, 6 janv. 1948, *D.* 1948. 579 : « Le code civil soviétique de 1923 avait sa solution : faute d'accord entre les parents, le mineur devait être considéré comme n'appartenant à aucune confession. Ce système de la table d'attente est peut-être le plus respectueux de la conscience de l'enfant. ». Mais, poursuit-il, « le droit français, plus romain que d'autres, [...] ne s'est jamais inquiété de reconnaître à l'enfant, si proche qu'il fût de sa majorité, une liberté religieuse personnelle ; de sorte que la solution soviétique risquerait d'apparaître chez nous comme un choix exercé en faveur d'une troisième religion — irrégulier, en l'occurrence — qui, n'étant ni celle du père ni celle de la mère, mais bien celle de l'État, n'avait aucun titre à être choisie. ». Que le juge puisse penser que sa solution de substitution soit axiologiquement neutre est un leurre qui n'a jamais trompé que ceux qui l'affirmaient : v. par ex., CA Douai, 28 août 2014, n° 14/05205, *AJ Famille* 2014. 556, obs. E. BAZIN : « l'école publique et laïque offre à cet égard les gages de la neutralité religieuse ». Il est pourtant clair que la laïcité, spécialement en matière éducative, a, comme le souligne le doyen Carbonnier, le rang d'une « troisième religion », dont l'effet immédiat est de refouler activement de la religion des parents. Qualifiée il y a tout juste dix ans de « laïcité intransigeante », la solution est devenue ordinaire en jurisprudence, et ne tardera plus, sans doute, à entrer dans la loi : v. J. HAUSER, « Religion de l'enfant : cacophonie chez les juges du fond », *RTD civ.* 1998. 472, obs. sous Montpellier, 27 nov. 2007, *JCP G* 2008. IV. 1799. Ainsi, en l'absence d'accord formel, homologué par le juge ou authentifié devant notaire, l'éducation religieuse à donner aux enfants risque d'être remplacée par une éducation laïque, c'est-à-dire non religieuse : en ce sens, v. la proposition de L. n° 1856 et n° 1925 du 27 juin 2014, suggérant d'introduire un art. L. 131-13 dans le C. de l'éduc., cf. *supra*, n° 110. Dès lors, le moindre indice signalant un désaccord entre époux au sujet d'une pratique ou d'un accord antérieur suffirait au juge pour choisir la solution laïque : en ce sens, Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2014, 2^{ème} éd., coll. « Précis », n° 721, p. 459.

⁸⁸⁴ Par ex. J.-P. MARGUENAUD, « La troisième chambre civile de la Cour de Cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD civ.* 2006, p. 722 ; D. FENOUILLET, *LPA* 2006, n° 133, p. 9.

⁸⁸⁵ Sur cette question de méthode, cf. Y. LEQUETTE, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Études offertes au doyen Ph. Simler*, Paris, Dalloz, 2006, p. 167, spéc. 170 et 172.

religieux et exprime, en conséquence, une valeur propre à l'ordre étatique d'accueil⁸⁸⁶, en France, cette valeur est contenue dans la règle qui assure au droit supplétif laïc un maximum d'emprise.

242. La valeur sous-tendue par le droit étatique supplétif. La valeur sous-tendue par ces dispositions supplétives a de quoi troubler. D'abord, elle ne peut être recherchée dans des dispositions ponctuelles. C'est tout le droit français, droit supplétif compris, qui se charge d'une dimension axiologique lorsqu'il est confronté à l'éventualité du droit religieux. Ce constat ne manque pas de sel : le droit français serait, lorsqu'il fonctionne en vase clos, sans élément perturbateur, un droit formé de règles impératives, mais aussi de règles supplétives, de règles permissives, de règles dispositives, de règles facultatives — depuis Portalis, l'inventaire est connu⁸⁸⁷. Mis au contact du droit religieux, le droit français se crispe et se fige, pour ainsi dire, en un bloc dont les dispositions autrefois facultatives, permissives ou supplétives se chargent d'une valeur nouvelle. Elles s'agencent de telle sorte que les individus sont dissuadés d'opter en faveur du droit religieux. En d'autres termes, en entrant en contact avec la normativité religieuse, les règles non-impératives du droit français changent de nature : elles deviennent *dispositives*.

Les règles dispositives, catégorie peu connue en droit français, ont ceci de particulier que « le législateur [leur] attribue [...] une valeur d'exemple ; [...] elles doivent servir de modèle de référence au juge »⁸⁸⁸. Raymond Saleilles écrivait que « ce qui est à la base des règles dispositives, c'est une raison d'ordre public, non pas, sans doute, qui soit telle qu'on ne doive permettre aucune disposition contraire, mais qui, du moins, tout en admettant des dérogations exceptionnelles, doit rester la règle générale. »⁸⁸⁹. D'autres auteurs, comme Mme Cécile Pérès et M. Philippe Stoffel-Munck, évoquent l'idée que les règles dispositives poursuivraient en quelque sorte un « ordre public

⁸⁸⁶ Comp. au sujet de la norme de relevance conflictuelle libanaise, cf. *supra* n° 56 ; et au sujet de la norme de relevance des accommodements raisonnables, cf. *supra* n° 46.

⁸⁸⁷ PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801) : « Nous avons déterminé les divers effets de la loi. Elle permet ou elle défend ; elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense. »

⁸⁸⁸ C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive* (préf. G. VINEY), Paris, LGDJ, 2004, n° 551, p. 533.

⁸⁸⁹ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901, art. 133, n° 36, p. 210 : « Si l'on recherche maintenant la raison d'être de la différence, purement quantitative, qui existe entre les deux catégories de dispositions [*supplétives et dispositives*, N.D.L.R.], on ne saurait la trouver que dans une différence d'appréciation, en ce qui touche l'importance que la loi attache aux diverses réglementation dont elle cherche à procurer, et au besoin à faire prévaloir, l'application. Peut-être, si l'on veut aller plus loin, et aboutir à une véritable différence de nature, pourrait-on dire que, ce qui est à la base des règles dispositives, c'est une raison d'ordre public, non pas, sans doute, qui soit telle qu'on ne doive permettre aucune disposition contraire, mais qui, du moins, tout en admettant des dérogations exceptionnelles, doit rester la règle générale [...] Le motif d'ordre public, qui inspire les règles dispositives, ne repose pas sur un ordre absolu [...] ; il ne suppose pas une appréciation qui ne comporte ni de plus ni de moins. Il repose sur l'importance toute relative que la loi attache à ce que, au point de vue d'un intérêt qu'elle considère comme touchant à l'ordre public, telle réglementation l'emporte sur les réglementations contraires. »

supplétif »⁸⁹⁰. Le doyen Carbonnier, quant à lui, sans aller jusqu'à attribuer à ces règles une raison d'ordre public, considérait que l'intérêt de cette dénomination consistait à « détacher les lois de cette catégorie de leur soubassement volontariste »⁸⁹¹.

À n'en pas douter, tel est le rôle que remplit le droit étatique supplétif à l'égard du droit religieux que les parties voudraient voir appliquer : si, théoriquement, celles-ci peuvent se soustraire à l'emprise du droit étatique, en pratique, les conditions de cette soustraction sont difficiles à satisfaire. Le système de relevance exerce en quelque sorte une fonction dissuasive sur la volonté des parties. Ce faisant, le système de relevance promeut un modèle de normalité : l'application du droit étatique doit être la règle, l'application du droit religieux, l'exception.

243. En résumé. Dans l'écrasante majorité des cas, le conflit entre le droit étatique et le droit religieux sera tranché, en droit civil français, en faveur du premier, faute, pour les parties, d'avoir stipulé une obligation religieuse dans leur rapport de droit. C'est donc en qualité de règle supplétive que le droit étatique s'appliquera. Toutefois, la prépondérance du droit étatique n'est probablement pas le fruit du hasard : les biais cognitifs connus du droit des contrats, comme le biais d'inertie, jouent en sa faveur. Il semble donc que l'application quasi-systématique du droit étatique soit porteuse d'une valeur particulière, perceptible seulement lorsqu'il se confronte au droit religieux. Une question lancinante se pose : pourquoi l'application du droit étatique est-elle si nécessaire ? que protège-t-elle ? En droit français, la valeur protégée par l'application uniforme du droit étatique est énigmatique, et si l'on sent poindre une raison de laïcité, l'utilité de cette laïcité du droit privé, œuvrant par la dissuasion des parties religieuses, n'apparaît pas immédiatement.

Imperceptiblement, l'application uniforme du droit étatique se charge d'une fonction nouvelle, et c'est pourquoi nous y ferons référence en désignant par « droit commun » ce droit porteur d'une fonction. Ainsi, dans notre conception, le terme « droit étatique » ne renvoie qu'à son opposition au droit religieux, tandis que par « droit commun », il faut entendre que le droit étatique se charge d'une certaine fonction. Il convient donc de s'interroger sur cette fonction du droit commun, menacée par l'intrusion de la normativité religieuse.

⁸⁹⁰ C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive* (préf. G. VINEY), Paris, LGDJ, 2004, n° 583, p. 569 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie* (préf. R. BOUT), Paris, LGDJ, 2000, n° 448, p. 356. Véritable oxymore juridique, cette expression est mise entre guillemets sous la plume de ces auteurs.

⁸⁹¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, « Les obligations », Paris, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, n° 37, p. 91-92 : on a « proposé l'expression de lois *dispositives* pour détacher les lois de cette catégorie de leur soubassement volontariste ».

§ 2 Nouvelle fonction du droit commun

244. Un principe d'affirmation du droit commun. Face à l'éventualité de l'application du droit religieux, le droit commun semble se ramasser en un bloc compact, de manière à forcer son application, ou à la rendre presque inévitable. Si la raison profonde de cette volonté nous échappe encore, au moins convient-il de partir de l'observation suivante : c'est le droit étatique dans son entier qui « désire » être appliqué, non certaines de ses dispositions, choisies dans des matières particulières. Cette observation conduit à certaines exclusions : afin de connaître la valeur protégée par l'application du droit commun, il faudra la chercher ailleurs que dans les valeurs protégées par chacune des matières du droit étatique. Par conséquent, devront être écartées de la recherche les politiques législatives particulières du droit de la famille, du droit du travail ou de la consommation. C'est à un niveau supérieur d'analyse qu'il faudra se placer : cette fonction générale du droit commun se révélerait par la réaction se produisant lors de son entrée en contact avec le droit religieux.

La laïcité dispositive est au service du droit commun, et le service qu'elle lui rend n'est pas sans rapport avec l'affirmation de la souveraineté de l'État, au moins dans ses rapports internes. « L'État chez lui, l'Église chez elle », disait Victor Hugo à la Chambre des députés⁸⁹², résumant le « chacun chez soi » normatif caractéristique de la laïcité **(I)**. Cela étant, la laïcité dispositive n'est pas davantage qu'un principe d'affirmation du droit commun : elle en épouse les limites naturelles **(II)**.

I. Une politique du « chacun chez soi »

245. Politique judiciaire. Nous imputons au juge de droit privé de mener une authentique politique de neutralisation du droit religieux en droit privé. Il faut pourtant bien admettre qu'à supposer qu'une telle intention existe, cette politique n'a jamais été affichée avec la clarté que nous lui prêtons. Il convient donc d'en rechercher les indices. Cette politique est datée, c'est-à-dire qu'elle correspond à un moment, assez récent, de l'histoire de France, et de ses rapports avec les communautés religieuses **(A)**. Il semble que les juges aient eu l'intention de réveiller une

⁸⁹² Dans un discours prononcé le 14 janv. 1850, au sujet de la discussion de la loi « Falloux », qui formera, avec la loi « Guizot » (de 1833) et les lois « Ferry » (de 1881 et 1882) le futur triptyque des lois républicaines de l'instruction publique. La loi « Falloux » n'était pas une loi laïque au sens où elle n'excluait pas l'enseignement confessionnel ; mais elle prépare l'avènement de la « République des républicains », car elle confie à l'État seul la charge d'instruire les enfants.

vertu ancienne du droit commun, sa vertu fédératrice, vantée par les exégètes qui avaient vu dans le Code civil la « constitution civile des Français » **(B)**.

A. L'éveil de la laïcité dispositive

246. La question du point de départ. La détermination du moment à partir duquel il fut acquis, en jurisprudence, que le contrat était la seule norme de relevance possible, peut être un indice. La laïcité du droit est ancienne : le doyen Carbonnier la fait remonter à 1804, qui pour lui « est la date décisive »⁸⁹³. Pourtant, la laïcité du droit ne correspond pas forcément à l'établissement d'une norme de relevance unique. Dire que le droit privé a rompu ses attaches avec la normativité religieuse n'est pas la même chose que de dire que le droit privé change de nature à la seule éventualité d'un contact avec elle. Le passage de la première proposition à la seconde indique une progression dans la manière dont le droit privé se comporte à l'égard de la normativité religieuse. La « date décisive », pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier, est donc à rechercher plus tard.

247. La période 1990-2000. En fait de date, ce serait plutôt une période qui ferait anniversaire. Un des premiers arrêts⁸⁹⁴ à avoir établi le caractère exclusif du contrat comme norme de relevance date de 1998 : c'est l'affaire dite du « Boucher de Mayotte », tranchée par la chambre sociale, et rendu sous le double visa du *pacta sunt servanda* — l'ancien article 1134 du Code civil — et de l'article 1^{er} de la Constitution⁸⁹⁵. Il a été assez rapidement suivi des arrêts qui ont fait la substance des développements consacrés au caractère exclusif du contrat comme norme de relevance : l'affaire des « digicodes » date de 2002⁸⁹⁶ et celles des « cabanes » de 2006⁸⁹⁷.

En droit de la famille, le caractère exclusif du contrat comme norme de relevance n'a jamais été affirmé avec une telle netteté. Rappelons qu'avant que la jurisprudence n'admette implicitement, mais sans l'affirmer, que seuls les accords de volonté pouvaient intégrer les prescriptions religieuses dans la relation de droit privé, un flottement sur la nature même des normes de relevance avait eu lieu : du temps du Concordat — négocié par Portalis et signé par

⁸⁹³ J. CARBONNIER, « Le Code civil », in *Le Code civil : 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz et Litec, 2004, p. 17, spéc. p. 35.

⁸⁹⁴ Antérieurement, v. Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 1989, n° 88-10.549, *JCP G* 1989. IV. 277 : contrat d'agence de voyage, relevance non autorisée, car il incombait au client « d'attirer l'attention de l'agence sur toute particularité le concernant, susceptible d'affecter le déroulement du voyage », notamment la prohibition de prendre l'avion un samedi, jour du sabbat.

⁸⁹⁵ Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44738.

⁸⁹⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00519.

⁸⁹⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, n° 05-14774.

Napoléon, et dont Carbonnier lui-même avait dit qu'il était une véritable annexe du Code civil⁸⁹⁸ — les articles organiques 6 et 26 indiquaient que devait être sanctionnée « l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France »⁸⁹⁹. Cette réception des canons n'avait été limitée qu'aux empêchements à mariage⁹⁰⁰, mais c'est assez pour dire qu'il a fallu du temps pour que se dégage le caractère exclusivement contractuel que devait revêtir la norme de relevance en droit de la famille.

C'est donc la période 1990-2000 qu'il faut scruter pour déceler une éventuelle politique relative au fait religieux que les juges de l'ordre judiciaire auraient suivie.

248. Examen de l'actualité politique de l'époque. 1989 est l'année qui a vu éclater l'affaire « des foulards de Creil ». Rétrospectivement, elle est vue par la presse française comme l'événement constitutif d'un « tournant dans l'histoire de notre pays »⁹⁰¹. Un bref rappel des faits peut être utile, pour cette affaire rendue célèbre par les médias, dans laquelle les politiques se sont anxieusement mêlés, consultant le Conseil d'État, qui en définitive s'est prononcé dans un avis laissant planer la plus grande incertitude sur le sort du foulard islamique dans les écoles républicaines⁹⁰².

⁸⁹⁸ J. CARBONNIER, « La sécularisation du droit civil par le Code civil des Français » (1981), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1384, spéc. p. 1388 : « La loi du 18 germinal an X [...] qui promulguait la Convention, dite Concordat du 26 messidor an IX, passée entre le gouvernement français et le pape ainsi que les articles organiques de cette convention [...] pouvait être comprise comme un complément virtuel, pour ne pas dire une annexe, du Code civil, dont la promulgation était imminente [...] Néanmoins, sur la laïcité du Code civil, le Concordat projetait une ombre dont le XIX^{ème} siècle ne se débarrassa pas si aisément. »

⁸⁹⁹ Les Articles organiques de la Convention du 26 messidor an IX (15 juill. 1801) étaient une annexe, non négociée par le pape, au concordat introduit par la loi du 18 germinal an X (8 avr. 1802). L'article 6 dispose : « Il y aura recours au Conseil d'État dans tous les cas d'abus de la part des supérieurs et autres personnes ecclésiastiques. Les cas d'abus sont l'usurpation ou l'excès de pouvoir, la contravention aux lois et règlements de la République, l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France, l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'Église gallicane, et toute entreprise ou tout procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer contre eux en oppression ou en injures, ou en scandale public. » L'article 26 : « Ils ne pourront ordonner aucun ecclésiastique, s'il ne justifie d'une propriété produisant au moins un revenu annuel de 300 francs, s'il n'a atteint l'âge de vingt-cinq ans, et s'il ne réunit les qualités requises par les canons reçus en France. Les évêques ne feront aucune ordination avant que le nombre des personnes à ordonner ait été soumis au Gouvernement et par lui agréé. »

⁹⁰⁰ Au sujet des prêtres et des divorcés, cf. *supra*, n° 88.

⁹⁰¹ L'anniversaire est fêté par la presse généraliste, *L'Express*, 20 août 2019, « 30 ans après, retour sur "l'affaire du foulard" à Creil » ; *Le Point*, 19 sept. 2019, « Trente ans après Creil, ce que pensent les musulmans de France » ; *La Croix*, 23 sept. 2019, « Faut-il s'inquiéter de la pratique des musulmans de France ? ». Dans la littérature universitaire, v. également H. SENIGUER, « Communauté, "communautarisme" et islam en France », *Dr. soc.* 2015. 664. V. également le sondage Ifop et Fondation Jean Jaurès, par J. FOURQUET, F. KRAUS, J.-Ph. DUBRULLE et S. SIBAI, (dir.), *Étude auprès de la population musulmane en France, 30 ans après l'affaire des foulards de Creil*, 23 sept. 2019, en ligne : https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2019/09/116646_Rapport>Ifop_le_Point_FJJ_2019.09.11.pdf. Un auteur, I. Ferhat, célèbre également le trentenaire, avec son ouvrage *Les Foulards de la discorde. Retours sur l'affaire de Creil, 1989*, Paris, éd. de l'Aube-Fondation Jean-Jaurès, 2019.

⁹⁰² CE, 27 nov. 1989, n° 346893, § 1, p. 4 : « La liberté ainsi reconnue aux élèves comporte pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à

Trois jeunes lycéennes, d'origine marocaine, ont été expulsées par le directeur de l'établissement Gabriel-Havez de Creil parce qu'elles refusaient d'ôter leur voile pour entrer en classe. La question de leur nationalité a son importance, car si l'affaire s'est rapidement apaisée, malgré l'emballement politico-médiatique⁹⁰³, c'est grâce à l'intervention du représentant du roi Hassan II du Maroc, qui a entrevu les familles et les a incitées à obtempérer. L'échec des pouvoirs publics français n'en est, en comparaison, que plus cuisant⁹⁰⁴.

Toujours sur l'année 1989, un petit fait a son importance symbolique : c'est l'année où l'Institut des sondages IFOP commence à s'intéresser aux pratiques religieuses des musulmans. C'est aussi la date de la création, par Pierre Joxe, du Conseil représentatif de l'Islam de France, qui « vise explicitement à favoriser un islam libéral, voire laïque » c'est-à-dire à le séculariser⁹⁰⁵. Lorsque commence l'époque des attentats terroristes⁹⁰⁶, l'agitation relative aux mouvements traditionalistes musulmans se transforme en angoisse. Les attentats isolés des années 1980, à visée spécialement antisémite, ont été suivis d'attaques de plus grande ampleur, frappant indistinctement tous les Français, autour de l'année 1995.

Mais c'est incontestablement à partir de l'attentat dirigé contre les tours jumelles de New York, l'attentat du « 9/11 », qu'une ère nouvelle s'est ouverte dans les États sécularisés⁹⁰⁷. En France, le chef de l'État, Jacques Chirac, inquiet et désireux d'entreprendre une reconquête de la laïcité, réunit en 2003 une commission présidée par le médiateur de la République, Bernard Stasi,

l'obligation d'assiduité. Son exercice peut être limité, dans la mesure où il ferait obstacle à l'accomplissement des missions dévolues par le législateur au service public de l'éducation. »

⁹⁰³ Le 2 nov. 1989, une lettre ouverte parue au *Nouvel observateur*, signée Elisabeth Badinter, Régis Debray, Alain Finkielkraut, Elisabeth de Fontenay et Catherine Kintzler, dénonce un « Munich de l'école républicaine ». Une semaine plus tard, le 9 nov. 1989, la revue *Politis* publie une lettre en réponse, intitulée « Pour une laïcité ouverte », signée de cinq personnalités (Joëlle Brunnerie-Kauffmann, Harlem Désir, René Dumont, Gilles Perrault et Alain Touraine), dénonçant la laïcité « d'une école qui craindrait par-dessus tout les différences : la laïcité de la blouse grise, qui ne supporterait ni foulard, ni kippas, ni crucifix. Et celle plus ouverte, d'une école laïque et obligatoire au-dessus des particularismes, dans le respect de ceux-ci », v. *Le Monde*, 10 nov. 1989, « Appel pour une "laïcité" ouverte », en ligne : https://www.lemonde.fr/archives/article/1989/11/10/un-appel-pour-une-laicite-ouverte_4134927_1819218.html.

⁹⁰⁴ L'agitation en haut lieu n'a pas été des moindres, pourtant. Lionel Jospin, alors ministre de l'Éducation nationale, s'exprime devant l'Assemblée nationale le 25 oct. 1989 : il incite les directeurs d'établissements et les enseignants à ne pas laisser les enfants venir à l'école dans ces conditions, tout en préconisant un règlement au cas par cas, favorisant toujours l'accueil des enfants récalcitrants. Toutefois, incertain de sa position, c'est lui qui avait saisi le Conseil d'État, pour avis : v. CE, 27 nov. 1989, n° 346893, préc.

⁹⁰⁵ Comp. O. ROY, *La laïcité face à l'islam*, Paris, Stock, 2005, p. 50 : « à vider toute religion non forcément de sa transcendance mais de son exigence d'absolu. »

⁹⁰⁶ Les premiers attentats terroristes menés par des groupes de fondamentalistes musulmans remontent aux années 1980, avec l'attaque du 9 août 1982, rue des Rosiers, et celle du 17 sept. 1986, rue de Rennes. Plus tard, dans les années 1990, spécialement en fin 1994 et en 1995, le Groupe islamique armé attaque des Français, sans distinction de religion.

⁹⁰⁷ Traumatisme mondial qui a fait, rétrospectivement, un symbole générationnel de l'ouvrage de S. P. HUNTINGTON, *Le choc des civilisations* (1996), Paris, Odile Jacob, 2000.

dans le but de connaître l'état de la population française, spécialement les personnes de confession musulmane, et leurs dispositions à l'égard de la laïcité.

249. État de la société française. Quel était l'état de la France⁹⁰⁸ ? Le « Rapport Stasi »⁹⁰⁹ est alarmant. S'il observe qu'un multiculturalisme de fait s'est développé en France⁹¹⁰, il fait état d'une montée de communautarismes religieux, qui se caractérise par la primauté donnée par les coreligionnaires à leur allégeance religieuse, plutôt que républicaine⁹¹¹. On ne saurait mieux pointer la résurgence d'un conflit de souverainetés, en droit interne, longtemps après qu'il fut oublié

⁹⁰⁸ *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, Rapport au Président de la République*, présidé par B. STASI, 11 déc. 2003. Une étude rétrospective est peut-être plus objective qu'un rapport politique : v. par ex. J. FOURQUET, *L'archipel français. Naissance d'une nation multiple et divisée*, Paris, Seuil, 2019 : l'ouvrage se présente comme une collection d'études statistiques toutes mises dans la perspective de dresser un tableau moral de la population française. Il constate, entre autres choses, que la pratique religieuse a beaucoup évolué : à côté de la baisse de la pratique catholique de la France (il ne recense que 6 % de messalisants, terme désignant les catholiques se rendant à la messe une fois par semaine, *ibid.*, p. 67), il constate une progression de la pratique religieuse musulmane (*ibid.*, p. 163-164). Plus particulièrement, il situe le « point de bascule » au début des années 2000 : « Les études et sondages dont on dispose convergent tous dans le sens d'une plus grande fréquence et observance des signes de religiosité dans la population de confession et d'origine musulmane. Le point de basculement semble se situer au début des années 2000. Pour ce qui concerne, par exemple, la pratique du ramadan, les enquêtes de l'Ifop avaient mesuré une proportion de jeûneurs pendant toute la durée du ramadan de 60 % en 1989 et 1994. Les sondages réalisés depuis le début des années 2000 enregistrent tous une proportion comprise entre 67 % et 71 %. Les sondages indiquent par ailleurs un recul (au moins dans le déclaratif) de la consommation d'alcool au sein de cette population. Cette proportion est tombée à 32 % en 2011, puis à 22 % en 2016. » Ajoutons que le sondage Ifop de sept. 2019 indique une baisse d'un point de la consommation d'alcool (21 %) : https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2019/09/116646_Rapport_Ifop_le_Point_FJJ_2019.09.11.pdf. L'auteur poursuit, *ibid.*, p. 164 : « De la même façon, les données du marché mesurent une hausse sensible des ventes des produits halal. C'est en 1997 qu'une marque spécialisée dans les produits halal Isla Délice a fait son apparition dans les rayons des grandes surfaces. Autre signe d'une affirmation religieuse plus revendiquée, parmi les femmes se déclarant musulmanes, 35 % disaient porter le voile en 2016 contre 24% en 2003. En comparant les données de l'enquête mobilité géographique et intégration sociale (MGIS) menée en 1992 et l'enquête TeO réalisée par l'INED et l'INSEE en 2008, le sociologue Hugues Lagrange constatait également un regain de religiosité dans la jeunesse issue de l'immigration. On notera que le début des années 2000 se situe entre ces deux enquêtes, ce qui accrédite l'hypothèse d'un regain de religiosité à ce moment charnière. Ce point d'inflexion coïncide d'ailleurs [...] avec le début de la seconde période d'augmentation rapide de la proportion de nouveau-nés portant des prénoms arabo-musulmans. »

⁹⁰⁹ *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, Rapport au Président de la République*, présidé par B. STASI, 11 déc. 2003, en ligne : <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>.

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 17 : « Notre pays a connu en un siècle une mutation radicale. Il est devenu pluriel sur le plan spirituel. Autrefois appelée "Fille aînée de l'Église", forte d'une tradition protestante diversifiée, la France rassemble la première communauté juive d'Europe occidentale. Au cours des dernières décennies, de nouvelles religions se sont développées. L'Islam, issu principalement de populations originaires du Maghreb, d'Afrique et du Moyen-Orient, est représenté par la communauté la plus importante de l'Union européenne ; l'orthodoxie est aussi présente ainsi que le bouddhisme. La France compte également un nombre important d'athées, d'agnostiques et de libres penseurs. En parallèle, la pratique religieuse régulière a reculé laissant place à une autonomie croissante des convictions spirituelles ou religieuses. Ainsi la France d'aujourd'hui est-elle parmi les pays européens l'un des plus diversifiés. »

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 48 : « L'ensemble des intervenants de terrain auditionnés par la commission ont fait état d'un contexte social et urbain favorable au développement de logiques communautaristes, faisant primer l'allégeance à un groupe particulier sur l'appartenance à la République. Ce phénomène était, jusqu'à ces dernières années, encore peu perceptible en France. »

du droit international privé⁹¹². Face à ce triste constat, le Rapport Stasi donne des indications de politique à suivre. Le phénomène a trop d'ampleur pour qu'il puisse être question de mener une autre politique que l'intégration de ces communautés. Aussi, semblant faire contre mauvaise fortune bon cœur, le rapport remarque que l'évolution des mentalités peut faire incliner la philosophie politique française traditionnelle, « fondée sur la défense de l'unité du corps social », vers une prise en compte accrue de la diversité⁹¹³. Et pour réussir cette gageure, il investit la laïcité d'une mission d'une ampleur assez déconcertante.

250. Un rappel au pacte républicain. Le rapport ne fait pas mystère de son but : « La laïcité d'aujourd'hui est mise au défi de forger l'unité tout en respectant la diversité de la société. » Ce défi, la Commission Stasi le juge possible à relever : « la laïcité peut être le levain de l'intégration de tous dans la société : elle équilibre reconnaissance du droit à une identité propre et effort nécessaire pour tisser les convictions individuelles avec le lien social. L'apprentissage de la citoyenneté dans notre société à cultures et origines diverses suppose qu'on apprenne à vivre ensemble. En articulant unité nationale, neutralité de la République et reconnaissance de la diversité, la laïcité crée par-delà les communautés traditionnelles de chacun la communauté d'affections, cet ensemble d'images, de valeurs, de rêves et de volontés qui fondent la République. »⁹¹⁴. Le rapport incite donc à adapter les mécanismes de la laïcité pour permettre ce résultat : il faudrait donc « rechercher les nouvelles formulations et les traductions concrètes de la laïcité contemporaine [pour] permettre de forger » un « destin commun »⁹¹⁵. Vaste programme !

L'appel aurait-il été entendu par les juges de l'ordre judiciaire ? S'ils se sont abstenus de faire aucune déclaration d'intention allant dans ce sens, reconnaissons qu'ils n'auraient pu trouver meilleure manière de donner corps à ce rappel du pacte républicain. En faisant du contrat la seule norme de relevance possible, les juges de l'ordre judiciaire ont soumis l'intégration de ce « droit à une identité propre »⁹¹⁶ à des conditions rigoureuses, articulant ce prétendu « droit »⁹¹⁷ à l'impératif d'« unité nationale »⁹¹⁸, et sans jamais remettre en cause leur neutralité. Ils auraient pris acte du

⁹¹² Cf. pour un exposé de l'ancien conflit de souverainetés, v. l'ouvrage de B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2017, p. 324 et s. V. également A. BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 1949. 615 (première partie) et 1950. 11 (seconde partie).

⁹¹³ *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, Rapport au Président de la République*, p. 17 : « Par ailleurs, les mentalités ont évolué. Notre philosophie politique était fondée sur la défense de l'unité du corps social. Ce souci d'uniformité l'emportait sur toute expression de la différence perçue comme menaçante. Aujourd'hui la diversité est parfois présentée sous un jour positif. »

⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁹¹⁵ *Ibid.*

⁹¹⁶ *Ibid.*

⁹¹⁷ Comp. A. FENET, G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF, *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2001.

⁹¹⁸ *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, Rapport au Président de la République, ibid.*

conflit de souverainetés latent, et auraient tenté de redécouvrir, dans le droit commun laïc, son ancienne vertu fédératrice.

B. La redécouverte de la vertu fédératrice du droit commun

251. Renouer avec la Constitution civile des Français. Le droit commun n'aurait « pas fini de nous unifier. Après les provinces, après les classes sociales, voici les ethnies »⁹¹⁹, c'est-à-dire, explique le doyen Carbonnier, les religions. Le Code civil aurait donc retrouvé, « contre le droit musulman, sa fonction de symbole d'unité, symbole laïque obligatoire auquel doivent rendre hommage tous les nationaux, quelle que soit leur origine. »⁹²⁰. Dans cette perspective, en dissuadant les parties d'incorporer des règles religieuses à leur relation de droit privé, les mécanismes de la laïcité dispositives permettent au droit commun de s'assurer de l'adhésion des Français — quoique cette adhésion soit quelque peu contrainte.

252. Le précédent du Grand Sanhédrin de 1807. En ce domaine, l'usage d'une contrainte en demi-teinte n'est pas nouveau. Déjà Napoléon avait voulu s'assurer de l'adhésion des juifs à son Code civil, alors qu'ils sortaient tout juste de leur statut d'étranger⁹²¹ — qui n'a été frappé par la formule fameuse de Clermont-Tonnerre, « refuser tout aux juifs comme nation, et accorder tout aux juifs comme individus »⁹²² ? L'empereur le fit avec la pompe qu'on lui connaît :

⁹¹⁹ J. CARBONNIER, « Le Code civil », in *Le Code civil : 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz et Litec, 2004, p.17, spéc. p. 31-32 : « La question a surgi de l'immigration qu'a attirée chez nous l'industrialisation [...], l'immigration du Maghreb, parce que là, le droit que les immigrés apportent avec eux revêt le double exotisme d'être oriental et religieux. Sans doute, tant que le Maghrébin conserve sa nationalité étrangère, la situation est simple : pour les conflits de loi le droit international privé a des solutions. Mais à supposer acquise, volontairement ou non, la nationalité française, il est vraisemblable que beaucoup de ces nouveaux français intérioriseront comme norme de conduite, plutôt que le Code civil, le droit musulman qu'ils ont vécu ou que leurs parents leur ont fait revivre. »

⁹²⁰ J. CARBONNIER, art. préc.

⁹²¹ Le processus dit d'émancipation des juifs correspond à leur progressive assimilation dans les nations d'Europe. La France a été la première à accorder aux Juifs la citoyenneté française, par un décret de l'assemblée constituante du 27 septembre 1791, également appelé « motion Duport », du nom du jacobin Adrien Duport qui l'a proposée à l'assemblée.

⁹²² *Orateurs de la Révolution française*, Gallimard, NRF, coll. « Bibliothèque de La Pléiade », t. I « Les constituants », 1989, p. 242, spéc. p. 247 : « Mais, me dira-t-on, les juifs ont des juges et des lois particulières ? Mais, répondrai-je, c'est votre faute, et vous ne devez pas le souffrir. Il faut refuser tout aux juifs comme nation, et accorder tout aux juifs comme individus ; il faut méconnaître leurs juges ; ils ne doivent avoir que les nôtres ; il faut refuser la protection légale au maintien des prétendues lois de leur corporation judaïque ; il faut qu'ils ne fassent dans l'État ni un corps politique, ni un ordre ; il faut qu'ils soient individuellement citoyens. Mais, me dira-t-on, ils ne veulent pas l'être. Eh bien ! s'ils veulent ne l'être pas, qu'ils le disent, et alors, qu'on les bannisse. Il répugne qu'il y ait dans l'État une société de non-citoyens, et une nation dans la nation [...] Enfin, Messieurs, l'état présumé de tout homme domicilié dans un pays est d'être citoyen. Réduisons la question à ce point ; elle devient simple : il faut laisser tous les Français dans leur état naturel, et attendre que quelques-uns, ou à raison de leur culte, ou à raison de leur profession, demandent à être déclarés non-citoyens, et en attendant, on peut déclarer que les citoyens existants ne trouveront, ni dans l'un, ni dans l'autre, d'obstacle à leur éligibilité. »

ressuscitant, quinze siècles après son extinction, l'institution du Grand Sanhédrin⁹²³, genre de cour suprême de l'antique Jérusalem, Napoléon convoqua, en 1806, une assemblée de soixante-et-onze rabbins, dont il attendait la garantie de l'obéissance de tous les juifs de l'Empire.

Douze questions étaient posées à cette assemblée présidée par David Sinzheim⁹²⁴. Pour l'essentiel, « tout ceci revenait à demander si le judaïsme était compatible avec le droit commun et si les juifs étaient disposés à accepter l'assimilation et ses conséquences, notamment la conscription et les mariages mixtes, auxquels Napoléon, en bon jacobin, tenait beaucoup. »⁹²⁵.

Les réponses, en 9 articles, données par la doctrine rabbinique, furent très accommodantes. Si l'on excepte la question des mariages mixtes⁹²⁶ — Napoléon aurait voulu « diluer les juifs dans la nation française »⁹²⁷ en imposant, dit-on, un mariage mixte sur trois⁹²⁸ —, les réponses données aux questions indiquent une adhésion sans réserve à la nation française naissante, à ses valeurs, à son Code civil. Au nom du principe *Dina de-malkhuta dina*⁹²⁹, qui distingue

⁹²³ Le terme de *sanhédrin* vient du grec *συνέδριον*, qui signifie « assemblée siégeant ; conseil ; collège judiciaire » (*Trésor de la langue française*, V^o « sanhédrin »). Il est parfois aussi appelé *Beth Din ha-gadol*, ce qui signifie tribunal suprême : v. C. TOUATI, « Grand Sanhédrin et droit rabbinique », in B. BLUMENKRANTZ et A. SOBOUL (dir.), *Le Grand Sanhédrin de Napoléon*, Toulouse, Éd. Édouard Privat, coll. « franco-judaïca », 1979, p. 27, spéc. p. 28.

⁹²⁴ *Les décisions doctrinales du Grand Sanhédrin réuni sous les auspices de Napoléon le Grand*, Lagrasse, Éditions Verdier, coll. « Poche », 2007, p. 17-18 :

« 1. Est-il licite aux juifs d'épouser plusieurs femmes ?

2. Le divorce est-il permis par la loi juive ? Le divorce est-il valable sans qu'il soit prononcé par les tribunaux et en vertu de lois contradictoires à celles du Code français ?

3. Une juive peut-elle se marier avec un chrétien et une chrétienne avec un juif ? Ou la loi veut-elle que les juifs ne se marient qu'entre eux ?

4. Aux yeux des juifs, les Français sont-ils des frères ou sont-ils des étrangers ?

5. Dans l'un et l'autre cas, quels sont les rapports que leur loi prescrit avec les Français qui ne sont pas de leur religion ?

6. Les juifs nés en France et traités par la loi comme citoyens français regardent-ils la France comme leur patrie ? Ont-ils l'obligation de la défendre ? Sont-ils obligés d'obéir aux lois et de suivre toutes les dispositions du Code civil ?

7. Qui nomme les rabbins ?

8. Quelle juridiction de police exercent les rabbins parmi les juifs ? Quelle police judiciaire exercent-ils parmi eux ?

9. Ces formes d'élection, cette juridiction de police sont-elles voulues par la loi ou seulement consacrées par l'usage ?

10. Est-il des professions que la loi des juifs leur défende ?

11. La loi des juifs leur défend-elle de faire l'usure à leurs frères ?

12. Leur défend-elle ou leur permet-elle de faire l'usure aux étrangers ? »

⁹²⁵ F. DELPECH, « Les Juifs en France et dans l'empire et la genèse du Grand Sanhédrin », in *Le Grand Sanhédrin de Napoléon* (dir. B. BLUMENKRANTZ et A. SOBOUL), Toulouse, Éd. Édouard Privat, coll. « franco-judaïca », 1979, p. 1, spéc. p. 10.

⁹²⁶ *Les décisions doctrinales du Grand Sanhédrin réuni sous les auspices de Napoléon le Grand*, Lagrasse, Éditions Verdier, coll. « Poche », 2007, p. 27 : Dans l'article III, le Grand Sanhédrin s'est contenté d'énoncer que « les mariages entre Israélites et Chrétiens, contractés conformément aux lois du Code civil, sont obligatoires et valables civilement, et que, bien qu'ils ne soient pas susceptibles d'être revêtus des formes religieuses, ils n'entraîneront aucun anathème ».

⁹²⁷ C. TOUATI, « Grand Sanhédrin et droit rabbinique », in *Le Grand Sanhédrin de Napoléon*, *op. cit.*, spéc. p. 44.

⁹²⁸ En ce sens, F. DELPECH, art. préc., p. 23.

⁹²⁹ V. G. GRAFF, *Separation of Church and State — Dina de Malkhuta Dina in Jewish Law, 1750-1848*, Alabama, University Alabama Press, 2^{ème} éd., 2003.

entre les dispositions religieuses et les dispositions politiques, le Grand Sanhédrin a même abrogé toute la législation juive.

La déclaration frappe si fort, par son esprit résolu et allègrement laïc, qu'elle nous a paru digne d'être partiellement reproduite. En préambule des décrets, ce Grand Sanhédrin déclare solennellement⁹³⁰ :

« Que la Loi divine, ce précieux héritage de nos ancêtres, contient des dispositions religieuses et des dispositions politiques ;
Que les dispositions religieuses sont, par leur nature, absolues et indépendantes des circonstances et des temps ;
Qu'il n'en est pas de même des dispositions politiques, c'est-à-dire de celles qui constituent le gouvernement, et qui étaient destinées à régir le peuple d'Israël dans la Palestine lorsqu'il avait ses Rois, ses Pontifes et ses Magistrats ;
Que ces dispositions politiques ne sauraient être applicables depuis qu'il ne forme plus un corps de la nation ;
Qu'en consacrant cette distinction déjà établie par la tradition, le Grand Sanhédrin déclare un fait incontestable [...] ;
Ainsi en vertu du droit que nous confèrent nos usages et nos lois sacrées [...], nous procéderons dans l'objet de prescrire religieusement l'obéissance aux lois de l'État en matière civile et politique. »

253. La contrainte. L'apparence de liberté dont jouissaient les rabbins ne doit pas conduire à négliger un contexte où une contrainte certaine pesait sur les juifs de France : Napoléon était empereur, il siégeait aux débats du Grand Sanhédrin ; en outre, l'état de la communauté juive ne permettait pas à cette dernière de refuser ce qui se présentait à elle comme une occasion de régénération⁹³¹. Si nous louons aujourd'hui l'œuvre d'unification de la communauté nationale, ayant absorbé les particularismes religieux dans la grande enveloppe nationale, nous aurions tort d'oublier

⁹³⁰ Les décisions doctrinales du Grand Sanhédrin réunies sous les auspices de Napoléon le Grand, Lagrasse, Éditions Verdier, coll. « Poche », 2007, p. 20 et 21.

⁹³¹ F. DELPECH, art. préc., spéc. p. 25 : « N'oublions pas que l'attitude des Notables et du Sanhédrin répondait aussi à des considérations positives. En acceptant d'entrer dans la voie des réformes, ils n'ont pas seulement obéi à la contrainte, mais aussi et surtout à la conviction que ces réformes étaient effectivement nécessaires, ou au moins admissibles. Compte tenu de l'état misérable de la plupart des juifs, du drame de l'usure et de la gravité de la crise qui affectait presque toutes les synagogues, ils ont vu dans la réorganisation du culte et dans la lutte contre l'usure, abstraction faite de ses excès, la possibilité de construire une communauté nationale solide et de contribuer à un redressement matériel, intellectuel et moral absolument indispensable. » David Sinzheim parle d'ailleurs d'une œuvre de régénération que produirait l'entrée dans la nation française.

que l'unification est moins le résultat des vertus propres du droit commun, que celle d'un *compelle intrare* commandé par Napoléon.

Las ! soixante ans plus tard, lors du sénatus-consulte du 14 juillet 1865⁹³², cet élément de la politique napoléonienne avait été gommé : ainsi, croyant non sans quelque naïveté que l'indigène, lorsqu'il reconnaîtrait la supériorité supposée du droit laïc, abandonnerait naturellement son statut religieux, Napoléon III jugea inutile de faire peser la moindre contrainte sur ces nouveaux nationaux pour les faire entrer dans la communauté nationale⁹³³. Connaissant le résultat⁹³⁴, nous pouvons hasarder que la vertu unificatrice du droit commun tient sans doute moins à ses vertus intrinsèques qu'à la contrainte conformiste, même subtile, qui pèse sur les sujets de droit. Cette contrainte est admirablement exercée par la douce dissuasion du système de la laïcité dispositive.

254. Le rappel de l'adhésion irrévocable au statut laïc. Elle peut être douce, la contrainte de la laïcité dispositive, car en principe, elle ne devrait être qu'un rappel d'une adhésion présumée acquise et irrévocable au droit commun laïc⁹³⁵. Les individus à qui elle s'applique sont déjà dans la communauté nationale, ils sont déjà français, et la liberté religieuse dont ils jouissent

⁹³² Ce sénatus-consulte (cf. *supra*, n° 27) déclarait que les indigènes musulmans et israélites d'Algérie étaient de nationalité française et néanmoins soumis à leurs statuts personnels religieux, (art. 1 et 2) mais leur donnait la faculté d'opter pour le statut civil laïc. La renonciation à leur statut personnel religieux devait leur conférer, en même temps, la citoyenneté française, c'est-à-dire tous les droits politiques qui y étaient attachés.

⁹³³ L.-A. BARRIERE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Éditions universitaires, 1993, p. 157 : dans une lettre à Mac Mahon, alors gouverneur général de l'Algérie en date du 20 juin 1865, Napoléon III expose l'inutilité de faire peser la moindre contrainte sur cette option de statut personnel : « Lorsque notre manière de régir un peuple vaincu sera pour les quinze millions d'Arabes répandus dans les autres parties de l'Afrique et en Asie, un objet d'envie, le jour où notre puissance établie au pied de l'Atlas apparaîtra comme une intervention de la Providence pour relever une race déchue, la gloire de la France retentira depuis Tunis jusqu'à l'Euphrate et assurera à notre pays cette prépondérance qui ne peut exciter la jalousie de personne parce qu'elle s'appuie, non sur la conquête, mais sur l'amour de la liberté et du progrès. Une habile politique est le plus puissant véhicule des intérêts commerciaux. ». L'espoir fit long feu, puisqu'en 1933, Solus espérait encore que les statuts religieux s'éteindraient « sans que le peuple colonisateur le veuille expressément, et presque à l'insu du peuple colonisé, plus ou moins rapidement suivant le génie du premier et l'aptitude du second » : v. H. SOLUS, « Le respect des coutumes indigènes », *Rec. Daresté*, 1933, Doct. p. 425, cité par N. ROULAND, « Les statuts personnels et les droits coutumiers », in *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, (dir. A.-M. LE POURHIET), PUAM-Economica, 1999, spéc. p. 156.

⁹³⁴ Cf. *supra*, n° 27.

⁹³⁵ Comp. circ. « Guéant », 24 août 2011, n° NOR IOCN1114306C, relative au contrôle de la condition d'assimilation dans les procédures d'acquisition de la nationalité française, en ligne <https://www.gisti.org/IMG/pdf/noriocn111430c.pdf> : le texte prévoit des indices de « défaut d'assimilation autres que linguistiques », au nombre desquels le défaut manifeste d'adhésion à la laïcité, comme valeur de la République. Les parallèles entre les époques ne sont pas interdits, aussi Carbonnier s'était-il interrogé sur l'utilité d'une consultation d'un même genre, faite à l'adresse de musulmans : v. J. CARBONNIER, « Le Code civil », in *Le Code civil : 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz et Litec, 2004, p.17, spéc. p. 31-32 : « Faudra-t-il qu'un gouvernement de l'an 2000 réunisse un collège de muftis et obtienne de lui un *fetoua* qui mette en repos la conscience des musulmans placés sous l'empire du Code civil ? »

ne peut avoir pour effet qu'une application limitée du droit religieux, insusceptible de les faire sortir de leur statut civil⁹³⁶.

Sans doute, l'éclatement du droit en une multitude de statuts religieux aurait été plus conforme au plein épanouissement de la liberté religieuse, en 1804 comme aujourd'hui : le modèle germanique du *cujus regio ejus religio* était connu⁹³⁷, Portalis aurait pu créer des statuts personnels confessionnels. Mais Portalis « ne voyait pas, ne voulait pas voir » ce qui se pratiquait outre-Rhin⁹³⁸. Le paradoxe, écrit Carbonnier, « c'est que ce système aurait peut-être convenu au protestantisme [...] Luthériens en grand nombre, souvent majoritaires sur leur sol, toujours assez denses, en tout cas, pour ne jamais éprouver un complexe de minoritaires, n'ayant jamais connu eux-mêmes les persécutions catholiques, méfiants par esprit pratique envers une philosophie qui sortirait du cercle des philosophes pour se mêler de légiférer — l'idée leur était familière que, dans une situation d'équilibre entre les confessions, la liberté religieuse pouvait mieux être assurée par une pluralité de mariages confessionnels que par l'institution d'un mariage laïc. »⁹³⁹.

De toute évidence, assurer le plein épanouissement de la liberté religieuse n'était pas la priorité du Premier consul, pas davantage celle de Napoléon III, ni par la suite d'aucun républicain⁹⁴⁰. Plus vraisemblablement, le résultat attendu de l'application uniforme du droit

⁹³⁶ Comp. Premier ministre, *La laïcité aujourd'hui. Note d'orientation de l'observatoire de la laïcité*, 27 mai 2014, p. 5 : « La laïcité sépare le politique du religieux pour rassembler tous les membres de la société dans la garantie partagée des mêmes droits. Les croyants n'ont pas moins de droits que les non-croyants. Les incroyants n'ont ni plus ni moins de droits d'expression que les croyants. Nul ne peut invoquer ses convictions pour se soustraire au droit. »

⁹³⁷ Sur ce choix de l'Allemagne, cf. *infra*, n° 311.

⁹³⁸ J. CARBONNIER, « La sécularisation du droit civil par le Code civil des Français », in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1384, spéc. p. 1390-1391 : « en 1804, le pluralisme n'était pas encore une doctrine. Mais la liberté religieuse en était une ; et dès que l'on creuse les soubassements de cette liberté, c'est la pluralité qu'on découvre [...] Les rédacteurs du Code ne pouvaient ignorer le protestantisme : la question protestante, avec ses dossiers de droit privé — état-civil, mariage, légitimité des enfants — n'avait pas cessé, pendant le XVIIIème siècle, de nourrir l'actualité juridique, et Portalis lui-même, dans sa jeunesse, avait donné là-dessus une consultation d'avocat [...] Le protestantisme, en France, c'est l'alibi, c'est l'autre, celui qui permet de rompre le tête-à-tête, pénible à la longue, entre l'État et l'Église [...] Il y a une autre religion ! il y a d'autres Églises ! Pour faire accepter le divorce, Portalis n'invoque principalement ni l'autorité du droit romain ni les fatalités de la vie conjugale : il y a des protestants, et le principe du divorce est impliqué dans leur liberté religieuse. Il ne voyait pas, il ne voulait pas voir (car un coup d'œil sur l'étranger le lui aurait montré) que la loi civile aurait sauvegardé aussi bien leur liberté si elle avait ouvert, mais à eux seuls, la faculté de divorcer, qui serait restée fermée aux catholiques. À chaque confession son mariage, ç'aurait pu être une forme de neutralité du Code [...] Mais [...] le système des mariages confessionnels ne pouvait que répugner à un droit civil dont la laïcité consistait avant tout à ignorer la religion. »

⁹³⁹ Art. préc., p. 1391-1392 : « Beaucoup de résistances, en pays germaniques, à l'introduction ou à l'imitation du Code Napoléon s'accrocheront à ces questions d'état-civil, de mariage, de divorce. Les protestants allemands n'étaient pas horrifiés par le principe du divorce, mais ils auraient volontiers laissé toutes ces matières à la compétence des Églises. Dans la doctrine française du XIXème siècle, une voix s'élève pour regretter, sinon critiquer, comme trop radicale, la laïcisation opérée par le Code civil : on croirait écouter Aubry et Rau, mais c'était Zachariae, le Luthérien saxon, qui parlait. »

⁹⁴⁰ Sur la différence entre laïcité et liberté religieuse, cf. *infra*, n° 321, 322, 324.

commun était de séculariser les mœurs : de cette manière, le droit civil devait redevenir la « constitution civile des Français »⁹⁴¹.

255. En résumé. La jurisprudence formant la matière de la laïcité dispositive peut être située dans l'histoire de France. Pour l'essentiel, elle s'est constituée à l'époque où le Rapport Stasi investissait la laïcité d'un rôle fédérateur : il s'agissait d'intégrer les musulmans dans la nation française et de séculariser les mœurs. Les motifs qui ont guidé la jurisprudence sont inavoués ; cependant, le juge judiciaire semble avoir donné à l'ancienne vertu fédératrice du droit commun une nouvelle occasion de s'exercer. La laïcité dispositive, employant une douce contrainte sur la volonté des individus en les dissuadant d'intégrer des éléments religieux dans leurs relations de droit, permet au droit civil d'avoir un maximum d'emprise. De la sorte, le monopole de production normative de l'ordre étatique se trouve confirmé, presque deux cents ans après 1804. Avec un certain réalisme, cependant, qui faisait défaut aux révolutionnaires : s'il est vrai que « nos pères n'ont pas entendu légiférer pour tels et tels Français, ni même pour les seuls Français, mais pour l'humanité, pour le citoyen », et que « de là [venait] leur culte presque superstitieux pour le droit commun »⁹⁴², nos contemporains ont des ambitions plus restreintes. L'ambition sécularisante du droit commun laïc respecte ses limites naturelles.

II. Une politique limitée aux frontières du droit commun

256. Un principe de préférence pour le droit commun. La laïcité dispositive pose une préférence pour l'application du droit commun : ainsi pourrait être synthétisée son utilité politique. Cette définition un peu lapidaire suppose certaines exclusions : la laïcité dispositive ne peut avoir d'effet au-delà des cas où le droit commun entend s'appliquer. Elle en épouse donc les limites matérielles **(A)** et territoriales **(B)**.

⁹⁴¹ Sur la fonction de constitution civile des Français, les plus grands auteurs se sont exprimés : A. COLIN, « Le droit de succession dans le Code civil », in *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, Arthur Rousseau, 1904, p. 295, spéc. p. 297 ; J. CARBONNIER, « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire* (dir. P. NORA), Paris, Gallimard, 1997, t. 1, p. 1345. Certains auteurs citent parfois le t. II « La nation », p. 293 ; G. CORNU, « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D*, 2002, p. 351 ; Y. GAUDEMET, « Le Code civil, "Constitution civile de la France" », in *1804-2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 297, spéc. p. 298. V. également P. NOUAL, « Sur les traces de la "Constitution civile des Français" », *RTD civ.* 2020. 563.

⁹⁴² A. COLIN, « Le droit de succession dans le Code civil », in *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, Arthur Rousseau, 1904, p. 295, spéc. p. 302.

A. La limite matérielle de la laïcité dispositive

257. Pas de rayonnement extravagant pour la laïcité dispositive. Nul ne peut exciper de l'application exclusive du droit commun pour soumettre l'autre partie à une obligation générale de neutralité religieuse. Prétendre le contraire serait faire produire à la laïcité un rayonnement extravagant, qu'elle n'a pas en droit privé.

C'est cette logique qui explique que l'employeur ne peut demander au salarié que ce qui est strictement lié à l'exécution du contrat de travail : celui-ci peut manifester sa religion si l'exécution de ses obligations n'en est pas troublée, par sa tenue vestimentaire, son régime alimentaire, ses discussions sur les lieux de travail, son mode de vie, etc. La solution est connue : c'est celle que commande l'application du principe de proportionnalité du droit du travail⁹⁴³. Il n'y aurait donc aucun besoin de se référer à la limite intrinsèque de la laïcité dispositive pour parvenir à la même solution. Malgré cet état actuel du droit, nombreuses sont les personnes qui se demandent quelle ampleur donner à la « laïcité », spécialement en droit du travail⁹⁴⁴. L'hypothèse n'étant pas d'école, on nous permettra, malgré le léger détour, d'analyser la question en termes de conflit de normativités.

258. Exemple en droit du travail et en droit de la famille. Le problème surgit dès lors que les parties adoptent la philosophie selon laquelle tout devrait être prévu par le contrat. Si tout doit y être prévu, le moindre événement survenant en-dehors des stipulations est vu comme une déviation, qui elle-même fait naître un conflit. Une telle approche est évidemment contraire au droit, puisqu'« actuellement, en droit commun des contrats, le contrat est considéré comme exécuté dès lors que la prestation promise est fournie. Le reste est laissé hors du champ de l'accord des parties »⁹⁴⁵.

⁹⁴³ C. trav., art. L. 1121-1 : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

⁹⁴⁴ Comp. Ministère du Travail, *Guides pratiques du fait religieux dans les entreprises privées*, janv. 2017, mise à jour févr. 2018, en ligne : https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/guide_employeursmajfevrier2018valide.pdf : La vision conflictuelle des marqueurs religieux en entreprise est devenue si banale que le gouvernement a cru nécessaire de produire des « guides pratiques du fait religieux dans les entreprises privées », à l'intention du candidat à l'emploi et du salarié d'une part, et de l'employeur d'autre part, dans lesquels figurent des questions/ réponses, au nombre desquelles on trouve : « Dois-je/puis-je interdire à mes salariés de manifester leur religion dans mon entreprise ? » ; « Puis-je interdire à mes salariés d'installer des objets religieux dans leur espace de travail ? » ; « Puis-je interdire de parler de religion dans l'entreprise ? » ; « Dois-je/Puis-je interdire à un(e) salarié(e) de prier sur son lieu de travail ? », etc.

⁹⁴⁵ M. FABRE-MAGNAN, « Et si les droits de l'homme étaient pris en compte dans le droit des contrats ? », *RDLF* 2019, chron. 34, p. 4. Pour l'auteur, « le nouvel article 1194 du Code civil pourrait servir de porte d'entrée pour l'introduction des droits de l'homme dans le contrat et, plus précisément, pour la reconnaissance d'obligations des entreprises relatives aux conditions sociales et environnementales de production des biens et des services qu'elles fournissent. »

Imaginons un contrat de travail sans clause religieuse : les prétentions tendant à intégrer *ex post* les prescriptions religieuses dans le rapport de droit y sont donc irrecevables. Mais si les parties étaient, pour ainsi dire, prisonnières de ladite conception, qui les porterait à considérer que tout comportement dicté par la religion, bien qu'étranger aux obligations essentielles nées du contrat ou aux modalités d'exécution prévues, serait déviant, elles adopteraient une vision maximaliste du conflit. Un conflit éclaterait entre la normativité religieuse et la normativité laïque du contrat, par cela seul qu'une des parties adopte un comportement religieux jugé déviant. Et cet absurde « conflit » appellerait une réponse en termes de norme de relevance.

Concrètement, cela reviendrait, pour l'employeur, à exiger de son salarié qu'il exécute son contrat comme le ferait un militant laïc : il ne se satisferait pas de l'application exclusive du droit étatique du travail ; il demanderait, en outre, que toute trace religieuse soit gommée. Transposée au droit de la famille, cette conception rendrait toute divergence religieuse invivable : en l'absence de norme de relevance réglant un point précis, par exemple une convention matrimoniale réglant l'éducation religieuse à donner aux enfants, un parent pourrait se voir privé de pratiquer son culte, de se procurer de la nourriture conforme à ses prohibitions religieuses, de faire un pèlerinage, d'exprimer ses convictions religieuses, etc.

259. Analyse du problème posé en termes de conflit. La solution est, à l'évidence, abusive. Elle procède d'une conception pathologique du conflit de normativités : il est contraire aux principes les plus élémentaires de la philosophie libérale de considérer que tout ce qui n'est pas expressément permis est interdit. Cette philosophie nous interdit donc de considérer qu'un comportement est porteur de conflit pour cela seul qu'il n'a pas été explicitement prévu. Et c'est parce que l'hypothèse ne permet pas de voir de conflit qu'elle ne peut chercher de solution dans une approche en termes d'applicabilité ou d'inapplicabilité du droit religieux.

La solution est aussi viciée que le problème : elle s'appuie sur une conception tyrannique du contrat. Une réaction saine serait d'en appeler au respect de l'équité⁹⁴⁶, ou à la bonne foi avec laquelle doit s'exécuter tout contrat, et qui doit présider au déroulement de toute relation. Que penser, en effet, de la santé d'une relation où les parties scruteraient la moindre déviation de comportement chez l'autre, en prenant pour seul étalon de normalité la norme applicable à un point particulier de la relation ? Un contrat, spécialement un contrat de travail, ne peut s'exécuter dans une atmosphère aussi électrique. Prétendre, donc, qu'un contrat sans clause religieuse devrait

⁹⁴⁶ C. civ., art. 1194 : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

être exécuté comme le ferait un militant laïc, c'est faire produire à la laïcité dispositive un rayonnement qu'elle n'a pas.

Le drame est qu'actuellement, l'exemple de droit du travail n'a plus rien d'extraordinaire : l'idée a fait son chemin qu'en l'absence de clause religieuse, tout ce qui entoure l'exécution du contrat doit être purgé de religion. L'exemple le plus connu est sans doute celui de la « crèche Baby Loup », qui interdisait aux salariés d'arborer des signes religieux⁹⁴⁷. Nous en livrerons ultérieurement une analyse⁹⁴⁸. Pour l'heure, contentons-nous de relever qu'à cette tendance observable dans la pratique du monde de l'entreprise, ont répondu de nombreuses réflexions doctrinales sur le rayonnement de la laïcité en droit du travail⁹⁴⁹. Il fallait en transposer les termes en droit de la famille pour toucher du doigt l'abus manifeste d'une telle conception. Fort heureusement, la laïcité dispositive ne permet pas ce genre de débordement. N'étant qu'un principe de préférence pour l'application du droit commun, elle ne peut avoir d'action au-delà de la simple application de celui-ci, et force est de constater que le droit commun ne comprend pas d'interdiction générale de manifester ses convictions religieuses. C'est la limite matérielle de la laïcité dispositive.

Il est étonnant de constater à quel point le système de la laïcité dispositive est cohérent : après sa cohérence interne, voici sa cohérence externe.

B. La limite territoriale de la laïcité dispositive

260. Contrat international et prise en considération du ramadan. La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer en 1991⁹⁵⁰ sur la prise en considération, dans un contrat international de transport maritime, de dispositions ivoiriennes concernant le jeûne du ramadan, et qui a eu de graves répercussions sur l'exécution du contrat.

⁹⁴⁷ Sur cette exigence, v. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845 : l'arrêt reproduit les termes du règlement intérieur de la crèche, cf. *infra*, n° 285 et s.

⁹⁴⁸ Cf. *infra*, n° 285 et s.

⁹⁴⁹ V. par ex., « Liberté religieuse dans l'entreprise », *RF Social*, déc. 2016, n° 169, p. 10 ; *JSS*, nov. 2016, n° 85, dossier « Laïcité et faits religieux » ; « Le management du fait religieux », *SS Lamy*, 26 mai 2014, n° 1632 ; *SS Lamy Supplément*, 24 févr. 2014, n° 1619, dossier sur le premier arrêt « Baby Loup » : F. CHAMPEAUX, « Baby Loup à la croisée des chemins », p. 10 ; « La tentation de la laïcité : entretien avec Frédéric Egéa », p. 11 ; « Une atteinte à la liberté religieuse : entretien avec Nicolas Moizard », p. 14 ; *SS Lamy Supplément*, 30 sept. 2013, n° 1599, dossier sur le premier arrêt « Baby Loup » : F. CHAMPEAUX, « L'arrêt Baby Loup en six leçons », p. 7 ; « Le juge ne tranche pas les questions de société : entretien avec Jean-Guy Huglo », p. 9 ; « La laïcité paradoxalement consacrée : entretien avec Rémy Schwartz », p. 11 ; « Une logique de mise en balance des intérêts : entretien avec Vincent Berger », p. 12.

⁹⁵⁰ Cass. com., 14 mai 1991, n° 89-18.133.

Le transporteur devait déposer des viandes congelées en Côte d'Ivoire. Le jour de l'arrivée des marchandises, il apprend que les entrepôts frigorifiques sont fermés et qu'aucun manutentionnaire ne travaille ce jour-là en raison de la période du ramadan. Les viandes sont cependant déchargées par le transporteur, qui les laisse à quai ; le lendemain, les viandes sont avariées. La responsabilité contractuelle du transporteur est engagée ; il oppose l'existence d'une clause dans le contrat, en vertu de laquelle « ni le transporteur ni ses agents ou manutentionnaires n'assumeront la responsabilité quant aux avaries ou manquants aux marchandises périssables quand il n'en serait pas pris livraison dès la fin des opérations de déchargement et ils ne seront nullement tenus de prendre des mesures conservatoires à leur égard ». Cependant, la Cour d'appel a estimé que la circonstance du jour férié empêchait de donner à la clause l'effet exonératoire de responsabilité, ce en quoi la Cour de cassation la juge sans reproche : « par une interprétation souveraine de sa portée, eu égard aux circonstances exceptionnelles de l'espèce, [la cour d'appel] a jugé que la clause ne s'appliquait pas à de telles circonstances dans lesquelles le mandataire du destinataire avait informé le commandant du navire de l'impossibilité temporaire de prendre livraison d'une marchandise périssable. ».

De toute évidence, les dispositions ivoiriennes sur le jeûne du ramadan — quelle que soit leur nature : il pourrait s'agir autant d'une loi de police que des stipulations du contrat de travail passé entre l'entreprise d'entrepôts frigorifiques et ses employés, peu importe⁹⁵¹ — ont rendu l'exécution du contrat impossible. En dépit du contrat initial, qui excluait l'application du droit religieux, les dispositions relatives au jeûne du ramadan ont été intégrées dans la relation de droit.

261. Contradiction apparente du système de laïcité dispositive. Ce cas d'application du droit religieux pourrait être analysé comme une contradiction directe du système de laïcité dispositive⁹⁵². Et, de fait, elle contredit directement la jurisprudence du « Boucher de Mayotte »⁹⁵³,

⁹⁵¹ La Côte d'Ivoire est un État ayant inscrit la laïcité dans sa constitution (du 8 nov. 2016) mais dans son préambule, tout en déclarant que la Côte d'Ivoire a « la forme républicaine du gouvernement et la laïcité de l'État », elle insiste deux fois sur la nécessité de tenir compte de la diversité religieuse. Son Code du travail consacre des jours chômés relatifs aux grandes fêtes de la religion musulmane : Aïd el Kébir, Aïd el Fitr, Lailatou Kadr, et l'anniversaire du prophète Mahomet, décret n° 96-205 du 7 mars 1996, déterminant la liste et le régime des jours fériés et chômés, en ligne : <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/105179/128593/F776982909/Le-code-du-travail-ivoirien-13-05-17.pdf>. Rien n'est donc dit sur le fait que la quotidienne rupture du jeûne du ramadan, au coucher du soleil, soit une loi de police.

⁹⁵² Cf. *supra*, n° 118 et s.

⁹⁵³ Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, cf. *supra*, n° 122 et s.

des « cabanes »⁹⁵⁴, des « digicodes »⁹⁵⁵ et tant d'autres, puisque le contrat, en dépit de sa fermeture littérale aux normes religieuses, est « ouvert » par le juge, qui y fait une place aux normes religieuses.

La justesse de l'observation se heurte immédiatement à l'idée que le contrat étant international, les règles qui lui sont applicables changent. L'argument est vrai de la loi applicable au contrat ; mais il l'est aussi de l'environnement juridique du contrat. S'il est vrai que dans un contexte purement français, le contrat joue le rôle d'une valve d'ouverture et surtout de fermeture à la normativité religieuse, et de là, est l'agent spécial de la laïcité dispositive, cela n'est plus vrai dans un contexte international. Il n'assume plus la charge d'assurer seul l'introduction des prescriptions religieuses ; d'autres relais que lui peuvent être utilisés. La loi religieuse peut ainsi devenir obligatoire *via* sa désignation par la règle de conflit de lois, comme en matière de statut personnel — car la règle de conflit de lois désigne le système étranger dans son intégralité, avec ce qu'il comporte de législation étatique ou religieuse — ou encore *via* le mécanisme de prise en considération des lois de police étrangères, voire *via* l'interférence avec un contrat tiers, etc.

Or, ce n'était que parce que le contrat constituait l'unique norme de relevance religieuse du droit privé qu'une fonction dissuasive lui était attachée. En perdant son exclusivité, le contrat perd du même coup sa fonction dans la laïcité du droit commun. Et s'il n'est plus cet agent spécial de la laïcité dispositive, c'est sans doute parce que la valeur promue par la laïcité dispositive — le principe de préférence pour le droit étatique — perd sa raison d'être dans un contexte international.

262. L'autolimitation de la laïcité dispositive. Pour nous en convaincre, imaginons l'inverse. Si, dans une situation de droit international privé, l'ordre juridique français n'acceptait de connaître des lois religieuses que si elles avaient préalablement fait l'objet d'un accord de volontés des parties, dans un nombre colossal de cas, il refuserait de s'ouvrir aux ordres juridiques religieux. Or, dans les relations internationales, bien souvent la loi religieuse prend le visage d'une loi étatique : bon nombre d'États ont incorporé la loi religieuse dans leur propre droit. En n'acceptant d'en connaître que par la voie contractuelle, l'ordre étatique ferait preuve d'une fermeture excessive aux États étrangers, totalement contraire à l'esprit du droit international privé ; il bouleverserait nombre de situations établies, comme en matière de statut personnel, et oublierait les objectifs d'ordre international.

⁹⁵⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, cf. *supra*, n° 124 et s.

⁹⁵⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, n° 05-14.774, cf. *supra*, n° 126 et s.

Dans l'affaire qui sert d'illustration à cette autolimitation de la laïcité dispositive, si l'ordre étatique avait refusé d'engager la responsabilité du transporteur, il aurait sans doute fallu déplacer la responsabilité sur la tête de l'employeur ivoirien, qui, peut-être, ne faisait que se conformer aux règles de son propre ordre juridique. Et s'il avait fallu rechercher la justification de ce refus dans une politique de laïcité, à coup sûr, cette politique aurait été abusive.

Cette observation invite à réfléchir à l'objet défendu par la laïcité dispositive. Elle est un mécanisme qui assure au droit commun, par une contrainte légère — la dissuasion n'est-elle pas une forme de contrainte ? — d'être appliqué uniformément, en réduisant les occasions d'application du droit religieux, permettant de rappeler aux citoyens leur adhésion présumée acquise et irrévocable à la laïcité du droit⁹⁵⁶. Mais cette contrainte ne doit pas s'exercer au-delà des frontières. Ainsi entendue, la laïcité dispositive est au service de la souveraineté interne ; elle n'a pas d'influence sur l'extérieur. Si l'on croit voir ressurgir l'ancien conflit de souverainetés, entre la puissance de l'État et celle des communautés religieuses, ce conflit ne saurait se concevoir que dans les rapports strictement internes, car la valeur d'ordre public qui est protégée, la laïcité du droit, n'a de rayonnement qu'à l'intérieur des frontières. Au-delà, les objectifs classiques du droit international privé reprennent leurs droits, et insufflent leurs propres méthodes.

⁹⁵⁶ Sur ce rappel de l'adhésion, cf. *supra*, n° 250 et 254.

Conclusion de la section 1

263. La « politique feutrée des laïcisateurs ». En France, le système de la norme de relevance est ainsi fait que bien souvent, en pratique, les parties n'auront pas stipulé d'obligation religieuse. Dans une écrasante majorité des cas, la prétention de voir appliquer le droit religieux sera donc rejetée. Ce bilan statistique pourrait être le fruit du hasard ; toutefois, à l'époque où le système de relevance a été affirmé en jurisprudence, le Rapport Stasi invitait les pouvoirs publics à faire de la laïcité un instrument d'intégration des minorités musulmanes, en sécularisant les mœurs religieuses. S'il paraît hasardeux, en l'absence de déclaration d'intention des juges judiciaires, de leur imputer la volonté de répondre à l'invite des auteurs de ce Rapport, l'on ne peut s'empêcher de constater que le système mis en place sert remarquablement bien une politique de neutralisation du droit religieux, en instaurant un principe de préférence pour l'application du droit étatique, également appelé droit commun.

Le système de laïcité dispositive peut donc être défini comme un principe de préférence pour l'application du droit commun. Ce faisant, la laïcité dispositive revivifie une vertu ancienne du droit commun, sa vertu fédératrice. Limitant, autant que possible, les occasions d'application du droit religieux, le système de la norme de relevance française exerce une douce contrainte sur les volontés individuelles. Les juges français poursuivraient « la politique feutrée des laïcisateurs consulaires »⁹⁵⁷. Sans nous prononcer définitivement sur les succès éventuels d'une telle entreprise, convenons que ce système, trop « feutré » pour être bien intelligible, n'est peut-être pas à la hauteur de son ambition. La laïcité dispositive, progressivement mise en place pour contenir les demandes pressantes de reconnaissance du droit religieux, a manqué de clarté dès sa naissance, ce qui devait constituer sa plus grande fragilité.

⁹⁵⁷ J. CARBONNIER, « La sécularisation du droit civil par le Code civil des Français », in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1386.

Section 2 : L'échec de la politique de neutralisation du droit religieux

264. Le défaut de notoriété de la laïcité dispositiva. La laïcité dispositiva se présente comme un système idéal, qui parvient à réconcilier l'inconciliable : d'un côté, il est respectueux des déclinaisons les plus modernes de la liberté religieuse, puisque ce système autorise les croyants à soumettre leurs relations à la normativité religieuse, tout en uniformisant ces règles dans le droit commun. De l'autre côté, il dissuade les individus d'incorporer des éléments de droit religieux en droit privé, ce qui assure au droit commun étatique une emprise maximale, lui permettant de conserver son rôle de constitution civile des Français. Ainsi présentée, la laïcité dispositiva semblait donc n'attendre qu'une chose : être découverte.

Ce tableau aux couleurs un peu naïves doit être assombri : la laïcité du droit privé est fragile. Sa faiblesse principale réside dans son défaut presque total de notoriété : il n'est guère de commentateur qui aurait perçu sa cohérence et la profondeur avec laquelle elle irrigue tout le droit privé. Si les contacts entre droit privé et religion étaient occasionnels, ou paisibles, ou s'ils ne suscitaient que de l'indifférence dans le peuple français, cette laïcité *incognito* pourrait continuer d'agir à l'ombre. Mais le sujet de la religion est trop bouillant pour que son traitement puisse sereinement conserver la discrétion qui est la sienne.

265. Le tumulte et son remède. L'agitation s'est propagée à toutes les instances de l'État. Il n'est pas une institution, pas une revue savante, pas un journal « grand public » qui n'ait exprimé son opinion, enjoignant au législateur, aux juges ou aux acteurs privés d'adopter telle ou telle attitude — ces attitudes s'illustrant par leur caractère antinomique. Pour certains, la laïcité équivaut à la neutralité voire à la neutralisation religieuse ; pour d'autres, la laïcité est synonyme de liberté religieuse⁹⁵⁸ ; certains ne craignent pas de dire que les deux sont équivalents⁹⁵⁹. Face à cette

⁹⁵⁸ Sur la problématique définition de la laïcité, cf. *supra*, n° 2. Rappelons que les antagonismes se sont illustrés au sein même de l'Observatoire de la laïcité, ce qui a conduit de nombreux membres à démissionner ou à suspendre leurs activités : v. *Le Monde*, 21 janv. 2016, « Nouvelle démission à l'Observatoire de la laïcité », en ligne : https://www.lemonde.fr/religions/article/2016/01/21/nouvelle-demission-a-l-observatoire-de-la-laicite_4851433_1653130.html : « L'Observatoire voit s'affronter deux conceptions de la laïcité. L'une, apaisée, que souhaite incarner Jean-Louis Bianco, le président de l'Observatoire ; l'autre, plus offensive, défendue par ceux qui veulent donner un coup d'arrêt aux « *petits accommodements* » avec l'islam. »

⁹⁵⁹ Haut conseil à l'intégration, *L'expression religieuse et la laïcité dans l'entreprise*, avis 1^{er} sept. 2011, *JCP S* 2011, act. 341, *SS Lamy* 2011, p. 1506 ; *Rev. dr. trav.* 2011, p. 643, obs. R. DE QUENAUDON : « Pour respecter les convictions personnelles de tous, le libre arbitre de chacun, le droit de croire ou de ne pas croire, les principes de neutralité et d'impartialité sont les mieux à même, en assurant un traitement égal de chacun, de favoriser le lien social dans l'entreprise, et de prévenir tout salarié quant au risque de discrimination. Ces principes permettent aussi de préserver l'entreprise du risque de litige sur fond de revendication religieuse. Les principes de neutralité et d'impartialité sont donc favorables au bon fonctionnement de l'entreprise. L'absence de manifestation de l'expression religieuse, qu'il s'agisse de pratiques ou de signes ostensibles, est donc fortement recommandée. »

avalanche de conseils et de sommations, il peut être difficile de garder un cap aussi peu explicite que celui de la laïcité dispositive.

Sommée de résoudre tous les problèmes dans la fameuse affaire de la « crèche Baby Loup »⁹⁶⁰, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a déçu la plupart des commentateurs⁹⁶¹ : sa décision ne donne pas de définition de la laïcité, elle n'explique pas de quelle manière ce principe peut influencer les relations de droit privé. La lecture de l'arrêt donne l'impression que l'assemblée ne s'est réunie que pour rendre un arrêt de rejet, parce que le pourvoi manquait en fait. Sans doute était-il démesuré d'en attendre tant de la part du juge ; la déception a cependant gagné certains parlementaires, qui ont tenté des réformes législatives⁹⁶², mais aucune n'a abouti. Ces déceptions accumulées ont finalement poussé les personnes privées les plus inquiètes du tumulte, les employeurs, à agir dans la sphère d'autorité qui est la leur, et d'imposer par le biais du contrat, non pas une « clause religieuse », mais une « clause laïque » censée contenir les exigences de la laïcité, telles qu'ils les ont comprises. Ignorant tout de la douce contrainte de la laïcité dispositive, ces employeurs choisissent de voir dans la laïcité une « forme coercitive »⁹⁶³. Ce remède, qui ne manque pas d'efficacité dans un premier temps, celui du petit cercle de l'entreprise, peut cependant devenir une bombe à retardement : le fragile système de la laïcité dispositive (§ 1) pourrait être détruit (§ 2).

§ 1 La fragilité des fondements de la laïcité dispositive

266. Amalgame coupable entre laïcité et liberté religieuse. Si le défaut de notoriété de la laïcité dispositive peut lui être fatal, c'est d'abord parce que le mécanisme sur lequel elle repose, le contrat comme unique norme de relevance, est mis en concurrence avec d'autres mécanismes, qui, eux, sont connus, et dont les avantages sont sans cesse vantés. Ces mécanismes sont les accommodements raisonnables⁹⁶⁴. S'ils ont une telle audience, c'est parce qu'ils se présentent comme la norme de relevance respectant au mieux les droits fondamentaux de toutes les parties

⁹⁶⁰ Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, cf. *infra*, n° 288.

⁹⁶¹ Par exemple, G. CALVES, *Territoires disputés de la laïcité. 44 questions (plus ou moins) épineuses*, Paris, PUF, 2018, p. 23. Également, S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso Éditions, coll. « Exégèses », 2014, p. 52 : « L'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2014 est essentiellement un arrêt d'espèce : la Cour n'y énonce aucun principe nouveau — si ce n'est que la liberté de conscience des enfants justifie une restriction de la liberté religieuse des gardes d'enfant [...] La grande question de principe autour de laquelle les ardents promoteurs de la Nouvelle Laïcité se sont mobilisés depuis les débuts de l'affaire ne reçoit, ici, pas de réponse. » Également, *ibid.*, p. 89-90 : « Il ne clôt pas le débat, loin s'en faut [...] de sorte qu'aucun enseignement général, aucune solution de principe n'est à tirer de la résolution judiciaire de Baby Loup. »

⁹⁶² Sur ces propositions, cf. *infra*, n° 461 et s.

⁹⁶³ O. ROY, *La laïcité face à l'islam*, Paris, Stock, 2005, p. 121 : « notre cadre laïque ne permet de gérer le fondamentalisme religieux que sous forme coercitive. »

⁹⁶⁴ Cf. *supra*, n° 32 et s.

intéressées à la relation — qualité qu'il faut leur reconnaître. Et si les accommodements raisonnables pourraient, à terme, remplacer le contrat comme norme de relevance du droit français, c'est parce que, de l'avis de nombreux spécialistes de la laïcité, l'idéologie servie par les accommodements raisonnables serait également servie par la laïcité.

Expliquons-nous. Un grand nombre d'auteurs, ayant décrit la laïcité comme la modalité française de garantie de la liberté religieuse, en concluent, à tort selon nous, que les deux notions sont à peu près synonymes⁹⁶⁵. Pourtant, s'il fallait désigner le but premier de la laïcité, ce serait moins la préservation de la liberté religieuse qui devrait être mentionnée, que la recherche d'un équilibre entre deux termes contradictoires : l'indépendance parfaite de l'État vis-à-vis du religieux et la liberté religieuse individuelle. En droit privé, cet équilibre se traduit par la recherche d'une emprise maximale du droit commun laïc, tout en permettant, marginalement, des possibilités d'application du droit religieux.

Cette subtile construction, entièrement due à l'habileté des magistrats, est gravement menacée par le discours qui fait de la laïcité la traduction française de la liberté religieuse. En réduisant la laïcité à une modalité d'exercice de la liberté religieuse, on la met du même coup en concurrence avec « l'autre » modalité d'exercice de cette liberté, les accommodements raisonnables. Et si, pour garantir la liberté religieuse, il fallait choisir, il ne fait aucun doute que, préférant l'original à la copie, ce sont les accommodements raisonnables qui l'emporteraient⁹⁶⁶. Ceux qui affirment que la laïcité coïncide avec la liberté religieuse pourraient en être les fossoyeurs : car même s'ils vantent une valeur dont se soucie la laïcité, ils risquent de faire oublier que la laïcité sert également un autre but, qui primera éventuellement sur l'autre. La laïcité dispositive n'est donc pas seulement menacée par les mécanismes concurrents de relevance religieuse **(I)** : le flou qui brouille son contenu axiologique est certainement aussi pernicieux **(II)**.

⁹⁶⁵ Par ex., E. SAILLANT-MARAGHNI, « Les frontières de la laïcité », *AJDA* 2017. 1381 : « La laïcité, dont procède la neutralité de l'État, n'est bien qu'un instrument pour garantir la liberté religieuse et non pas un outil de sa contrainte. » M. PHILIP-GAY, *Droit de la laïcité*, Paris, Ellipses, col. « Mise au point », 2016, p. 95 : « Cette jurisprudence [de la Cour européenne des droits de l'homme] ne se contente pas de traduire le cadre européen d'appréciation de la liberté et donc de la laïcité » (nous soulignons). Y. GAUDEMET, « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *RDJ* 2015. 329. J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « L'Union Européenne et le phénomène religieux », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 293 et s., spéc. p. 295 : « La conception de la laïcité, majoritaire en Europe, repose sur une reconnaissance du fait religieux. »

⁹⁶⁶ S'interrogeant sur l'opportunité d'introduire les accommodements raisonnables à la canadienne en droit français, v. par ex., V. LASSERRE, « Droit et religion », *D.* 2012. 1072 : « Les politiques canadiennes d'accommodements raisonnables fondées sur l'égalité (pour lutter contre les discriminations indirectes) sont-elles meilleures ? Faudrait-il suivre les pays qui, prenant le contrepied de la neutralité, reconnaissent ouvertement un nouveau droit subjectif à un traitement différencié au bénéfice de certains groupes religieux sauf contrainte excessive ? »

I. La fragilité des fondements techniques

267. Le défaut de conformité à la Convention EDH. Outre le défaut de notoriété du système de la laïcité dispositive, sa plus grande fragilité réside certainement dans les mécanismes concurrents d'introduction de la norme religieuse. La substitution pourrait avoir lieu, en faveur des accommodements raisonnables, parce que ceux-ci répondraient mieux aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Rappelons que la liberté religieuse est le seul droit fondamental protégé par la Convention européenne qui reçoive un traitement spécial en France : la licéité des contrats est examinée à l'aune de tous les droits fondamentaux protégés par la Convention, exception faite de la liberté religieuse⁹⁶⁷. Aussi, trouvant ce décalage anormal, certains auteurs appellent de leurs vœux un alignement du traitement de l'article 9 sur celui des autres droits fondamentaux de la Convention⁹⁶⁸. D'autres jugent que ce traitement indique une mauvaise connaissance par la troisième chambre civile de la Cour de cassation du principe de proportionnalité⁹⁶⁹. La pérennité de la laïcité dispositive paraît donc compromise, d'autant plus que le projet de réforme du droit des obligations de 2015 la remettait directement en cause⁹⁷⁰.

Aussi convient-il d'essayer d'imaginer les arguments qui permettraient d'affirmer la conformité de la laïcité dispositive aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁹⁶⁷ Sur cette différence, cf. *supra*, n° 130.

⁹⁶⁸ Pour une doctrine encore très minoritaire, la solution actuelle de « laïcité contractuelle » devrait être renversée par le contrôle de proportionnalité : v. F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, Paris, LexisNexis, 2013, 2^{ème} éd., n° 1775, p. 1145 : « Il demeure que, lorsqu'il s'agit de porter atteinte à la liberté de religion, un contrôle de proportionnalité devrait être effectué conformément à l'article 9, §2 de la Convention européenne des droits de l'homme eu égard au caractère temporaire de l'installation (une *souccab*) était un élément à prendre en compte dans le contrôle de la proportionnalité de l'atteinte au droit fondamental de liberté de religion faite par la force obligatoire des conventions. On connaît la solution qui a été retenue au Canada : cf. *supra* n° 42 et s.

⁹⁶⁹ J.-P. MARGUENAUD, « La troisième chambre civile de la Cour de Cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD civ.* 2006, p. 722 : « décidément, la troisième chambre civile éprouve quelques difficultés à dominer le principe de proportionnalité, il est vrai mal connu et mal utilisé. »

⁹⁷⁰ Projet de réforme du droit des contrats, 25 févr. 2015, art. 1102 : « 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. Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché. » L'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 n'a pas conservé la référence aux droits fondamentaux dans le dernier alinéa. Sur ce point, v. J.-B. SEUBE, « Les clauses "religion-compatibles" en droit des contrats. Aspects de droit positif et de droit prospectif », *LPA* 31 mars 2017, n° 121j2, p. 53 : « le recours à la proportionnalité causait en effet quelque inquiétude : ériger la proportionnalité en règle de jugement revient à oublier la règle de droit pour ne juger qu'à travers le prisme de la balance des intérêts en cause. Il en résulte trois périls : d'abord, aboutir à une véritable casuistique puisque chaque solution serait occasionnelle, justifiée par les faits de l'espèce ; ensuite, abandonner progressivement l'idée d'une solution juridique préétablie pour s'en remettre, en toute circonstance, à l'arbitrage du juge ; enfin, contraindre la Cour de cassation à une motivation plus explicite et peut-être plus factuelle de ses décisions. »

268. Les arguments exploitables. Trois voies pourraient être explorées. La première concernerait l'affirmation, qui est vraie, que la solution française repose sur une hiérarchie du principe et de l'exception inversée par rapport à celle que veut le texte de la Convention, et que cette inversion est inspirée par l'autorité du droit commun, à laquelle l'ordre juridique français attache une vertu fédératrice **(A)**. La deuxième consisterait à faire valoir la marge nationale d'appréciation **(B)**. La troisième serait de reporter le contrôle de proportionnalité non au moment où le conflit éclate, avec les nouveaux éléments qui ont donné naissance au conflit, mais de prendre en compte seulement les éléments présents et déterminants au moment de la formation du rapport contractuel. Autrement dit, il s'agirait d'interpréter la volonté des parties comme une renonciation à l'exercice de la liberté religieuse **(C)**.

A. L'argument de l'autorité du droit commun

269. L'autorité du droit commun ne résiste pas au contrôle de proportionnalité. Les magistrats français auraient été bien en peine de mettre en place la laïcité dispositive en procédant au contrôle de proportionnalité. Celui-ci n'est effectué que lorsque l'atteinte au droit fondamental trouve sa justification dans l'objectif légitime poursuivi par la loi ayant indirectement permis l'atteinte. Or, s'il paraît incontestable que la volonté de fédérer la population française constitue un objectif légitime, il paraît en revanche douteux que le moyen mis en œuvre pour y parvenir puisse être soutenu contre l'accusation d'atteinte à un droit fondamental garanti par la Convention. En effet, la Convention européenne des droits de l'homme n'avait imaginé que les « mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »⁹⁷¹. On le voit : la formule est faite à la mesure de dispositions impératives et ponctuelles, non à celle d'une application maximale du droit commun, quelle que soit la vertu qu'on lui prête. Or, c'est sur cette application maximale que repose la laïcité dispositive⁹⁷².

Tout porte donc à croire que le système sur lequel repose la laïcité dispositive ne répond pas aux conditions posées par la Convention européenne : la hiérarchie du principe et de l'exception, telle qu'elle est posée en droit commun français, serait contraire à l'esprit de la Convention. Il faudra donc se tourner vers d'autres arguments.

⁹⁷¹ Conv. EDH, art. 8. 2, art. 9. 2, art. 10. 2, et art. 11. 2 : c'est la formule consacrée du régime de l'exception.

⁹⁷² Cf. *supra*, n° 242.

B. L'argument de la marge nationale d'appréciation

270. Définition. La liberté religieuse fait l'objet d'interprétations diverses entre les États du Conseil de l'Europe, dont il résulte que les traductions juridiques de ce droit fondamental connaissent, d'un pays à l'autre, des variations⁹⁷³. Or, lorsqu'une liberté fondamentale peut être diversement interprétée, et qu'il n'existe pas de consensus entre les États signataires sur la teneur exacte d'une liberté, la Cour européenne relâche un peu l'étroitesse du contrôle de proportionnalité en autorisant une certaine « marge nationale d'appréciation »⁹⁷⁴.

L'appel à la notion de marge nationale d'appréciation sert donc à justifier que les restrictions au principe libéral puissent varier d'un État signataire à l'autre, sans que ces variations soient entièrement subsumées dans d'explicites nécessités d'ordre public. La marge nationale d'appréciation joue donc le rôle d'une variable d'ajustement, qui pourrait être utilement convoquée pour préserver la laïcité dispositrice du droit français.

L'avantage de cette marge nationale réside dans son opacité : les États n'ont qu'à plaider l'existence d'une particularité locale — mais encore faut-il que ce localisme soit également pratiqué, en la matière, par les autres États signataires⁹⁷⁵. Autrement dit, l'unanimité ne doit pas être rompue

⁹⁷³ Cour EDH, 20 sept. 1994, n° 13470/87, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, § 50 : « il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société [...] Semblables conceptions peuvent même varier au sein d'un seul pays. Pour cette raison, il n'est pas possible d'arriver à une définition exhaustive de ce qui constitue une atteinte admissible au droit à la liberté d'expression lorsque celui-ci s'exerce contre les sentiments religieux d'autrui. Dès lors, les autorités nationales doivent disposer d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer l'existence et l'étendue de la nécessité de pareille ingérence. »

⁹⁷⁴ En ce sens, L. MILANO, F. SUDRE, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 14^{ème} éd., 2019, n° 141, p. 216 : « La Convention n'impose aucune uniformité absolue [...] Il peut y avoir une grande variété de solutions nationales sans qu'il y ait pour autant violation de la Convention. » Ainsi en l'absence de consensus en la matière, la Cour européenne devra faire une place importante à la « marge nationale d'appréciation », lorsqu'elle effectuera le contrôle de proportionnalité. Moins il y a de consensus, plus la solution locale est réputée justifiée par des nécessités locales, nécessités qui pourront prendre l'allure d'un ordre public. La grande marge d'appréciation en la matière a été réitérée à de nombreuses reprises : le 25 nov. 1996, n° 17419/90, *Wingrove c. Royaume-Uni*, §58, le 10 nov. 2005, n° 44774/98, *Leyla Sabin c. Turquie*, § 109, et, contre la France, le 27 juin 2000, n° 27417/95, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, § 84, ainsi que, plus récemment, au sujet de la loi française de 2010 portant interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public, v. Cour EDH, G^{de} ch., *S.A.S. c. France*, 1^{er} juill. 2014, n°43835/11, § 130 : « la réglementation en la matière pouvait varier par conséquent d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public. Elle en a déduit que le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une telle réglementation devait, par la force des choses, être dans une certaine mesure laissé à l'État concerné, puisqu'il dépend du contexte national considéré. »

⁹⁷⁵ A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil* (préf. L. LEVENEUR), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002, p. 406 : « Dans le domaine des obligations positives, celle-ci est toujours très large. Cette marge d'appréciation est encore plus forte quand une des parties a renoncé volontairement à un de ces droits dans le cadre d'un contrat [...] De plus, l'État a une marge d'appréciation très forte quand il n'est pas lui-même à l'origine de l'ingérence. La Commission estime ainsi dans la décision *Rommelfanger* que “en matière de liberté d'expression [rappelons qu'il était aussi question de sa liberté religieuse, aliénée parce que Rommelfanger était médecin dans un hôpital religieux], l'État qui assure une relation raisonnable entre droits de l'employeur et de l'employé satisfait aux exigences de l'article 10.” » Et certainement, la laïcité dispositrice joue dans ce contexte : il s'agit bien d'un contexte contractuel, d'une renonciation (généralement implicite) à faire valoir son droit fondamental de liberté religieuse, et s'il

par un seul État qui plaiderait sa particularité, sans expliquer en quoi elle concourrait à maintenir l'ordre public.

271. Variété des normes de relevance en Europe. Or, les normes de relevance utilisées par les États du Conseil de l'Europe sont variées. Prenons l'Italie comme premier exemple : les époux peuvent opter pour un statut religieux ; cette option est limitée au mariage et à sa dissolution⁹⁷⁶. Contractuelle dans son origine, une telle norme de relevance est institutionnelle dans ses effets, puisque les époux ne sélectionnent pas précisément les dispositions auxquelles ils veulent soumettre leur relation mais embrassent une législation entière, quoique limitée à une seule matière.

En Allemagne, la norme de relevance du droit du travail est de la même espèce : dans le contentieux des entreprises de tendance, l'introduction du droit religieux est contractuelle dans son origine, puisque le consentement du salarié est nécessaire pour introduire les règles religieuses dans le rapport de droit, mais elle est institutionnelle dans ses effets, parce que le salarié ne choisit pas les dispositions précises qui s'appliquent à sa situation et que les renvois sont autorisés⁹⁷⁷.

Parmi les signataires de la Convention européenne des droits de l'homme, le Royaume-Uni est, sans doute, l'ordre juridique qui a la norme de relevance la plus éloignée de la française.

fallait faire valoir ladite liberté, cela s'analyserait en tout état de cause comme une obligation positive incombant à l'État, et certainement pas en une ingérence de la part de l'État.

⁹⁷⁶ C. civ. italien, art. 82 et 83 : la dissolution du lien matrimonial ainsi contracté peut être le fait des juridictions étatiques ou religieuses. V. également, Cour de cassation italienne, Section unies, 13 févr. 1993, n° 1824, cité par R. MAZZOLA, « Modifications et contradictions de la réalité socioreligieuse en Italie », in *Religious Rules, State Law and Normative Pluralism. A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI, S. FERRARI), Cham, Springer, 2016, p. 229, spec. p. 244.

⁹⁷⁷ Cf. *supra* n° 77. En droit allemand, la norme religieuse est donc moins sortie de son contexte religieux qu'en droit français, puisque les compilations normatives religieuses, comme le *Codex juris canonici*, les Disciplines des Églises réformées, auxquelles renvoient les contrats d'adhésion, deviennent obligatoires par le consentement. L'observation s'étend à d'autres domaines que le droit du travail : dans leur étude : v. par ex., I. AUGSBERG et S. KORIOTH, « The Interplay Between State Law and Religious Law in Germany », in *Religious Rules, State Law and Normative Pluralism. A Comparative Overview*, *op. cit.* p. 175, spec. p. 186 : les auteurs considèrent que la référence au droit religieux, comprenant l'interprétation des autorités religieuses, est caractéristique de la conception allemande de la liberté religieuse. Le domaine du droit où de tels renvois de fait sont opérés reste le droit du travail, mais les auteurs en font une généralité, art. préc., p. 186-187 : « In finding their judgements the state courts must take into account what is referred to as the religious self-concept of the respective religious community [...] In elaborating on this self-understanding, religious rules and their interpretation are a decisive tool for state courts. Accordingly, state courts in finding their judgements have to pay attention to religious adjudication. Since they may not interpret religious rules independently without endangering the principle of state neutrality, state courts have to rely on religious jurisdiction as a source of knowledge and understanding. Hence, insofar the state courts have to pay attention to religious views in applying state law concerning religious issues, the religious courts and institutions have an indirect impact on state court decision making. Using sociological terminology this technique may be called a strategy of "second order observation" : state courts observe religious courts observing their religious rules. »

Les accommodements raisonnables ont été expressément consacrés en droit du travail⁹⁷⁸ ; les tribunaux du Royaume-Uni reconnaissent compétence à des tribunaux religieux, sis sur leur territoire ou sur un territoire étranger, lorsque certaines conditions sont remplies⁹⁷⁹.

Un constat s'impose : en matière de choix de norme de relevance, aucune ligne consensuelle ne se dégage entre les États signataires de la Convention. En outre, l'idée que la liberté religieuse implique celle de faire produire des effets de droits aux prescriptions religieuses n'est qu'assez récente dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁸⁰. Dès lors, ce défaut d'uniformité n'a rien d'étonnant⁹⁸¹.

⁹⁷⁸ En ce sens, v. par ex., S. HOLM and J. GARCÍA OLIVA, « Religion and Law in Twenty-First Century England: Tradition and Diversity », in *Religious Rules, State Law and Normative Pluralism. A Comparative Overview*, op. cit., p. 375, spéc. p. 384 : « In the United Kingdom, the State provides statutory conscience exemptions for the employees on religious grounds. Unquestionably, employment is an area of considerable significance for minorities, including religious minorities. »

⁹⁷⁹ Cf. *infra*, n° 383.

⁹⁸⁰ Cour EDH, 27 mai 2013, n 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, *Eweida et autres c/ Royaume-Uni*. Antérieurement, la liberté religieuse n'impliquait pas celle d'introduire certains éléments de la normativité religieuse au rapport de droit. Certes, l'idée fait du progrès, mais elle n'est pas unanimement partagée. V. par ex. I. AUGSBERG et S. KORIOTH, « The Interplay Between State Law and Religious Law in Germany », in *Religious Rules, State Law and Normative Pluralism. A Comparative Overview*, op. cit., p. 175, spéc. p. 183 : « In the more interesting second sense the idea of recognising religious adjudication is based on the concept of religious freedom. On this account, it is not only the general possibility of relying on religious rules that is strengthened by this fundamental right. Rather, the possible interference of state courts in religious adjudication itself also has to be interpreted and applied against the background of the legal provisions protecting religious freedom. » Mais comme l'indiquent les auteurs du rapport allemand précité, cette implication de la liberté religieuse ne tombe pas totalement sous le sens, puisque les auteurs lui donnent le rang de « second sens » de la liberté religieuse, et il est vraisemblable qu'un pays comme la République yougoslave de Macédoine, qui a été condamnée récemment pour avoir refusé à une communauté religieuse non reconnue par l'État de se constituer en association, n'ait pas développé le concept de liberté religieuse jusqu'à celui de la reconnaissance du droit religieux : v. Cour EDH, 10 oct. 2018, req. n° 48044/10, 75722/12 et 25176/13, *Bektashi community and others, v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*. Comp. pour la France, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, Rapport au Président de la République*, présidé par B. STASI, 11 déc. 2003, p. 64 : la protection de la liberté de conscience n'implique pas la possibilité d'inclure des prescriptions religieuses dans le rapport de droit privé. Lorsqu'il envisage les modalités permettant « d'assurer le plein respect de toutes les convictions », le « Rapport Stasi » n'envisage que quatre points : « reconnaître la libre pensée et les humanismes rationalistes comme option spirituelle à part entière », « prendre en compte les exigences religieuses en matière alimentaire », « prendre en compte les exigences religieuses en matière funéraire », ainsi que « prendre en considération les fêtes les plus solennelles des religions les plus concernées ». Il ne souffle mot de l'introduction du droit religieux dans le droit étatique.

⁹⁸¹ Il semble même que la Cour européenne refuserait une norme de relevance du type libanais : v. Cour EDH, G^{de} ch., 31 juill. 2001, n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, *Refah Partisi c. Turquie*, § 70 : la cour déclare s'élever fermement contre les « systèmes multi-juridiques », qui « catégoriseraient » les individus selon leurs croyances « et leur reconnaîtraient des droits et libertés non pas en tant qu'individus, mais en fonction de leur appartenance à un mouvement religieux ». Il semble même possible que l'utilisation du contrat, comme norme de relevance, ait ses faveurs : v. par ex., Commission européenne des droits de l'homme, 3 déc. 1996, n° 24949/94, *Konttinen c/ Finlande*, D.R. 87, p. 68 : la Commission avait considéré que le licenciement d'un Adventiste du septième jour, qui refusait de travailler le vendredi soir au coucher du soleil en raison des prescriptions de sa religion, ne portait pas atteinte à sa liberté religieuse. Selon la Commission, « lorsque les obligations professionnelles d'un employé sont en conflit avec ses convictions religieuses, la possibilité de renoncer à son emploi est l'ultime garantie de son droit à la liberté de religion. » Dans le même sens, Commission européenne des droits de l'homme, 9 avr. 1997, n° 29107/95, *Stedman c/ Royaume-Uni*, D.R. 89, p. 104. Concernant l'application de la liberté religieuse à des ministres du culte d'Églises d'État : v. Commission des droits de l'homme, 8 mars 1976, n° 7374/76, X. c. *Danemark*, D.R. 5, p. 157 : « S'agissant d'une Église d'État, la liberté de religion des ecclésiastiques s'exerce au moment d'accepter ou de refuser leur fonction par la faculté

272. La précarité de l'argument de la marge nationale d'appréciation. La France devrait donc pouvoir, pendant un temps encore, se prévaloir de sa marge nationale pour préserver la laïcité dispositrice, sans avoir à s'expliquer sur les nécessités d'ordre public ainsi protégées.

Toutefois, l'argument tiré de la particularité nationale pourrait être rapidement périmé : les droits fondamentaux garantis par la Convention semblent guidés par un destin commun d'uniformisation. Lorsque les États signataires de la Convention considéreront tous que la liberté religieuse implique celle de pouvoir se soumettre en partie à un statut religieux, l'ordre juridique français ne pourra plus prétendre promouvoir la prééminence de son droit commun, civil et laïc, contre les droits religieux, au nom d'une particularité nationale — sauf, bien entendu, si les États du Conseil de l'Europe choisissent tous la norme de relevance contractuelle, ce qui semble peu probable.

Dès lors, le seul argument durablement exploitable semble être celui de la renonciation au droit fondamental.

C. L'argument de la renonciation au droit fondamental

273. L'argument tiré de la commutativité subjective. Un autre argument pourrait toutefois être invoqué pour pérenniser la jurisprudence du « Boucher de Mayotte », des « digicodes » et des « cabanes » : ce serait en situant la proportionnalité en amont de l'émergence du conflit, dans les termes mêmes du contrat. Revenant à une théorie de la commutativité subjective, il pourrait être tiré argument de l'équilibre subjectivement voulu par les parties. En ayant contracté, les parties auraient décidé de l'équilibre qui leur convenait, entre le respect de la liberté religieuse et les autres droits créés par le contrat, équilibre duquel le juge devrait rester exclu. Une telle théorie est-elle incompatible avec les droits fondamentaux⁹⁸² ? Les droits fondamentaux ne

de quitter l'Église. » Et aussi : Commission des droits de l'homme, 8 mars 1985, *Kurdsen c/ Norvège*, D.R. 42, p. 247, décision citée par A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil* (préf. L. LEVENEUR), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002, p. 402, note 5.

⁹⁸² Encore cette théorie n'est-elle pas majoritaire. Les études consacrées aux interactions entre contrat et droits fondamentaux semblent dresser le constat d'une incompatibilité ontologique entre la technique contractuelle classique, aussi rigide dans la détermination du moment de sa formation (moment unique, ponctuel, définitif) que dans les effets des obligations réciproques (effets strictement prévus ou prévisibles au moment de la formation du contrat). Comp. A.-A. HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation* (préf. M. FABRE-MAGNAN), Paris, IRJS Éditions, 2015, n° 683, p. 475 : l'auteur remarque une tendance à croire que le contrôle de proportionnalité revient à « généraliser la rescision pour lésion ».

sont pas totalement rétifs à la technique contractuelle : ils peuvent être pris en compte, aménagés, voire faire l'objet d'une renonciation par la voie contractuelle⁹⁸³.

274. La question de la validité de la renonciation contractuelle. Le premier écueil réside, évidemment, dans la notion de liberté religieuse : par essence, c'est une liberté de changement, d'imprévision, et dans cette mesure, elle contredit fondamentalement l'idée de prévision contractuelle. Or, pour contenir la liberté religieuse dans le carcan contractuel, il faut trouver le moyen de rendre licite sa contractualisation — comprenez : rendre licite l'interdiction de changer d'opinion. Le juge français, qui tôt ou tard devra conformer sa jurisprudence à la Convention européenne, ne sera jamais totalement évincé du contrôle de proportionnalité : il faut donc seulement trouver le moyen de le contraindre à n'apprécier la proportionnalité de l'atteinte qu'au moment de la formation du rapport contractuel, et non à la lumière d'éléments nouveaux, comme un changement de pratique religieuse, intervenu après la rencontre des volontés. Le rôle du juge, intervenant au moment du conflit, serait donc de s'assurer de la validité de la renonciation.

275. La solution du renforcement de la « clause religieuse ». La clé est dans les termes : il faut qu'il soit au moins possible d'imputer aux parties la volonté d'intégrer ou d'écarter la question religieuse du rapport de droit. Pour qu'une telle volonté puisse leur être imputée, il faut qu'elles aient eu connaissance de cette possibilité et des modalités de la norme de relevance⁹⁸⁴.

⁹⁸³ V. L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux* (préf. E. PUTMAN), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé » t. 545, 2013, p. 272, n° 343 : « Le futur renonçant réalise en quelque sorte un contrôle de proportionnalité qui lui est propre, en établissant un bilan coût/ avantage des conséquences prévisibles de la renonciation. » Toutefois, cet auteur ne dit pas que ce contrôle évince le juge d'un nouveau contrôle, opéré rétrospectivement, avec de nouveaux éléments changeant la « donne » du contrôle.

⁹⁸⁴ Les auteurs s'étant intéressés spécialement à la renonciation aux droits fondamentaux préconisent un écrit, ainsi qu'un élargissement de l'obligation d'information : en ce sens, cf. A.-A. HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation* (préf. M. FABRE-MAGNAN), Paris, IRJS Éditions, 2015, n° 311 et s., p. 216 et s. : « s'il n'y a aucun doute sur le fait que le fardeau informationnel doit être partagé entre les parties au contrat, l'utilité de ce partage risque d'être limitée aux contrats de gré à gré dans lesquels les obligations des parties pourront être rediscutées en considération de leurs effets pervers. En outre, lorsqu'il existe une forme de contrainte présidant à la renonciation, l'information du renonçant sur l'atteinte que lui cause le contrat n'aura aucune incidence. Il y a effectivement fort à parier que le consentement donné par peur d'éviter un moindre mal le sera même si le renonçant est mieux informé. En définitive, pour offrir aux parties les conditions substantielles propres à protéger leur volonté, encore faut-il s'assurer que les circonstances de la cause permettraient véritablement à cette volonté de s'exprimer. » D'où la solution proposée par l'auteur, qui est le formalisme du consentement. Également, L. MAURIN, *op. cit.*, n° 359 et 360, p. 283 : « Si rien ne s'oppose vraiment à la renonciation, cela ne signifie pas pour autant que tout est permis. La renonciation contractuelle à un droit fondamental a un caractère grave et personnel. Elle implique donc certaines formalités [...] Elle ne saurait se présumer et ne peut être entachée d'aucune forme d'ambiguïté. Elle conduit en effet le renonçant à abandonner, ne serait-ce que partiellement ou temporairement, une liberté ou un droit fondamental. » *Contra*, J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés* (préf. E. GARAUD), Aix-en-Provence, PUAM, 2003, n° 192, p. 212 et 213 : « le critère du consentement ne saurait emporter le jugement quant à la licéité d'une atteinte aux droits fondamentaux [...] La problématique centrée sur la volonté doit être récusée. » Car la seule manière qui, pour lui, permettrait à la volonté individuelle renonçante de ne pas faire fausse route serait de s'en remettre à une espèce de commission des clauses liberticides, n° 185, p. 201 : « Il serait totalement inconcevable d'obliger les particuliers à soumettre leurs projets quotidiens de contrats à la sagacité d'une sorte de commission des clauses

Autrement dit, pour maintenir le système de laïcité dispositive, il faudrait que la norme de relevance soit mieux connue. Faute de quoi, la possibilité formellement offerte aux parties d'intégrer les prescriptions religieuses dans leurs obligations réciproques serait quelque peu illusoire ; et les plaideurs français devant la Cour européenne des droits de l'homme pourraient faire entendre l'impossibilité manifeste d'exercer leur liberté religieuse. Il sera difficile, pour le gouvernement français, de plaider le contraire.

Or, c'est là, sans doute possible, l'état actuel du droit : la prétendue renonciation des locataires de confession juive est on-ne-peut plus fictive — rappelons qu'ils avaient contracté avec un bailleur dont l'immeuble n'était pas encore doté de « digicodes » : comment présumer leur renonciation contractuelle à se prévaloir de leurs prescriptions religieuses ? La renonciation des copropriétaires par leur adhésion au règlement intérieur n'est guère moins douteuse. Et la même observation vaut pour toutes les affaires dont la prétention religieuse a été rejetée.

Il est vrai que le droit français passe pour être « le royaume des volontés fictives »⁹⁸⁵ ; mais les fictions sur lesquelles repose la laïcité dispositive pourraient, à terme, être gravement menacées par une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme, ou par un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation française désireuse d'anticiper une telle condamnation. Si la France n'a pas encore été condamnée, c'est parce qu'elle jouit, pour l'instant encore, de la fameuse marge nationale d'appréciation, dont les jours sont probablement comptés. Difficile de ne pas en conclure qu'avec elle, la laïcité dispositive est menacée.

276. En résumé. Des trois arguments qui pourraient être avancés au soutien du maintien de l'actuel système de laïcité dispositive, seul celui de la marge nationale d'appréciation pourrait avoir encore quelque succès. Nous ne cacherons pas un certain pessimisme : le sauvetage paraît compromis, parce que les particularités nationales sont vraisemblablement destinées à disparaître avec l'harmonisation prévisible des conceptions nationales de la liberté religieuse. La laïcité dispositive repose donc sur des mécanismes assez précaires. Cette « fragilité technique » n'est

liberticides. Un contrôle préventif aussi lourd s'avèrerait foncièrement inadapté dès lors que toute stipulation peut d'une certaine manière déclencher la suspicion au regard du respect des libertés. Si en droit social le règlement intérieur doit être communiqué à l'inspecteur du travail, cette disposition fait figure d'exception et n'entrave pas quotidiennement l'activité économique de l'entreprise. » Pour lui, le seul contrôle envisageable est le contrôle judiciaire, intervenant en aval des prévisions contractuelles : « Par principe, seul le contrôle curatif du juge est en réalité envisageable. C'est la pratique décisionnelle suivie qu'il convient ici de mettre en lumière, voire de guider. L'activité normative des particuliers doit peu à peu s'en trouver modifiée ou en tout cas rationalisée au regard de l'autorité des droits fondamentaux. Il s'agit en somme d'introduire "un principe de discussion permettant aux citoyens d'apprécier la légitimité du droit qu'ils édictent." »

⁹⁸⁵ Ph. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987. chron. 11, spéc. p. 13.

pas due qu'à l'immense puissance des droits fondamentaux, mais est alimentée par l'ignorance, dans laquelle se trouvent la plupart des institutions et des commentateurs, de l'existence et du fonctionnement de la laïcité du droit privé.

Plus encore que la fragilité technique, cette ignorance est sans doute ce qu'il y a de plus préjudiciable à la pérennité de la laïcité du droit privé. Elle trouve sa principale source dans la fragilité axiologique qui trouble l'idée générale de laïcité.

II. La fragilité des fondements axiologiques

277. Un droit commun, un peuple français, un projet politique. La laïcité dispositive trouve sa justification dans la supposée vertu fédératrice du droit commun. L'ayant redécouverte à la période 1990-2000, les juges de l'ordre judiciaire ont eu l'habileté de trouver dans la norme de relevance du contrat l'équilibre idéal entre, d'une part, la liberté d'obéir à des normes religieuses, et, d'autre part, l'emprise maximale du droit commun. Dans l'État moderne français, le droit commun est réputé former le socle des valeurs communes dans lesquelles tous les Français se reconnaissent, et à partir duquel la communauté des citoyens peut choisir son destin commun. Cet idéal-type de concorde se distingue par son unité : un droit commun, pour un peuple, animé d'un désir d'avenir partagé⁹⁸⁶.

Ce schéma, unitaire comme une pièce de théâtre classique, est bouleversé par des forces dont les actions sont multiples, mais dont l'effet le plus topique, pour notre propos, est d'abolir les frontières extérieures, modifiant du même coup, par un effet de physique politique, l'équilibre des forces intérieures. Faute de mieux, ces bouleversements sont couramment désignés par le terme de

⁹⁸⁶ Sur ce schéma unitaire, v. J. CHEVALIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004, 2^{ème} éd., p. 188 : « La citoyenneté [moderne] recouvre [...] l'appartenance au corps politique de la Nation, dont les membres sont censés être unis par des liens d'interdépendance, une solidarité objective, une communauté de destin — un rêve d'avenir partagé ; la diversité des intérêts sociaux est sur-déterminée dans l'ordre politique par l'affirmation d'un principe fondamental de cohésion, qui crée en même temps une ligne de démarcation tranchée avec l'extérieur. La citoyenneté ne peut dès lors être conçue que comme une citoyenneté exclusive, incompatible avec toute allégeance politique parallèle ou concurrente : à quelques exceptions près [...] elle implique l'existence d'une seule identité politique, liée à l'appartenance à la collectivité nationale ; toutes les autres identités sont rejetées en dehors de l'espace du politique, dépolitisées. La citoyenneté ne se divise pas : elle suppose la référence unique à la Nation ; et une action continue de socialisation sera menée de manière à consolider en permanence le sentiment national. Mais les autres identités sociales sont elles-mêmes affectées par le lien politique de citoyenneté : dans la mesure où il transcende les particularismes et les diversités sociales, ce lien apparaît comme le véritable ciment de la société, comme en témoigne l'existence de normes civiques, plus ou moins explicitement formulées, encadrant et orientant la conduite des individus ; la citoyenneté tend donc à être le marqueur identitaire le plus puissant devant lequel les autres identités sont tenues de s'effacer [...] Allégeance exclusive à l'État-Nation, la citoyenneté implique corrélativement l'adhésion à un corpus de valeurs, fortement affirmées, qui constitueront en France le soubassement d'une vulgate républicaine, dont les instituteurs, ces "hussards noirs de la République", se feront les ardents propagateurs ; la citoyenneté forme une véritable morale, qui constitue un puissant vecteur d'intégration nationale. »

« postmodernisme ». Au nombre de ces forces centrifuges, sont le plus souvent désignées la mondialisation, la communication massive de tous avec tous, l'explosion de l'individualisme. Nous n'exposerons que celles qui paraissent avoir l'effet le plus direct sur le droit commun étatique, en délégitimant son rôle de constitution civile des Français **(A)**. Car en délégitimant cette fonction du droit commun se trouve du même coup délégitimée la laïcité dispositive, à laquelle, justement, avait été confiée la charge de réunifier le tissu social. La tâche, à l'examen, paraît démesurée **(B)**.

A. Les forces centrifuges

278. Droit commun concurrent, projet politique concurrent. Les projets de droit commun européen, s'ils ont pu être rêvés⁹⁸⁷, n'ont jamais été réalisés, pas même à l'état d'esquisse. Ce n'est que par petites touches que le législateur européen a tenté d'uniformiser — mais en vain. Après l'échec d'un droit européen des contrats, puis celui d'un droit commun de la vente, le législateur européen, ayant « discrètement enterré »⁹⁸⁸ ce projet encore trop ambitieux, s'est contenté d'un droit commun relatif au commerce électronique⁹⁸⁹. Semblant se recentrer sur l'objectif du marché unique, c'est, plus récemment, l'idée d'un droit européen commun des affaires qui a émergé⁹⁹⁰.

À l'évidence, aucun de ces projets n'est capable de supplanter matériellement le droit commun français : c'est à un autre niveau que la brèche est ouverte, dans ce qui constitue le projet politique de la communauté des citoyens. En superposant au projet politique de l'État-Nation un projet différent, en ajoutant à la citoyenneté française une citoyenneté européenne⁹⁹¹, l'Union

⁹⁸⁷ Sur la question, et synthétisant les débats qu'une telle uniformisation a soulevés, v. B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD (dir.), *Pensée juridique française et harmonisation du droit en Europe*, Société de législation comparée, 2003.

⁹⁸⁸ J.-S. BORGHETTI, « Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va », *D.* 2015. 137.

⁹⁸⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, COM(2015) 634 final ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de vente en ligne et de tout autre vente à distance de biens, COM(2015) 635 final : v. L. USUNIER « Du droit commun européen de la vente aux propositions de directives sur les contrats de vente en ligne et de fourniture de contenu numérique: la montagne accouche d'une souris », *RTD civ.* 2016. 304.

⁹⁹⁰ En ce sens, v. Commission européenne, *Livre blanc sur l'avenir de l'Europe. Réflexions et scénarios pour l'EU-27 à l'horizon 2025*, mars 2017, p. 21, en ligne : https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/livre_blanc_sur_lavenir_de_leurope_fr.pdf : la Commission européenne a suggéré qu'un groupe de pays collabore à l'élaboration d'un code de droit des affaires commun. Le 22 janv. 2019, l'Allemagne et la France ont signé le Traité d'Aix-la-Chapelle, qui prévoit, en son article 20, de favoriser « l'harmonisation bilatérale de leurs législations, notamment dans le domaine du droit des affaires » : v. R. CABRILLAC, « Un Code européen des affaires, une chance pour la construction européenne », *D.* 2019. 1191.

⁹⁹¹ TCE, n° 2002/C 325/01, mod. 24 déc. 2002, art. 17, § 1 : « Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. » V. par ex., J. BARROCHE, « La citoyenneté européenne victime de ses propres contradictions : de la nationalité étatique à la rationalité économique », *Jus Politicum*, janv. 2018, n° 19 ; du même auteur : « Une citoyenneté sans conscience d'elle-même est-elle possible ? Le cas de l'Union européenne », in *Droits subjectifs et citoyenneté* (dir. O. BEAUD, C. COLLIOT-THELEN et J.-F. KERVEGAN), Paris, Garnier, 2019.

européenne aurait subséquentement déchargé le droit commun de sa fonction fédératrice. Cette conséquence mérite une explication.

Nous disions que la tâche de resserrer le tissu social français était prise en charge par le droit commun, et plus particulièrement par la laïcité dispositive — charge confiée par le *Rapport Stasi* — parce que les valeurs communes, les conditions générales auxquelles adhèrent les Français, sont réputées y être contenues⁹⁹². C'est tout le sens de la « constitution civile des Français » : ces « conditions générales » forment l'appui dont a besoin le tissu social pour se constituer en communauté de citoyens, elles forment la morale à laquelle les citoyens sont censés adhérer personnellement, pour se tourner ensuite vers un « rêve d'avenir partagé »⁹⁹³. Tel est le fonctionnement de l'État moderne, tel est le rôle du droit commun dans un État-Nation moderne⁹⁹⁴.

La mue de l'État moderne en un État postmoderne bouleverse cette équation : en réalisant ce « déplacement du système d'allégeances, de l'État-Nation vers le niveau européen »⁹⁹⁵, le droit commun subit un effet collatéral, qui est de perdre son rôle de conditions générales. Le Code civil

⁹⁹² Cf. *supra*, n° 251 et s. C'est ainsi que l'entend également D. SCHNAPPER, *La communauté des citoyens*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 1994, p. 73-74 : « La nation se définit par son ambition de transcender par la citoyenneté des appartenances particulières, biologiques (telles du moins qu'elles sont perçues), historiques, économiques, sociales, religieuses ou culturelles, sans identification et sans qualification particulières, en deçà et au-delà de toutes ses déterminations concrètes. La laïcité, en particulier, est un attribut essentiel de l'État moderne, parce qu'elle permet de transcender la diversité des appartenances religieuses, de consacrer le passage dans le privé des croyances et des pratiques, de faire du domaine public le lieu, religieusement neutralisé, commun à tous les citoyens, quelle que soit l'Église à laquelle ils appartiennent (ce qui n'exclut pas diverses formes de reconnaissance et de collaboration entre l'État, les groupes religieux et les Églises). Elle symbolise le fait essentiel que le lien social n'est plus religieux, mais national, donc politique. Le projet national est universel, non seulement en ce qu'il est destiné à tous ceux qui sont réunis dans la même nation, mais aussi parce que le dépassement des particularismes par le politique est, en principe, susceptible d'être adopté dans toute société. L'universalité est l'horizon de l'idéologie de la liberté et de l'égalité postulée par les individus, fondatrice de l'idée de nation. »

⁹⁹³ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004, 2^{ème} éd., p. 188.

⁹⁹⁴ En ce sens, v. par ex., D. SCHNAPPER, *op. cit.*, p. 74 : « Souveraineté et citoyenneté sont des fictions. On ne mobilise pas les individus sur des idées aussi abstraites. On ne peut les intégrer effectivement qu'au nom d'un certain nombre de réalités concrètes, valeurs et intérêts, qui justifient les inévitables contraintes de la vie collective et leur adhésion à l'action extérieure — qui peut aller jusqu'à leur imposer le sacrifice de leur vie. On ne peut les intégrer que par l'action continue d'institutions communes, au sens large que Durkheim donne à ce terme, formes constituées de pratiques par lesquelles les générations se transmettent les manières d'être et de vivre ensemble caractéristiques d'une collectivité historique particulière. » Également, J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004, 2^{ème} éd., p. 145 : « La démocratie présuppose l'existence d'une communauté politique, c'est-à-dire le fait que les individus qui composent la société puissent se reconnaître et s'identifier par la référence à des valeurs communes : c'est cette communauté qui sous-tend l'institution du pouvoir et fonde sa légitimité ; c'est elle qui rend possible l'intégration sociale, par le dépassement des particularismes et des singularités. Le lien politique repose donc sur une conscience plus diffuse d'appartenance, touchant aux racines mêmes de l'identité individuelle et collective, que traduit le concept de citoyenneté. Concept central et fondateur, sur lequel a été construit le lien politique, et par-delà le lien social, en Occident, la citoyenneté apparaît comme le véritable ciment de la société, ce qui lie ses différents éléments constitutifs et lui permet de rester soudée. »

⁹⁹⁵ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 200-201.

aurait épuisé sa mission de constitution civile des Français⁹⁹⁶, il est en quelque sorte délégitimé dans ce rôle, sans que le relais n'en ait par ailleurs été pris par un droit commun européen.

279. Un espace vacant. On ne déplace pas une allégeance comme on déplace un vase ; il était donc prévisible que le projet européen ne remplacerait pas, du jour au lendemain, le projet politique des États-Nations, en toutes ses composantes. Le projet européen est en cours, mais il a été freiné par la grande force d'inertie des États-Nations, qui ne sont pas encore réduits à l'état de Léviathans obsolètes : ils survivent, bon an, mal an, et cette survie, qui se manifeste différemment selon les États membres⁹⁹⁷, engendre des imprévus.

Concernant le droit commun, l'imprévu est l'espace laissé vacant : le droit commun subsiste matériellement, mais il ne joue plus sa fonction de constitution civile, puisque l'appel d'air produit par le projet européen agit comme une force centrifuge : l'attention est portée au dehors. Mais à qui revient de jouer le rôle de conditions générales ? Certains considèrent qu'une des caractéristiques du postmodernisme est l'abandon d'un quelconque socle commun : « tout se passe désormais comme si les individus étaient écartelés entre plusieurs principes d'identification. »⁹⁹⁸. Reste à savoir si une telle vacance est viable, ou si elle ravive les anciennes allégeances, étouffées pendant la vie de l'État-nation, appelées à prendre la place de ce ferment fédérateur.

⁹⁹⁶ Y. GAUDEMET, « Le Code civil, "Constitution civile de la France" », in *1804-2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 297, spéc. p. 306. : « En vieillissant [le Code civil] perd aussi son âme, c'est-à-dire la substance politique qui en faisait, au-delà des textes regroupés et ordonnés, une constitution civile des Français, une doctrine politique et juridique constitutive de la société française en laquelle celle-ci se réunissait et se reconnaissait. Le Code civil vieillit perd sa raison d'être initiale, sa fonction d'organisation et d'identification sociale, celle pour laquelle il a été voulu ; peut-être d'ailleurs tout simplement parce que cette mission est épuisée ; le Code a rempli son office [...] La société civile française cherche ailleurs le symbole qui la constitue. »

⁹⁹⁷ Comp. le rôle de l'attachement des responsables politiques français à la laïcité sur le rejet de la constitution européenne : v. P. DE CHARENTENAY, « La Charte européenne et la laïcité », *Études*, sept. 2001, p. 153. L'attachement de la France à la laïcité se manifeste encore par l'affirmation, sans cesse renouvelée, que la laïcité est une valeur à laquelle la France ne renoncera jamais : en ce sens, G. CANIVET, « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives communautaires », in *Actes du colloque Principes fondamentaux et transposition des directives communautaires*, Budapest, 1-3 oct. 2009, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/le-controle-du-conseil-constitutionnel-sur-les-lois-de-transposition-des-directives-communautaires>. Pour la laïcité constitutionnelle promue par l'Union européenne, M.-Ch. STECKEL-ASSOUERE, « La reconnaissance ambivalente de la laïcité par l'Union européenne », *AJDA* 2012. 1890 ; également : J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « L'Union Européenne et le phénomène religieux », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 293 et s.

⁹⁹⁸ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 146 : « Corrélativement, les référents identitaires qui assuraient la société dans son être en lui donnant les éléments de certitude indispensables ont perdu de leur force intégrative [...] l'accent mis sur les collectivités les plus proches d'appartenance, plutôt que sur la Nation, tend à distendre le lien civique, en donnant naissance à un « néotribalisme », voire à un communautarisme ; et la construction d'espaces plus larges de référence favorise le dépassement de l'État-nation. Tout se passe désormais comme si les individus étaient écartelés entre plusieurs principes d'identification. »

280. La recomposition de communautés non nationales. Pour M. Pierre Manent, « ce qui est souvent négligé [...] est que cet effacement des frontières politiques laisse largement intactes les frontières religieuses, ou en général spirituelles, qu'il renforcerait plutôt puisqu'elles tendent à devenir les frontières principales. »⁹⁹⁹. Les communautés religieuses reprendraient l'empire sur les individus que le droit commun aurait perdu. Ainsi, aux dires des enquêtes sociologiques menées par M. Jérôme Fourquet, « dans la population, la norme sociale est beaucoup plus religieuse aujourd'hui qu'il y a trente ans. »¹⁰⁰⁰.

S'il est indéniable que les communautés religieuses exercent une puissance fédératrice renouvelée, elles ont très peu en commun avec les communautés religieuses politiques du monde prémoderne : l'individualisme, totalement inconnu du système ottoman des *millet*¹⁰⁰¹, en est une donnée cardinale et inconnue. On en veut pour preuve que l'individualisme irrigue même les discours communautaristes¹⁰⁰². Dès lors, il n'est pas probable que « nous tendions à revenir à la situation prémoderne, celle d'avant l'État »¹⁰⁰³, même si une certaine forme de « néo-tribalisme »¹⁰⁰⁴ n'est pas exclue.

Quel sera le visage de ce communautarisme religieux nourri des forces vives de l'individualisme ? Il est difficile de s'en faire une image exacte, aussi nous contenterons-nous de

⁹⁹⁹ P. MANENT, *Situation de la France*, Paris, Desclée de Brouwer, 2015, p. 54 et 55 : « On pourrait dire, en employant le langage de la physique politique, que l'État républicain n'a plus la force ni de réduire les groupes constituants de la France en ces éléments primordiaux de la politique moderne que sont les individus-citoyens, ni d'offrir à ces derniers un élément commun assez nourricier et porteur pour qu'ils puissent être vraiment citoyens, c'est-à-dire membres du commun. Dès lors, [...] nous tendons à revenir à la situation prémoderne, celle d'avant l'État [...] Un des traits distinctifs de cette situation, c'était l'absence de frontière entre l'intérieur et l'extérieur [...] Le mouvement de la politique moderne a consisté à assujettir [les] institutions [de l'Église, de l'aristocratie] à l'État en faisant de ce dernier l'instrument représentatif de la nation, État et nation constituant ensemble un principe d'unité et de vie, donc de séparation avec les autres corps politiques, particulièrement puissant. Dès lors que ce principe perd de sa force, la frontière entre l'intérieur et l'extérieur perd de sa rigueur. Que cet effacement des frontières soit voulu, comme il l'est en Europe afin de faire advenir ce qu'on appelle l'Union européenne, ou qu'il soit simplement constaté et subi comme dans les phénomènes que nous rassemblons sous le terme vague de mondialisation, il est largement reconnu comme un des faits significatifs du monde moderne. Ce qui est souvent négligé cependant c'est que cet effacement des frontières politiques laisse largement intactes les frontières religieuses, ou en général spirituelles, qu'il renforcerait plutôt puisqu'elles tendent à devenir les frontières principales. »

¹⁰⁰⁰ Interview de J. FOURQUET, *Le Point*, 19 sept. 2019, « Trente ans après Creil, ce que pensent les musulmans de France », p. 67 : « Notre enquête montre ainsi que la proportion de personnes (de confession ou de culture musulmane) déclarant participer à la prière du vendredi à la mosquée a plus que doublé, passant de 16% en 1989 à 38% aujourd'hui. C'est spectaculaire. Bien sûr, il s'agit de déclaratif, et il faut donc relativiser cette assiduité affichée. Mais le biais déclaratif était le même dans le sondage de 1989. Ce que ces résultats traduisent, c'est que, dans la population, la norme sociale est beaucoup plus religieuse aujourd'hui qu'il y a trente ans. »

¹⁰⁰¹ Le système des *millet* ou capitulations correspondait à la projection dans l'ordre international de l'organisation interne de la Cité islamique, dans laquelle chaque communauté religieuse restait soumise à sa loi et à ses juges : v. L. GANNAGE, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI*, 2013, p. 277.

¹⁰⁰² Sur l'argument féministe qui sous-tendrait le choix des musulmanes voilées, v par ex., S. MAHMOOD, *Politique de la piété. Le féminisme à l'épreuve du renouveau islamique*, Paris, La Découverte, coll. « textes à l'appui », 2009.

¹⁰⁰³ P. MANENT, *Situation de la France*, Paris, Desclée de Brouwer, 2015, p. 54.

¹⁰⁰⁴ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004, 2^{ème} éd., p. 146.

reproduire les prévisions de M. Jacques Chevallier : « la crise de la modernité juridique implique que le droit ne bénéficie plus d'une légitimité *ab initio*, en étant paré des attributs de la Raison ; elle ne signifie pour autant nullement que le droit serait désormais placé sous le signe de l'irrationnel, mais qu'il est tenu d'apporter la démonstration concrète de son bien-fondé »¹⁰⁰⁵ ; « il faut que les citoyens puissent se concevoir à tout moment comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que destinataires. »¹⁰⁰⁶.

Tout nous ramène-t-il fatalement aux accommodements raisonnables ? La question reste ouverte. De ce mouvement encore jeune de recomposition des masses, il est certain que le droit commun ne sort pas indemne : il subit un processus de délégitimation indubitable. Le rôle que devait jouer la laïcité dispositive paraît des plus compromis : et si ce rôle avait été, d'avance, voué à l'échec ?

B. Le malentendu sur le rôle de la laïcité

281. La laïcité est un outil. Une chose paraît certaine : il est devenu impossible de répondre aux revendications religieuses en feignant de les assimiler aux difficultés qu'avait connues le régime de la III^{ème} République. Prétendre que la laïcité serait propre à fondre dans le creuset national ces tendances centrifuges paraît décidément un leurre¹⁰⁰⁷.

D'où viennent les difficultés ? Pour y répondre, il faut revenir au rôle que les politologues ont reconnu à la laïcité. Elle serait « à ce point liée au projet démocratique »¹⁰⁰⁸ qu'elle lui serait consubstantielle¹⁰⁰⁹. Son utilité, pour la démocratie, serait « d'arracher [l'individu-citoyen], au moins

¹⁰⁰⁵ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 125.

¹⁰⁰⁶ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 149.

¹⁰⁰⁷ *Contra*, H. PEÑA-RUIZ, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Paris, Gallimard, coll. « Folio actuel », 2003, p. 174 : « La laïcité a rendu possible le creuset français » ; p. 189 : « L'intégration républicaine repose donc sur la laïcité, qui affranchit les lois de toute tradition religieuse ou coutumière particulière, et entend les définir à partir d'exigences de droit. C'est une telle émancipation, on l'a vu, qui rend possible l'accueil puis l'installation prolongée, voire définitive, dans un cadre institutionnel commun à tous. »

¹⁰⁰⁸ D. SCHNAPPER, *La communauté des citoyens*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 1994, p. 178-179 : « La laïcité est à ce point liée au projet démocratique que hors d'Europe Moustapha Kemal, lorsqu'il voulut faire de la Turquie un État-nation à l'euro-péenne, il posa autoritairement la séparation de l'État et de l'Islam. Alors que l'identité turco-ottomane semblait indissolublement liés à la tradition musulmane — les non musulmans constituant des *millet*, c'est-à-dire des entités culturelles minoritaires reconnues —, il affirma la citoyenneté turque des non musulmans, supprima le droit coranique, interdit l'éducation religieuse, fit adopter les codes civil et pénal européens, nationalisa les fondations pieuses, chercha à éliminer le pouvoir des oulémas, imposa de transformer les vêtements, la coiffure, le calendrier liés à la tradition musulmane, élimina de la constitution, en avril 1928, toute référence à l'Islam. »

¹⁰⁰⁹ D. SCHNAPPER, *op. cit.*, p. 175-176 : « Le principe de la laïcité est constitutif de la nation démocratique, dans la mesure où c'est le politique et non plus le religieux qui assure le lien social. La laïcité permet à tous les individus, qu'ils n'appartiennent à aucune Église, qu'ils fassent partie de l'Église majoritaire ou d'une Église minoritaire, de participer en citoyen à la vie publique. »

partiellement, à ses enracinements particuliers »¹⁰¹⁰, pour lui permettre de se tourner vers le projet politique commun. Sans doute la laïcité n'est-elle pas le seul mécanisme démocratique concourant à cet arrachement, mais dans la fabrication d'un tissu social composé d'individus « radicalement indépendants »¹⁰¹¹, elle est un instrument de choix.

282. Les faux espoirs placés dans la laïcité du droit privé. Cette utilité de la laïcité indique l'usage, en fin de compte similaire, qui en a été fait, sous la III^{ème} République, et l'usage qui en est espéré de nos jours, avec la laïcité du droit privé.

De la III^{ème} République à l'heure actuelle, la présence religieuse a changé d'endroit : sous la III^{ème} République, la religion était partout, mais surtout dans les instances étatiques¹⁰¹² : la laïcité constitutionnelle l'en a chassée. Aujourd'hui, la présence religieuse s'est nichée dans un endroit d'où la laïcité constitutionnelle ne peut la déloger : les communautés religieuses se reforment en agissant non au niveau de l'État, mais exclusivement dans la société. La concurrence entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique religieux se joue désormais dans le corps social, et non plus dans une lutte de pouvoir ayant en vue la suprême instance politique.

Ainsi que l'écrit M. Olivier Roy, « le rapport entre religieux et politique est devenu dissymétrique : le fondamentalisme religieux ne s'intéresse pas au pouvoir politique [...], mais à la société. C'est également vrai pour les néo-fondamentalistes musulmans ; arguer du fait que Tariq Ramadan est l'héritier du fondateur des Frères musulmans pour lui supposer une stratégie de dernière instance politique est ne rien comprendre au désinvestissement de l'instance étatique de tous les mouvements fondamentalistes contemporains : l'État n'est pas pour eux un instrument de la transformation de la société, c'est le retour des individus à la foi qui permettra de refonder en religion la société... Et c'est pour cela que l'utilisation des instruments traditionnels de la laïcité, qui vise à la définition juridique du lien social, ne fonctionne plus. »¹⁰¹³.

Ne pouvait faire appel aux « instruments traditionnels de la laïcité » constitutionnelle, les pouvoirs publics auraient trouvé dans la laïcité du droit privé l'outil idoine¹⁰¹⁴. Le premier appel

¹⁰¹⁰ D. SCHNAPPER, *op. cit.*, p. 134-135.

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² Cf. *infra*, n° 446.

¹⁰¹³ O. ROY, *La laïcité face à l'islam*, Paris, Stock, 2005, p. 118.

¹⁰¹⁴ En ce sens, également : S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso Éditions, coll. « Exégèses », 2014, p. 87 : « La confusion entre laïcité et sécularisation nous semble être au cœur de cette évolution. L'objectif de la Nouvelle Laïcité n'est pas, comme en 1905, d'écarter l'influence religieuse de la sphère publique, mais bien d'en combattre la présence dans des relations sociales privées. La laïcité tend à n'être plus défendue comme la reconnaissance d'une liberté mais comme un état de la société. Le

viendrait donc du Rapport Stasi, qui avait chargé la laïcité d'un programme fédérateur¹⁰¹⁵ : espérant transformer la pratique religieuse musulmane en la fondant dans une pratique individualiste, le Rapport formait le vœu d'une sécularisation de l'islam par la laïcité¹⁰¹⁶. Tel était également l'objectif que se fixait le Conseil représentatif de l'Islam de France¹⁰¹⁷. Cet espoir, il faut bien le dire, est entretenu par tous ceux qui prétendent que la laïcité serait l'équivalent de la liberté religieuse¹⁰¹⁸ : sans doute la laïcité n'est-elle pas l'antithèse de la liberté religieuse, mais faire coïncider les deux notions, c'est oublier toute la dimension normative des religions, c'est donc les amputer d'une de leurs composantes essentielles. Aussi, cet espoir est-il vertement dénoncé par M. Pierre Manent, qui juge que « cette réforme, qui consisterait en une sorte de transsubstantiation, est chose simplement impossible, moins parce que les mœurs musulmanes seraient irréformables, je n'en sais rien, que parce que l'instrument de la laïcité est particulièrement inadapté à cette fin. »¹⁰¹⁹.

Inadaptée, sans doute, si l'on se rappelle que, dans la culture des politologues, la laïcité est censée n'être qu'un outil politique, et non social. Mais la laïcité politique a, comme nous l'avons

passage progressif du registre des droits de l'homme vers celui de l'identité (politique et culturelle) illustre parfaitement ce glissement [...] La Nouvelle Laïcité prescrit non pas un État mais une société laïque, c'est-à-dire en pratique athée. »

¹⁰¹⁵ *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, Rapport au Président de la République*, présidé par B. STASI, 11 déc. 2003, p. 14 et 15 : « En garantissant la libre expression de chacun, en procurant à tous l'éducation qui forgera l'autonomie et la liberté du jugement, l'État inscrit la laïcité dans la filiation des droits de l'homme. Il ne peut se contenter d'un retrait des affaires religieuses et spirituelles [...] La laïcité garantit à toutes les options spirituelles ou religieuses le cadre légal propice à cette expression [...] Dans la conception française, la laïcité n'est pas un simple "garde-frontière" qui se limiterait à faire respecter la séparation entre l'État et les cultes, entre la politique et la sphère spirituelle ou religieuse. L'État permet la consolidation des valeurs communes qui fondent le lien social dans notre pays. Parmi ces valeurs, l'égalité entre l'homme et la femme, pour être une conquête récente, n'en a pas moins pris une place importante dans notre droit. Elle est un élément du pacte républicain d'aujourd'hui. L'État ne saurait rester passif face à toute atteinte à ce principe. Ce faisant, la laïcité ne se substitue pas à d'autres exigences spirituelles ou religieuses. Elle réitère seulement que l'État défend les valeurs communes de la société dont il est issu. Portée par une vision forte de la citoyenneté qui dépasse les appartenances communautaires, confessionnelles, ou ethniques, la laïcité crée à l'État des obligations à l'égard des citoyens. »

¹⁰¹⁶ Espoir particulièrement visible dans l'espèce de transaction qui est proposée aux musulmans, *ibid.*, p. 16 : « L'exigence laïque demande aussi à chacun un effort sur soi. Le citoyen conquiert par la laïcité la protection de sa liberté de conscience ; en contrepartie il doit respecter l'espace public que tous peuvent partager. »

¹⁰¹⁷ Cf. *supra*, n° 248. Cet espoir de séculariser les religions, de les vider de leur universalisme, serait intrinsèque à la laïcité. L'arrachement des individus à leurs filiations communautaires (dont religieuses) n'est praticable que si les religions acceptent de s'y prêter. Et lorsqu'une pratique religieuse résiste à la sécularisation, comme l'islam, la question se pose de savoir si le dogme en question est compatible, à terme, avec cet objectif de sécularisation. Comp. O. ROY, *La laïcité face à l'islam*, Paris, Stock, 2005, p. 86 : « L'impensé de la laïcité est l'interventionnisme en théologie », qui est un des paradoxes de la laïcité : pour cet auteur, ce principe suppose de s'abstenir de s'immiscer dans le contenu dogmatique des religions, tout en permettant de désamorcer leur force d'attraction sur les individus.

¹⁰¹⁸ Cf. *supra*, n° 266 et les références.

¹⁰¹⁹ P. MANENT, *Situation de la France*, Paris, Desclée de Brouwer, 2015, p. 30-31 : « Ceux qui invoquent la laïcité comme la solution de nos problèmes jugent que les mœurs musulmanes se prêteront, si besoin est, à une reprise à la fois transformatrice et préservatrice, à une réforme par le régime des droits individuels, les citoyens musulmans exerçant désormais leur droit subjectif, garanti par l'État laïque, de suivre la conduite qu'ils tenaient jusque là par obéissance à la règle objective et quasi obligatoire des mœurs. Je soutiens que cette réforme, qui consisterait en une sorte de transsubstantiation, est chose simplement impossible, moins parce que les mœurs musulmanes seraient irréformables, je n'en sais rien, que parce que l'instrument de la laïcité est particulièrement inadapté à cette fin. »

longuement montré, des prolongements en droit privé : la laïcité dispositive pouvait-elle jouer ce rôle sécularisant ?

283. La laïcité n'est pas un programme. À cette question, les statistiques répondent et indiquent un échec cuisant : la normativité religieuse prend d'année en année plus d'importance¹⁰²⁰. Cet échec doit-il être imputé aux mécanismes de la laïcité dispositive ? Il est vraisemblable que la laïcité dispositive, par son action qui n'est que persuasive ou dissuasive, ne peut être que secondaire. Il serait bien singulier qu'elle devienne le principal appui de l'État dans l'œuvre d'arrachement, si nécessaire au projet démocratique. L'investir du rôle « d'arracheur principal » des individus de leurs filiations religieuses, ce serait sans doute la surcharger¹⁰²¹.

Mais il y a pis : en confiant à la laïcité du droit privé la tâche d'unifier le tissu social, les promoteurs de la laïcité se sont mépris sur sa nature. Qu'elle soit politique, c'est-à-dire constitutionnelle, ou juridique, en l'occurrence privatiste, la laïcité n'est jamais qu'un outil. Elle est certes cet indispensable outil qui permet d'arracher les individus à leurs appartenances singulières, mais, en retour, elle n'a rien à offrir. Ce n'est pas la laïcité qui transcende ces particularismes ! La laïcité ne produit que des orphelins, elle n'offre pas de paternité de substitution. La transcendance doit donc être trouvée ailleurs. Certains auteurs l'ont dit autrement, en affirmant qu'elle n'était pas un « principe de vie »¹⁰²². Elle est donc impropre à « colmater les brèches »¹⁰²³ qui sont portées dans le projet politique.

Allons plus loin : l'outil qu'est la laïcité ne réalise son œuvre d'arrachement que si l'État est fort, c'est-à-dire que s'il propose aux individus, désormais désaffiliés, un projet politique

¹⁰²⁰ Interview de J. FOURQUET, *Le Point*, 19 sept. 2019, « Trente ans après Creil, ce que pensent les musulmans de France », p. 67 : « On constate que les musulmans, très majoritairement (70 %) déclarent pouvoir pratiquer en toute liberté leur religion en France, un résultat rassurant. Mais pour autant, ce diagnostic s'accompagne de fortes demandes pour adapter notre cadre laïque et républicain. Ils ne sont que 41 % à estimer que la pratique de l'islam doit être adaptée et aménagée pour se conformer à la laïcité française, contre 37 % qui estiment que c'est au contraire la laïcité à la française qui doit s'adapter, avec une forte minorité (19 %) qui ne se positionne pas sur cette question. Par rapport à 2011, on constate une progression de 8 points de ceux qui disent que c'est à la laïcité à la française de s'adapter. On observe également une forte progression de l'opposition à la loi de 2010 bannissant le voile intégral dans la rue. Ils sont 59 % à estimer que cette loi est plutôt une mauvaise chose, alors qu'ils n'étaient que 33% dans ce cas en 2011. »

¹⁰²¹ Dans le même sens, v. J.-P. DUBOIS, « Pluralisme, laïcité, sphères publiques et sphère privée », in *Archives de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2006, t. 49 : « Le pluralisme », p. 171, spéc. p. 173 : « Continuer à lier entièrement les thématiques de la laïcité et de la Nation revient alors à faire porter à la première toutes les difficultés de la seconde. »

¹⁰²² P. MANENT, *Situation de la France*, Paris, Desclée de Brouwer, 2015, p. 94 : « La séparation, aussi utile et même nécessaire qu'elle soit devenue, n'est pas par elle-même principe de vie. L'unité, ou plutôt la recherche d'unité, est principe de vie. »

¹⁰²³ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004, 2^{ème} éd., p. 125.

remplaçant puissamment leurs anciennes filiations¹⁰²⁴. Sinon, à quoi bon s'infliger cet arrachement¹⁰²⁵ ?

284. En résumé. La laïcité dispositive repose sur un système fragile. Fragile d'un point de vue « technique », d'abord, parce que l'unique norme de relevance du contrat pourrait prochainement être concurrencée par celle de l'obligation d'accommodement raisonnable, jugée plus conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Fragile d'un point de vue axiologique, ensuite, parce que la valeur que la laïcité dispositive est censée promouvoir fait par ailleurs l'objet de remises en question. Ainsi, alors que tout l'objet de la laïcité dispositive est de promouvoir le droit commun, ce dernier est désavoué par ailleurs. Certaines forces centrifuges indiquent que le centre de gravité de la société française ne serait plus la nation, ce qui laisse aux communautés religieuses le loisir de retrouver leur force d'attraction sur les individus. De là viendraient les revendications de plus en plus nombreuses de conformisme religieux. L'ambition de la laïcité dispositive semblait donc mise en échec.

Parmi ceux qui jugent la laïcité en échec, certaines personnes privées, en particulier certains employeurs, ont décidé d'y remédier en prenant eux-mêmes en charge les exigences de la laïcité, telles qu'ils les conçoivent, en les rendant obligatoires dans la petite sphère de leur autorité. Ils ont imaginé le remède de la « clause laïque ».

¹⁰²⁴ O. ROY, *La laïcité face à l'islam*, Paris, Stock, 2005, p.72-74 : « la matrice théologique du christianisme a permis la sécularisation en posant un pôle de pouvoir transcendant, l'État, à partir duquel la société peut se penser comme non religieuse [...] C'est bien en passant par la sacralisation de l'État (parce que sanctionné par Dieu) qu'un certain christianisme a pu contribuer à légitimer l'autonomie du politique. Ce sont des auteurs chrétiens qui ont théorisé l'autonomie du politique et son droit éventuel de contrôler le religieux [...] Le droit, c'est d'abord une volonté : le droit positif, celui de l'État, n'a pas à refléter une quelconque morale naturelle, il est fondateur tout comme la volonté divine est créatrice. Ce n'est donc pas seulement la théorie des deux royaumes, mais le calque du royaume terrestre sur le royaume céleste qui permet en retour de marginaliser le religieux, parce que ce que l'on a sécularisé, c'est bien le divin lui-même [...] on peut pousser plus loin le débat. La sacralisation de l'État lui a permis justement de rejeter l'Église hors de l'espace politique. La sacralité de l'État et de son ordre juridique serait la transposition dans le temporel d'une transcendance définie par le religieux. La conséquence est qu'il n'y a pas de vraie laïcité sans État fort : le politique est au cœur du processus de sécularisation. »

¹⁰²⁵ *Contra*, J. CARBONNIER, « La laïcisation de l'état civil » (1999), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 189, spéc. p. 197 : « Pour [le pluralisme religieux], la France n'a pas de grand tout à offrir où l'immigration puisse s'intégrer. Elle ne s'est pas constituée, la religion civile dont rêvait Rousseau et elle n'a plus de religion d'État depuis Louis-Philippe. Longtemps on a cru que Jules Ferry à travers l'école, avait institué une morale d'État quasi-religieuse, d'essence néo-kantienne ; mais cela même s'est évanoui. S'il doit y avoir intégration, elle se fera par la sécularisation. Un vide, diront certains, et les autres diront : un espace. »

§2 Le remède de la « clause laïque »

285. **L'effet attendu de la « clause laïque ».** Il était prévisible que la laïcité dispositive échouerait à séculariser les mœurs, et la « fragmentation de la société »¹⁰²⁶ a affecté en profondeur certains rapports de droit, spécialement les rapports de travail. Jugeant que le droit commun est impropre à créer ce climat de concorde désiré, fait de références communes, certains employeurs ont décidé de remédier à cet échec en prenant eux-mêmes en charge les exigences de la laïcité telle qu'ils la conçoivent, c'est-à-dire en l'assimilant à une obligation de neutralité religieuse. Ils pensent parvenir à imposer cette obligation par l'insertion d'une « clause laïque » dans les rapports de droit dont ils sont les maîtres, dans les règlements intérieurs des entreprises ou dans des chartes de laïcité d'associations.

L'effet attendu de ce genre de clause peut varier : *a minima*, la clause est censée faire échec, préventivement, aux demandes de respect des prescriptions religieuses¹⁰²⁷. Dans cet effet minimal, la « clause laïque » jouerait seulement le rôle d'une béquille de la laïcité dispositive, renforçant par une clause expresse l'impossibilité d'ouvrir le contrat à la normativité religieuse. *A maxima*, la clause pourrait viser à effacer tout marqueur religieux des lieux de travail. Les exemples les plus connus sont le règlement intérieur de la crèche Baby Loup¹⁰²⁸, la charte des Restos du cœur, qui impose « d'abandonner ses positions politiques et religieuses à la porte des Restos »¹⁰²⁹, ou encore la charte de la laïcité de l'entreprise de collecte de déchets Paprec, qui prohibe explicitement « le port de signes ou tenues par lesquels les collaborateurs manifestent ostensiblement une appartenance

¹⁰²⁶ Tel est le diagnostic, on s'en souvient, de J. FOURQUET, *L'archipel français. Naissance d'une nation multiple et divisée*, Paris, Seuil, 2019, p. 370.

¹⁰²⁷ Haut Conseil à l'Intégration, *L'expression religieuse et la laïcité dans l'entreprise*, 1er sept. 2011, avis, en ligne : http://archives.hci.gouv.fr/IMG/pdf/HCI-Avis-De_la_neutralite_religieuse_en_entreprise_-_Septembre_2011.pdf, p. 7 : il fait état d'une hausse incessante des préoccupations des managers face au fait religieux de leurs employés.

¹⁰²⁸ Reproduisant les termes la « clause laïque » de Baby Loup, v. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845 : « les statuts de l'association précisent que celle-ci a pour but de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier, qu'elle s'efforce de répondre à l'ensemble des besoins collectifs émanant des familles, avec comme objectif la revalorisation de la vie locale, sur le plan professionnel, social et culturel sans distinction d'opinion politique ou confessionnelle, que conformément à ces dispositions la crèche doit assurer une neutralité du personnel dès lors qu'elle a pour vocation d'accueillir tous les enfants du quartier quelle que soit leur appartenance culturelle ou religieuse, que ces enfants, compte tenu de leur jeune âge, n'ont pas à être confrontés à des manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse, que tel est le sens des dispositions du règlement intérieur entré en vigueur le 15 juillet 2003, lequel, au titre des règles générales et permanentes relatives à la discipline au sein de l'association, prévoit que le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche » (nous soulignons).

¹⁰²⁹ Charte des Restos du Cœur, art. 5 : « Indépendance complète à l'égard du politique et du religieux : À la porte des Restos, on abandonne ses positions politiques et religieuses », en ligne : http://amiens.restosducoeur.org/article.php?id_article=131.

religieuse »¹⁰³⁰. Toutes ces clauses visent donc l'effet maximal, et ne se contentent pas de prévenir les demandes d'accommodements raisonnables. De toute évidence, la « clause laïque » va bien plus loin que ne pouvait aller la laïcité dispositive¹⁰³¹.

286. Différence avec la laïcité dispositive. En effet, la laïcité dont se réclame cette clause laïque n'a rien de commun avec la laïcité dispositive, si ce n'est l'effet escompté, qui est de séculariser la société — de l'efficacité de laquelle il est permis de douter. Le moyen, quant à lui, est tout autre : la laïcité dispositive doit y parvenir non en restreignant le droit d'exprimer ses convictions religieuses, mais seulement en limitant les possibilités de soumettre la relation de droit privé à une normativité religieuse. La clause laïque va beaucoup plus loin : non contente d'imposer l'application du droit commun, elle se pare du « rayonnement extravagant » dénoncé précédemment¹⁰³², qui consiste à neutraliser toute manifestation extérieure d'appartenance religieuse en partant du seul contrat.

Les moyens employés pour parvenir à une société apparemment sécularisée sont donc diamétralement opposés : alors que la laïcité dispositive joue seulement sur le droit applicable, de manière supplétive, la « laïcité obligatoire » de ce genre de clause déborde le domaine du droit, en agissant directement sur les mœurs. La première est respectueuse de la liberté religieuse ; la seconde ne l'est pas.

287. Une clause illicite, rendue licite par le concept d'entreprise de tendance laïque. Il n'en fallait pas plus pour conclure à l'illicéité qui devrait frapper ce genre de clause : en principe, les restrictions aux droits fondamentaux ne sont licites que si elles sont nécessaires, justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Le principe est inscrit au frontispice du Code du travail¹⁰³³. Or, une « clause laïque », toute acceptée qu'elle soit par le salarié,

¹⁰³⁰ La Charte de la laïcité de l'entreprise Paprec est composée de 8 articles, dont 3 portent des interdictions, en ligne : https://www.paprec.com/sites/default/files/charte_de_la_laicite-paprec_group.pdf : « 5. La laïcité en entreprise implique que les collaborateurs ont un devoir de neutralité : ils ne doivent pas manifester leurs convictions politiques ou religieuses dans l'exercice de leur travail ; 6. Conformément à la loi, nul ne peut se prévaloir de son appartenance religieuse pour refuser d'exécuter sa mission ou pour perturber le bon fonctionnement de l'entreprise ; 7. Au sein de l'entreprise et dans l'exercice de leurs fonctions, les règles de vie des différents espaces, précisées dans le règlement intérieur de chaque établissement, sont respectueuses de la laïcité. Ainsi, le port de signes ou tenues par lesquels les collaborateurs manifestent ostensiblement une appartenance religieuse n'est pas autorisé. » Sur cette entreprise, v. V. VALENTIN, « Quelles perspectives pour la religion dans l'entreprise ? », *RDLF* 2017, n° 1.

¹⁰³¹ C'est ce que nous avons appelé le « rayonnement extravagant » de la laïcité, que ne permet pas la laïcité dispositive, puisque ce mécanisme, n'étant qu'un simple principe de préférence pour le droit commun, ne permet que l'application de celui-ci, et le droit commun ne contient aucune interdiction générale de manifester ses convictions religieuses. Sur cette question, cf. *supra*, n° 257 et s.

¹⁰³² Cf. *supra*, n° 257.

¹⁰³³ C. trav., art. L.1121-1.

ne peut faire échec à cette disposition, qui est impérative. La « clause laïque », spécialement quand elle est formulée dans les termes généraux des trois exemples d'entreprises cités, est en principe réputée non écrite.

Pour imposer, malgré tout, ce genre de clause, ou pour éviter qu'elles ne soient trop souvent remises en question, la pratique a imaginé une manière de faire correspondre la tâche à accomplir et l'exigence de neutralité religieuse ; et la doctrine l'y a aidée, en créant le concept d'entreprise de tendance laïque¹⁰³⁴. C'était l'argument de la crèche Baby Loup, et qui a convaincu la cour d'appel de renvoi : comme l'entreprise de tendance requiert une adhésion personnelle du salarié à la philosophie de l'entreprise, c'est une manière commode de pousser les obligations du salarié au-delà de la stricte obligation contractuelle (de garder des enfants). Les obligations strictement contractuelles débordent ainsi de leur lit, et là où, sans cette clause laïque, il n'y aurait pas eu de conflit, des interférences sont désormais créées : le collecteur de déchets portant un turban sikh se trouve en inexécution contractuelle, bien qu'il remplisse les obligations de son contrat de travail ; l'assistante maternelle voilée du *hijab* est une débitrice défaillante, bien qu'elle s'occupe correctement des enfants.

Devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, l'argument n'a pas eu le même succès que devant la cour d'appel de Paris. Invitée à apprécier la qualité d'entreprise de tendance laïque, la Cour de cassation a jugé dans un attendu, parfois considéré comme trop lapidaire¹⁰³⁵, que la crèche Baby Loup n'était pas une entreprise de tendance. En l'espèce, les juges du fond avaient souverainement considéré que la tâche devait être effectuée sans voile. Cette appréciation souveraine suffisait à justifier le licenciement, l'argument d'entreprise de tendance laïque étant, en l'occurrence, un motif surabondant¹⁰³⁶.

¹⁰³⁴ F. GAUDU, « L'entreprise de tendance laïque », *Dr. soc.* 2011. 1186 : « La notion d'entreprise de tendance est une notion souple qui peut s'appliquer à une grande variété de situations, dès lors qu'une entreprise est porteuse de valeurs qu'elle entend légitimement promouvoir [...] L'établissement éducatif laïque est également porteur de valeurs, et il est ainsi logique qu'à ce titre, il puisse requérir de ses salariés le respect de sa neutralité. »

¹⁰³⁵ En ce sens, v. G. CALVES, *Territoires disputés de la laïcité. 44 questions (plus ou moins) épineuses*, Paris, PUF, 2018. L'auteur considère que le dernier épisode de la saga Baby Loup « a laissé tout le monde sur sa faim » (*ibid.*, p. 23), parce que cet attendu ne permettait pas de savoir « si cette appréciation portait sur le cas d'espèce, ou si elle revenait à disqualifier la notion même d'entreprise de conviction laïque » (*ibid.*, p. 194). Également, S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso Éditions, coll. « Exégèses », 2014, p. 52 : « L'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2014 est essentiellement un arrêt d'espèce : la Cour n'y énonce aucun principe nouveau — si ce n'est que la liberté de conscience des enfants justifie une restriction de la liberté religieuse des gardes d'enfant [...] La grande question de principe autour de laquelle les ardents promoteurs de la Nouvelle Laïcité se sont mobilisés depuis les débuts de l'affaire ne reçoit, ici, pas de réponse. »

¹⁰³⁶ Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *GADLF*, n° 105, p. 857 ; *Dr. soc.* 2014. 811, note J. MOULY ; *Cah. soc.* 2014. 397, note J. ICARD ; *AJDA* 2014. 1293 ; *D.* 2014. 1386 et 1536, entretien Ch. RADE ; *AJCT* 2014. 337, note F. DE LA MORENA ; *JS Lamy* 2014, n° 371-2, obs. M. HAUTEFORT ; *JCP G* 2014. 902, note J.-C. MARIN et 903, note D.

288. La question de la licéité de la « tendance laïque ». Que manquait-il à la crèche Baby Loup pour être une entreprise de tendance laïque ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation ne l'a pas expliqué, mais elle semble avoir admis, sur le principe, qu'une entreprise puisse adopter la tendance laïque¹⁰³⁷.

Pourtant, l'idée a souvent été formulée en doctrine qu'une entreprise ne pouvait pas épouser une tendance laïque : consacrer la tendance laïque « n'aurait strictement aucun sens »¹⁰³⁸ et serait un « oxymore »¹⁰³⁹ ; la laïcité étant « une absence de tendance »¹⁰⁴⁰, la tendance laïque n'existerait pas¹⁰⁴¹. Cette condamnation est généralement soutenue par l'argument de la dévaluation de la laïcité¹⁰⁴² : en consacrant la « tendance laïque », la laïcité ne deviendrait qu'une option parmi

CORRIGNAN-CARSIN : « Et attendu que sont erronés, mais surabondants, les motifs de l'arrêt qualifiant l'association Baby Loup d'entreprise de conviction, dès lors que cette association avait pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques et philosophiques, mais aux termes de ses statuts, 'de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes [...] sans distinction d'opinion politique et confessionnelle. »

¹⁰³⁷ Toutefois, si l'entreprise de tendance laïque était admise en droit, elle devrait suivre le régime des entreprises de tendance tout court : la restriction à la liberté religieuse doit toujours être justifiée par la nature de la tâche à accomplir, tâche qui, précisément, dans les entreprises de tendance, peut avoir des répercussions au-delà des horaires de travail, pour suivre le salarié jusque dans sa vie privée. Ce genre de tâche à accomplir est qualifiée de « mission pastorale » : plus la mission pastorale est importante, plus les restrictions peuvent affecter la vie privée du salarié. L'entreprise de tendance laïque devrait suivre un régime identique : les restrictions des salariés dans la liberté de manifester leur foi religieuse seront proportionnées à l'importance de la mission « laïque » que l'entreprise leur a confiée.

¹⁰³⁸ P. ADAM, « La crèche et l'au-delà... », *SS Lamy*, 28 nov. 2011. 1515 : « Si la laïcité est un plat commode, on ne peut la mettre à toutes les sauces. La laïcité est une règle d'organisation de l'État et des rapports avec la religion. En faire une référence normative destinée à trancher des conflits entre un employeur privé et un salarié n'a strictement aucun sens. Importer la laïcité dans l'entreprise, c'est la travestir. »

¹⁰³⁹ D. LOCHAK, « Table ronde », *LPA* 30 juill. 2013, n° 151, p. 29.

¹⁰⁴⁰ E. DOCKES, « Liberté, laïcité, Baby Loup : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation à la xénophobie montante », *Dr. soc.* 2013. 388 : « Contrairement à l'athéisme, la neutralité n'est pas une tendance mais une absence de tendance. » Également, T. LAMARCHE et S. MOUTON, « Principe de laïcité : affaire Baby Loup : levons le voile sur une entreprise de conviction peu convaincante, pour mieux observer le principe de laïcité », *Constitutions* 2014. 211 : « la laïcité n'est pas une idéologie ou une morale porteuse de valeurs à défendre. Elle est justement absence de valeur et de conviction. Comment faire de la laïcité un principe actif visant à justifier d'une conviction, alors même que la neutralité qui en compose le sens repose sur une posture passive qui commande précisément l'absence de conviction ? »

¹⁰⁴¹ En ce sens, v. J.-G. HUGLO, « Le juge ne tranche pas les questions de société », *SS Lamy*, 25 mars 2013, n° 1577, p. 7 : « la laïcité incarne la neutralité vis-à-vis du fait religieux. L'entreprise de tendance requiert une adhésion du salarié à une idéologie, à une morale ou encore à une politique. C'est le contraire de la tendance. » J.-D. DREYFUS, « La neutralité religieuse peut être imposée au personnel d'une crèche associative, entreprise de conviction », *AJ Coll. terr.*, 2014. 63 : « L'entreprise de tendance requiert une adhésion du salarié à une idéologie, à une morale ou encore à une politique, ce qui est contraire à la neutralité. »

¹⁰⁴² Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur la laïcité*, 26 sept. 2013 : « l'entreprise de tendance laïque comme prolongement de la liberté des non-croyants est une notion que le droit ne saurait admettre. D'une part, la laïcité est un principe constitutionnel d'organisation de l'État, et ne peut être considérée comme une "tendance". Si l'on fait de la laïcité une tendance, alors on la dévalue, en la réduisant à un choix, elle n'est plus le principe constitutionnel partagé par tous. D'autre part, quelles que soient les raisons pour lesquelles une entreprise souhaiterait exclure de son espace le fait religieux (paix sociale, image de marque) la simple volonté de ne pas heurter les non-croyants ne saurait être une raison suffisante. Cela conduirait en effet à conférer un blanc-seing aux employeurs pour priver leurs salariés de leurs droits à exprimer leurs convictions religieuses. » Comp. Procureur général J.-C. Marin, dans son avis rendu devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, 16 juin 2014, en ligne : https://www.courdecassation.fr/IMG/Avis_PG_pleiniere_140625ano.pdf, p. 27-28 : « Il serait erroné d'envisager la

d'autres¹⁰⁴³, la mettant en concurrence avec les autres convictions, alors que toute la société française devrait partager cette valeur¹⁰⁴⁴. Ce serait « ouvrir la boîte de Pandore »¹⁰⁴⁵.

Le parti inverse soutient que la laïcité, comme conviction, n'a justement pas que de fervents défenseurs : doctrine¹⁰⁴⁶, juridictions¹⁰⁴⁷, représentants gouvernementaux¹⁰⁴⁸... nombreux sont les partisans de la position contraire. Cette seconde position s'appuie sur la dimension

neutralité comme l'objectif poursuivi par l'association. Ce serait confondre but et moyens [...] Tant les statuts de l'association que le règlement intérieur et le mode de recrutement des employés de la crèche indiquent que Baby Loup ne peut être assimilée à un mouvement militant pour la défense de la laïcité. »

¹⁰⁴³ A. SUPIOT, « La religion au travail », *Mélanges J. Hauser*, LGDJ, 2012 : la laïcité « n'est pas un dogme parmi d'autres, une foi républicaine que l'on serait libre d'embrasser ou de répudier ; ce n'est pas non plus une tendance parmi d'autres ». Se plaignant de ce que la Belgique aurait fait de la laïcité une « religion de trop », comp. M. UYTENDAELE, « Le modèle belge de neutralité de l'État », *RDLF* 2019, chron. n° 52.

¹⁰⁴⁴ J.-E. RAY, « A propos d'une rébellion (Cour d'appel de Paris, 27 novembre 2013, Baby Loup) », *Dr. soc.* 2014, p. 4 : « utiliser la laïcité-neutralité de la III^{ème} République pour reprendre finalement le caractère propre d'institutions d'enseignement confessionnel... La neutralité, conviction de certains et non plus valeur commune ? » J. MOULY, « L'affaire Baby Loup devant la cour de renvoi: la revanche de la laïcité », *D.* 2014. 65 : la neutralité « ne suppose, en effet, aucun engagement ou dévouement au service de convictions [mais] exige, à l'inverse, une certaine retenue de la part de ceux qui y sont soumis en sorte que toutes les opinions, même contraires, puissent cohabiter ». La laïcité ne serait « pas une idéologie, une fin en soi ».

¹⁰⁴⁵ P.-H. ANTONMATTEI, « Le port de signes religieux dans l'entreprise : au-delà de Baby Loup », *SS. Lamy*, 23 déc. 2013, n° 1611 : « Inutile d'ouvrir ainsi une boîte de Pandore même pour empêcher le port de signe religieux dans le secteur de la petite enfance. »

¹⁰⁴⁶ Pour C. BRICE-DELAJOUX, « La laïcité et l'accueil de la petite enfance dans les structures de droit privé (à propos de l'arrêt rendu en appel dans l'affaire de la crèche Baby Loup) », *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, 1^{er} nov. 2012, n° 6, p. 1585 : il s'agit d'une « entreprise de tendance inversée ». Comp. P. MBONGO, « Institutions privées, entreprises de tendance et droit au respect des croyances religieuses », *JCP G* 24 juin 2013, n° 26, doctr. 750 : « les entreprises de tendance laïque sont celles qui professent une distance, voire une hostilité au fait religieux, peuvent vouloir prolonger cette philosophie dans leur propre organisation. » V. également B. GOMES, X. ORGERIT, T. UFARTE, « La liberté d'expression religieuse au travail à l'épreuve des soubresauts du principe de laïcité », *Lettre Actualité Droits-Libertés*, du CREDOF, 1^{er} mai 2013 : « Pourquoi une crèche confessionnelle peut-elle se prévaloir d'une qualification d'entreprise de tendance et pas une crèche pour laquelle la laïcité est à la fois tant un objectif qu'un moyen de réaliser ses autres buts ? » Dans le même ordre d'idées, F. CANUT, « Affaire Baby-Loup : bientôt l'Assemblée plénière ! », *RLDA*, févr. 2014, n° 90 : « le concept d'entreprise de conviction pourrait se prévaloir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour qui la laïcité, en tant que conviction philosophique, peut être protégée au même titre que la liberté religieuse. »

¹⁰⁴⁷ Cour EDH, G^{de} ch., 18 mars 2011, n° 30814/06, *Lautsi et autres c. Italie*, § 58 : « les partisans de la laïcité sont en mesure de se prévaloir de vues atteignant le degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance requis pour qu'il s'agisse de conviction au sens des articles 9 de la Convention et 2 du Protocole n°1. » Comp. le rapport de L. TRUCHOT et l'avis du procureur général J.-C. MARIN devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation, 16 juin 2014, en ligne : https://www.courdecassation.fr/IMG/Avis_PG_pleniere_140625ano.pdf : le procureur général de l'affaire Baby Loup, devant la chambre sociale, puis l'avocat général plaidant devant l'assemblée plénière, ont soutenu que le concept d'entreprise de tendance laïque pouvait exister. Le premier, F. Falletti, Procureur général de Paris, définissait les entreprises de tendance laïque comme étant « celles qui professent une distance voire une indifférence revendiquée au fait religieux », précisant que les organisations maçonniques ou certains clubs de libre penseurs entrent dans cette catégorie (rapp. préc., p. 52). Le second, l'avocat général B. Aldigé, est plus nuancé (*ibid.*, p. 22) : « la laïcité ne se résume pas à la neutralité de l'État ni à la tolérance, indissociable de la liberté de conscience et de la liberté religieuse, elle doit permettre la diversité religieuse de la société, son corollaire qui est la neutralité à l'égard de toutes les opinions ou croyances, doit permettre la cohabitation des différentes sensibilités religieuses. » Il conclut que la crèche Baby Loup « a pu placer lesdits statuts sous le signe de la laïcité et de la neutralité du personnel qu'implique ce principe et qu'elle peut être qualifiée d'entreprise de tendance. »

¹⁰⁴⁸ *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, Rapport au Président de la République*, présidé par B. STASI, 11 déc. 2003, p. 64 : il faut « reconnaître la libre pensée et les humanismes rationalistes comme option spirituelle à part entière ».

philosophique de la laïcité, à laquelle il faudrait ajouter la dimension axiologique de la laïcité : car qui soutient que la laïcité est une valeur ne peut sérieusement contester le fait qu'elle soit liée à une conviction. En effet, « que reste-t-il d'une valeur si elle est coupée de toute conviction »¹⁰⁴⁹ ?

L'argument de la valeur conduit donc à une impasse : pour déterminer si la laïcité est une tendance que pourraient librement adopter ou répudier les entreprises privées, il faut élargir les perspectives.

289. Effet pervers de la « clause laïque ». L'idée d'une dévaluation de la laïcité par l'admission de la « tendance laïque » prend une profondeur particulière lorsqu'on examine son impact sur la laïcité dispositive. « Impact » : le mot n'est pas trop fort, car la stipulation de ces « clauses laïques » pourrait bien produire un genre de collision avec le système de la laïcité dispositive, qui n'en sortira pas indemne. Expliquons-nous.

Le danger de la stipulation d'une clause laïque réside dans sa banalisation : s'il devenait nécessaire de la stipuler pour faire échec aux velléités individuelles de faire appliquer le droit religieux, alors l'absence de cette « clause de style » serait perçue comme donnant l'indication que le rapport de droit est ouvert à la normativité religieuse. La renonciation des parties à se prévaloir de prescriptions religieuses ne serait plus présumée. L'application supplétive ou dispositive du droit commun serait donc moins évidente. Or, perdant en évidence, le droit commun perdrait du même coup en légitimité. La perte de sa légitimité *a priori* risquerait de le placer sur un même degré de légitimité que la normativité religieuse.

On nous objectera que la « clause laïque » serait le pendant de la « clause religieuse » : la seconde incorpore dans le droit commun des dispositions de droit religieux ; la première exclut non seulement le droit religieux mais également toute visibilité religieuse. En réalité, c'est à un autre niveau que se situe notre inquiétude : non sur l'effet juridique immédiat de la clause laïque, que nous tenons pour efficace, mais sur l'effet psychologique de sa banalisation. Si elle devenait une clause de style, la « clause laïque », allant au-delà de la laïcité dispositive, aurait un effet en-deçà, sur la préférence de principe dont devrait jouir le droit commun laïc.

¹⁰⁴⁹ G. CALVES, *Territoires disputés de la laïcité. 44 questions (plus ou moins) épineuses*, Paris, PUF, 2018, p. 34-35. Plus généralement, l'auteur reproche à l'attitude défavorable à voir dans la laïcité une conviction de vouloir « paralyser tout débat politique autour du concept de laïcité. Si la laïcité n'est pas une conviction, mais un simple cadre dans lequel s'exerce la liberté d'opinion, tous les conflits d'interprétation s'évanouissent d'eux-mêmes. Qui pourrait se déclarer hostile à la liberté d'opinion » ?

290. Restreindre la notion d'entreprise de tendance. Pour préserver la laïcité dispositiive, il faudrait donc éviter qu'un trop grand nombre d'entreprises ne stipulent la « clause laïque ». Or, à cette fin, un moyen d'une grande simplicité s'impose — moyen qui, par ailleurs, avait été appelé de ses vœux par une doctrine inquiète de l'ampleur du phénomène des entreprises de tendance¹⁰⁵⁰ — : restreindre la notion d'entreprise de tendance. Pourtant, les difficultés ne manquent pas : quel objet social confèrerait à l'entreprise une « tendance laïque » ? Faut-il accepter sous ce vocable, comme y appelait le Procureur général M. Jean-Claude Marin, seulement les groupements dont l'objet est la promotion « de la séparation totale entre l'État et les religions »¹⁰⁵¹ ? Par exemple, peut-on y inclure, comme y consentait l'avocat général M. François Falletti, « les organisations maçonniques ou certains clubs de libre penseurs »¹⁰⁵² ?

Dans la perspective de restreindre les entreprises susceptibles de se prévaloir de la tendance laïque, il faudrait leur imaginer un objet social qui soit, directement ou indirectement, la promotion de la philosophie laïque. Le minimum serait donc de lui trouver un autre synonyme que le simple slogan du « vivre ensemble », car une crèche sert effectivement à faire vivre ensemble des enfants¹⁰⁵³, et, d'ailleurs, tout groupement de personnes issues de milieux sociologiques différents. Comme l'avait souligné à ce sujet M. Jean Mouly, « en réalité, la question est ici de savoir si l'existence d'une entreprise de tendance peut dépendre de la simple volonté de l'employeur ou si elle résulte de la nature même de son activité. »¹⁰⁵⁴.

291. L'épilogue de la loi « El Khomri ». La loi « El Khomri », du 8 août 2016¹⁰⁵⁵, a introduit dans le Code du travail un article L. 1321-2-1, qui autorise l'employeur à inscrire, dans le

¹⁰⁵⁰ Il s'agit de L.-L. CHRISTIANS, « Les mutations du concept d'entreprise de tendance », in *Les religions et le droit du travail. Regards croisés, d'ici et d'ailleurs* (dir. B. CALLEBAT, H. DE COURREGES, V. PARISOT), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 253.

¹⁰⁵¹ Lorsque le Procureur général J.-C. Marin défendait, devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, le 16 juin 2014, l'idée que la crèche ne pouvait être une entreprise de tendance laïque, il admettait cependant qu'un tel objet social puisse exister, à condition qu'il vise à une séparation encore plus totale entre l'État et les religions : « Il ne fait aucun doute que des associations militant en faveur d'une laïcité politique dont l'objet est de promouvoir la séparation totale entre l'État et religions, pourraient être qualifiées d'entreprises de tendance ou de conviction. La laïcité politique prônée par ces associations ou autre groupements correspond sans doute à ce que la Cour européenne des droits de l'homme qualifie de laïcité de combat, une attitude antireligieuse, voire irreligieuse, non neutre. »

¹⁰⁵² Rapport de L. TRUCHOT et l'avis du procureur général J.-C. MARIN devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, 16 juin 2014, en ligne : https://www.courdecassation.fr/IMG/Avis_PG_pleniere_140625ano.pdf, p. 52.

¹⁰⁵³ En ce sens, C. BRICE-DELAJOUX, « Épilogue dans l'affaire de la crèche Baby Loup : la Cour de cassation tranche en faveur de la liberté religieuse », *Dr. adm.* n° 5, mai 2013, comm. 34 : « Il faut admettre qu'accepter en l'espèce qu'une crèche récuse tout signe religieux par principe, au motif qu'idéologiquement, elle défend la laïcité, ouvrirait la possibilité pour toute structure de travail de droit privé de contourner l'article L. 1121-1 du Code du travail. La voie était donc difficile à défendre. »

¹⁰⁵⁴ J. MOULY, « L'affaire Baby Loup devant la cour de renvoi: la revanche de la laïcité », *D.* 2014. 65.

¹⁰⁵⁵ L. n° 2016-1088 du 8 août 2016, dite « loi Travail » ou « loi El Khomri ».

règlement intérieur, « le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés »¹⁰⁵⁶. L'interprétation de cette disposition est délicate¹⁰⁵⁷.

La première question concerne la portée de cette disposition : signe-t-elle une rupture avec le régime antérieur ? Le Ministre du travail considère que cette disposition ne change rien à la législation antérieure¹⁰⁵⁸, quand le Premier ministre de l'époque, Manuel Valls, se félicitait de l'extension de la laïcité dans l'entreprise¹⁰⁵⁹, ce qui aurait marqué une rupture certaine — du moins, s'il faut entendre par là l'extension de l'obligation de neutralité religieuse aux salariés de droit privé, et correspondrait ainsi au « rayonnement extravagant de la laïcité » précédemment décrit¹⁰⁶⁰.

La seconde question, qui est passée inaperçue, concerne la possible banalisation d'une telle clause. Si elle ne change pas grand-chose à la manière dont le juge interprètera les restrictions apportées aux manifestations vestimentaires de l'appartenance religieuse, la stipulation d'une telle clause dans le règlement intérieur n'aura d'effet certain que pour faire échec aux demandes d'accommodements raisonnables. Autrement dit, si son action sur les mœurs vestimentaires n'est pas certaine, elle jouera le rôle minimal de béquille pour le droit commun. Au lieu de s'en remettre à la laïcité dispositiva, la préférence pour le droit commun serait assurée au moyen de la stipulation d'une telle clause — qui, dans l'actuel système de laïcité dispositiva, devrait être inutile. Cette stipulation ne dépendant que de la volonté de l'employeur, que faudra-t-il penser des accommodements raisonnables sollicités dans un contexte où aucune clause, ni « religieuse » ni « laïque », n'aura été convenue entre les parties ? Quel sera le droit préféré ? Tout dépendra du degré de banalisation de cette clause.

Trois voies sont imaginables. Si — première hypothèse — la clause laïque de l'article L.1321-2-1 du Code du travail ne rencontre aucun succès dans la pratique, et que l'employeur inclue

¹⁰⁵⁶ C. trav., art. L.1321-2-1 : « Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché. »

¹⁰⁵⁷ Pour une illustration récente, au sujet de la signification religieuse de la taille d'une barbe : Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 18-23.743, RDT 2020. 620, note L. WILLOUX ; B. BOSSU, « Port de la barbe et discrimination fondée sur la religion », JCP S 28 juill. 2020. 2092.

¹⁰⁵⁸ Ministère du Travail, *Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées*, janvier 2017, p. 6, en ligne : https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/guide_candidats_salaries_majfevrier2018valide.pdf

¹⁰⁵⁹ *Le Monde*, 25 janv. 2016, « Badinter remet les droits des salariés au cœur du code du travail », en ligne : https://www.lemonde.fr/politique/article/2016/01/25/badinter-remet-les-droits-des-salaries-au-c-ur-du-code-du-travail_4853015_823448.html

¹⁰⁶⁰ Cf. *supra*, n° 257.

rarement ce genre de clause, la laïcité dispositive continuera de fonctionner de la manière dont elle a été décrite dans cette étude.

Si, au contraire, cette clause devient la clause de prédilection des entreprises de « tendance laïque », elle ne sera stipulée, espérons-le, que dans le cas où l'entreprise aurait un objet en lien avec la philosophie laïque. Cette deuxième hypothèse paraît improbable, car l'article L.1321-2-1 du Code du travail ne semble pas destiné aux entreprises de « tendance laïque ».

Si — et c'est la troisième hypothèse — elle devient une clause de style¹⁰⁶¹, la laïcité dispositive aura disparu du droit du travail, car l'omission de cette clause pourrait indiquer, de la part de l'employeur, une acceptation tacite à faire droit aux prescriptions religieuses sur un autre fondement que le contrat conclu *ab initio*. En l'état actuel du droit, la troisième option paraît la plus probable, bien que certains parlementaires se désolent de ce que, pour l'instant, « seuls 32 % des entreprises ont complété leur règlement en ce sens »¹⁰⁶². Ajoutons que la banalisation d'une telle clause risque d'engendrer des frictions avec le droit de l'Union européenne, en particulier avec la directive n° 2000/78/CE¹⁰⁶³. Antérieurement à la loi « El Khomri », en 2015, la Cour de cassation avait d'ailleurs saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle, pour une affaire dans laquelle l'employeur avait exigé de sa salariée qu'elle enlève son foulard islamique, conformément à ce qu'il jugeait relever du bon fonctionnement de l'entreprise. La Cour de justice avait considéré qu'une telle exigence était contraire, en l'espèce, à la directive visée¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶¹ Comp. la condamnation de cette disposition par l'Observatoire de la laïcité et le Comité consultatif des droits de l'homme, du 19 juill. 2016, en ligne : https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2016/07/communiquede_presse_observatoire_de_la_laicite_commission_nationale_consultative_des_droits_de_lhomme_0.pdf

¹⁰⁶² Rapport sur la proposition de loi constitutionnelle visant à garantir la prééminence des lois de la République, présenté par Ch.-A. FRASSA, 14 oct. 2020, p. 26.

¹⁰⁶³ Directive n° 2000/78/CE du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 4. 1.

¹⁰⁶⁴ CJUE, 14 mars 2017, aff. C-188/15, *Bougnaoui et ADDH*. Comp. CJUE, 14 mars 2017, aff. C-157/15, *GAS Secure Solutions* ; J. MOULY, « La CJUE et le voile dans l'entreprise privée : le recul de la protection contre les discriminations », *D.* 2017. 947 ; D. POUPEAU, « Le règlement intérieur d'une entreprise peut interdire le port du voile », *AJDA* 2017. 551 et chron. 1106 ; Y. PAGNERRE, « [Liberté de] Religion vs [Liberté de] Entreprise », *Dr. soc.* 2017. 450 ; P. ADAM, « La CJUE ou l'anticyclone européen (À propos de la neutralité religieuse dans l'entreprise privée) », *RDT* 2017. 422 ; A.-M. LE POURHIET, « Discriminations religieuses : la Cour de justice de l'Union et l'identité constitutionnelle des États-membres », *Constitutions* 2017. 249 ; S. ROBIN-OLIVIER, « Neutraliser la religion dans l'entreprise ? », *RTD eur.* 2017. 229 ; G. GONZALEZ, « *Vade-mecum* pour interdire les signes religieux au travail », *Rev. UE* 2017. 342 ; G. CALVES, « Politiques de neutralité au sein des entreprises privées : un feu vert de la CJUE ? », *SSL* 27 mars 2017, n° 1762, p. 3 ; S. LAULOM, « Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations », *SSL* 27 mars 2017, n° 1762, p. 6 ; B. BOSSU, « L'interdiction du foulard islamique dans l'entreprise privée : entre discrimination directe et indirecte », *JCP S* 4 avr. 2017. 1105 ; J. MOULY, « Le voile dans l'entreprise et les clauses de neutralité : les enseignements de la CJUE “traduits” en droit interne par la Cour de cassation », *D.* 2018. 218.

En réalité, une quatrième possibilité existe, mais elle est indépendante de la clause de l'article L. 1321-2-1 du Code du travail : elle consisterait à étendre l'obligation de neutralité religieuse aux entreprises privées, par voie législative et impérative¹⁰⁶⁵. C'est d'ailleurs la solution qui avait recueilli, en 2013, l'écrasante majorité des suffrages parmi les Français — bien qu'une telle issue ait été condamnée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies¹⁰⁶⁶. Une telle solution n'aurait pas cet effet banalisant sur la laïcité dispositive. Si l'obligation de neutralité s'étendait à tous les salariés des entreprises privées, entreprises de tendance religieuses exceptées, le droit commun du travail changerait seulement de registre : sortant de la laïcité dispositive, il entrerait dans la laïcité impérative¹⁰⁶⁷.

292. En résumé. La « clause laïque » est-elle un remède pire que le mal ? Tout dépend du terme qui est envisagé. À court terme, elle pourrait jouer, avec une efficacité certaine, un rôle de béquille du droit commun, avec ce « plus » contractuel, qui équivaudrait à la renonciation du salarié non seulement de se soumettre aux prescriptions de sa religion, mais encore de manifester ses convictions religieuses. Ce « plus » contractuel étant contraire au droit du travail, une telle clause devrait être limitée aux entreprises de tendance laïque. En se plaçant à plus long terme, la banalisation d'une telle clause, que semble autoriser la loi « El Khomri », pourrait toutefois être préjudiciable au système de la laïcité dispositive. Si elle devenait une clause de style, elle pourrait suggérer aux contractants que, sans elle, la renonciation à introduire les règles religieuses dans le rapport de droit n'est plus présumée. Le droit commun aurait dès lors besoin de cette béquille de la « clause laïque » pour conserver son emprise. Autrement dit, la laïcité ne serait plus supplétive ou dispositive : elle deviendrait une option, expressément prévue par les termes contractuels. Tel serait l'effet pervers de la « clause laïque ».

¹⁰⁶⁵ Sur ce changement de registre, cf. *infra*, n° 457 et s.

¹⁰⁶⁶ Comité des droits de l'homme des Nations-Unies, 24 sept. 2018, comm. n° 2662/2015. V. G. GONZALEZ, « Les constatations du Comité des droits de l'homme des Nations unies en 2018 relatives à la liberté de religion en France », *Revue du droit des religions*, 2010, n° 9, p. 175, en ligne : <http://journals.openedition.org/rdr/1157> ; P. ADAM, « Baby Loup : rebond international », *JSL* suppl. 4 févr. 2019, n° 1847, p. 30 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Pour une lecture dialogique du droit international des droits humains. Remarques sur les constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire Baby Loup, et quelques réactions qu'elles ont suscitées », *RDH*, sept. 2018, en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/4643> ; J. MOULY, « L'affaire Baby Loup devant le Comité des droits de l'homme : vers une révision déchirante de la jurisprudence interne ? », *D.* 2018, p. 2097.

¹⁰⁶⁷ Ce qui ne serait pas sans poser d'autres problèmes : faudrait-il que les femmes désireuses de porter le hijab n'aient d'autre alternative que de travailler dans des entreprises de tendance musulmane ou soient « autoentrepreneurs » ? En ce sens, « Quand le voile éloigne les femmes musulmanes de l'emploi », *France TV Info*, janv. 2016, en ligne : https://www.francetvinfo.fr/societe/debats/l-angle-eco-quand-le-voile-eloigne-les-femmes-musulmanes-de-lemploi_1276395.html

Conclusion de la section 2

293. La menace qui pèse sur la laïcité dispositive. La laïcité dispositive est affectée de graves fragilités. Elle ne parviendrait pas à séculariser les mœurs religieuses en posant seulement ce principe de préférence pour le droit commun. La nation ne serait plus le centre de gravité de la société ; les tendances centrifuges seraient trop fortes ; les communautés religieuses parviendraient à se recomposer en s'assurant de l'allégeance des coreligionnaires. Les prétentions de conformisme religieux mettraient en échec la laïcité dispositive, dont les mécanismes sont trop subtils pour expurger efficacement les mœurs religieuses de la société française.

Un remède a été imaginé en droit du travail : la « clause laïque ». Se situant paradoxalement sur le même terrain contractuel que la « clause religieuse », la « clause laïque » permettrait de prévoir, dans les termes contractuels, une renonciation de la part du salarié à se prévaloir des prescriptions de sa religion, mais également à manifester ses convictions. La « clause laïque » irait donc plus loin que la laïcité dispositive, qui ne permet que de poser un principe de préférence pour le droit commun. L'appréciation de ce remède est mitigée. Si, à court terme, la « clause laïque » peut jouer le rôle de béquille du droit commun, sa banalisation pourrait avoir l'effet pervers de faire perdre au droit commun son statut de règle dispositive. La laïcité dispositive, qui repose entièrement sur une présomption de renonciation des parties à se prévaloir du droit religieux, serait ainsi paradoxalement minée par cet *ersatz*.

C'est donc en partie par le droit du travail que le système de la laïcité dispositive prend l'eau. Il pourrait être jugé aventureux d'en tirer des conséquences pour tout le droit des contrats, *a fortiori* pour tout le droit privé. Pourtant, négliger l'importance des nouveautés du droit du travail, spécialement en ce qui concerne la laïcité, serait faire preuve d'une légèreté blâmable. Dans les rapports contemporains entre droit et religion, le droit du travail est porteur de la sève nouvelle, « car étant situé au point de contact du droit des obligations et du droit des personnes, le droit du travail ne peut contribuer à une intelligibilité de l'ordre juridique dans son ensemble qu'à la condition d'être ramené toujours à ces mouvements de fond, auxquels il est plus que tout autre exposé. »¹⁰⁶⁸. Or, le mouvement de fond qu'on entend sourdre depuis le droit du travail n'est pas tant le désaveu de la prééminence du droit étatique contre les droits religieux, que l'incrédulité envers sa capacité à s'imposer.

¹⁰⁶⁸ A. SUPIOT, « La religion au travail », in *Mélanges Jean Hauser*, Paris, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 1031.

Conclusion du chapitre 2

294. Un rôle limité à la dissuasion des parties. Toute de douceur et de subtilité, la laïcité dispositive agit en dissuadant les parties de soumettre leurs relations privées au droit religieux. Elle pose la présomption que les parties à la relation de droit privé auraient renoncé à se prévaloir de leurs prescriptions religieuses. Comme, dans une écrasante majorité d'hypothèses, les parties n'auront pas prévu d'obligation religieuse à leur rapport de droit, le droit commun s'applique en qualité de règle dispositive. Ce faisant, le système sert un objectif politique : assurer au droit commun une emprise maximale, et ce, afin de favoriser la sécularisation des mœurs, dans leurs rapports au droit. Aucune coercition dans une telle politique : la laïcité dispositive n'a que la vocation d'accompagner le droit commun, en lui permettant d'être préféré aux droits religieux qui viendraient le concurrencer.

Cette tâche, assurément modeste, les mécanismes actuels de la norme de relevance française l'exécutent admirablement.

295. Les failles du système. Pourtant, l'actuel système est fissuré. La concurrence de l'obligation d'accommodement raisonnable risque de faire préférer cette autre norme de relevance, jugée plus conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, à celle du contrat. Par ailleurs, certains s'exaspèrent du nombre croissant de demandes de conformisme religieux, et voudraient accabler la laïcité d'une tâche qu'elle est incapable d'effectuer : expurger la société de toute influence religieuse.

Aussi, la laïcité est-elle accusée d'avoir échoué. Le creuset français n'aurait pas fonctionné, avec l'immigration d'origine musulmane. Le vieil outil républicain de la III^{ème} République serait périmé. Désormais, et puisque « le constat qui s'impose est [...] celui d'une fragmentation progressive »¹⁰⁶⁹, il faudrait prendre acte de ce que « nos concitoyens musulmans sont trop nombreux, l'islam a trop d'autorité et la République, ou la France, trop peu d'autorité pour qu'il en soit autrement. »¹⁰⁷⁰. De là, certains vont jusqu'à dire qu'il faudrait refondre notre contrat social, et « construire communauté et amitié sur d'autres bases que celles de la République laïque. »¹⁰⁷¹. La laïcité aurait-elle à ce point failli ? Sans aucun doute, si l'objectif était d'effacer les mœurs musulmanes dont la société française semble s'accommoder si mal, il ne pouvait être confié qu'à

¹⁰⁶⁹ J. FOURQUET, *L'archipel français. Naissance d'une nation multiple et divisée*, Paris, Seuil, 2019, p. 370.

¹⁰⁷⁰ P. MANENT, *Situation de la France*, Paris, Desclée de Brouwer, 2015, p. 69.

¹⁰⁷¹ P. MANENT, *op. cit.*, p. 58.

une laïcité agissant directement sur la société. Cet objectif paraissait démesuré pour la simple laïcité
dispositive du droit privé.

Conclusion du titre 2

296. L'uniformisation et la dissuasion. Tout le système de la laïcité dispositive repose sur le caractère exclusif de la norme de relevance du contrat. Le contrat est l'unique moyen par lequel les convictions religieuses sont « prises en considération » en droit, ce qui signifie qu'elles ne peuvent avoir d'influence sur la solution retenue par le juge que s'il en a été préalablement convenu. Le choix de cette unique norme de relevance a des conséquences dans les deux hypothèses, celle où les parties se sont valablement servies de la norme de relevance qui leur était offerte, et celle où les parties ne s'en sont pas servi.

Les parties ont-elles pensé à stipuler la « clause religieuse » ? L'utilisation du contrat permet si bien de couper la norme religieuse de son ordre juridique d'origine, que son introduction dans l'ordre étatique n'entraîne aucune perturbation. C'est la fonction uniformisante de la norme de relevance contractuelle.

Les parties n'ont-elles pas pensé à stipuler la « clause religieuse » ? Cet oubli est normal, il est même incité par le système : la possibilité offerte aux parties est si limitée, si étroite, qu'elle en est dissuasive. Le droit commun étatique se referme sur lui-même, dissuadant les parties d'incorporer des éléments de droit religieux dans leur relation. Le droit commun s'applique de façon uniforme, sans élément hétéronome. C'est la fonction dissuasive de la norme de relevance contractuelle.

297. La combinaison des fonctions. Les deux hypothèses indiquent que l'ordre juridique étatique, qui doit faire une place aux convictions religieuses, y compris lorsqu'il s'agit de leur faire produire des effets de droit en lieu et place de la normativité étatique, a une nette préférence pour l'application de son propre droit, le droit commun laïc.

Pourtant, si le système de la laïcité dispositive semble favoriser les cas de dissuasion, il faut remarquer que le droit commun ne subit aucune perturbation lorsqu'il intègre des normes religieuses. Une des vertus du contrat est d'isoler la norme religieuse, de la sortir de son contexte, et de lui faire jouer le rôle d'un relais normatif. L'ordre étatique abandonne à l'ordre religieux la régulation de certains points, dans les strictes limites de l'esprit de cette lacune volontaire du droit étatique. Le contrat, *stricto et lato sensu*, qui a pour vocation d'encadrer cette lacune, ne laisse à la volonté des parties qu'une autonomie très surveillée. De cette manière, le droit commun ne perd rien de sa force, même quand il accueille certaines normes religieuses.

Les hypothèses d'application et d'éviction du droit religieux, loin d'être l'antithèse l'une de l'autre, forment un tout : dans les deux cas, le droit commun exerce une force d'attraction qui en fait le seul droit légitime. Jamais la primauté du droit commun n'est remise en question. Telle est la force du système français de relevance religieuse ; telle est l'utilité de la laïcité dispositive.

Conclusion de la partie 1

298. La norme de relevance contractuelle et son but. L'ordre juridique français a fait un choix original en décidant de se doter d'une norme de relevance unique, le contrat. À la différence de la plupart des pays du monde, en France, les règles religieuses n'accèdent à la vie que si elles ont préalablement fait l'objet d'une prévision contractuelle. L'observation vaut tant en droit des contrats *stricto sensu* qu'en droit de la famille, lorsque les parties, jouissant d'une certaine autonomie, sont autorisées à aménager leurs relations par l'usage d'un contrat *lato sensu*. Sont ainsi visés les pactes familiaux, les conventions d'aménagement de l'autorité parentale, les conventions de divorce, etc. En choisissant la norme de relevance contractuelle, générale et exclusive, l'ordre étatique français a trouvé un équilibre.

Permettant aux parties d'incorporer certaines règles religieuses à leur rapport de droit, la norme de relevance contractuelle sert un but : maximiser l'emprise du droit étatique. Ce but, la norme de relevance contractuelle y parvient de deux manières. Si les parties ont intégré certaines prescriptions religieuses à leur relation par la voie contractuelle, l'ordre étatique se les incorpore et les résorbe, pour ainsi dire, dans son droit commun. C'est la fonction uniformisante de la norme de relevance contractuelle. Si, à l'inverse, les parties n'ont pas prévu d'intégrer de règles religieuses à leur rapport de droit privé, ces règles seront maintenues à distance. C'est sa fonction dissuasive. Dès lors, qu'il soit appelé à accueillir ou à évincer le droit religieux, qu'il uniformise la règle religieuse ou qu'il dissuade les parties de s'en prévaloir, le droit commun promeut un modèle de normalité, en vertu duquel il parvient toujours à présenter la normativité étatique comme l'unique source de droit légitime. En promouvant indirectement ce modèle de normalité, la norme de relevance contractuelle joue ainsi le rôle d'une règle dite « dispositive ».

299. Mieux connaître la « clause religieuse ». La manière dont la normativité religieuse entre dans le droit privé français est donc une voie médiane par rapport aux deux pôles qu'avait décrits un auteur, entre, d'une part, « l'acceptation bienveillante d'un fait, le fait religieux, dans un esprit de séparation cordiale peu à peu installé en dépit de l'article 2 de la loi de séparation des Églises et de l'État » et d'autre part, « la reconnaissance de véritables coutumes qui auraient survécu au régime concordataire, droit des Églises reçu par le droit civil et non simple fait religieux toléré par la patience du Prince. »¹⁰⁷². Cette voie médiane, permise par la laïcité dispositive, invite à un constat optimiste : l'ordre étatique peut accueillir des normes religieuses sans subir de

¹⁰⁷² Ph. REMY, « Obligations et contrats spéciaux », *RTD civ.* 1986. 570.

perturbation. Rien ne s'oppose donc à ce qu'il soit fait de la « clause religieuse » un usage plus répandu. Mieux : le droit français gagnerait à ce que ce système, encore très inexploré, soit connu. Car si l'accueil du droit religieux n'a lieu que par le truchement du contrat, cette affirmation, toutefois, pourrait se heurter à des contempteurs.

En droit des contrats *stricto sensu*, le système paraît plutôt solide ; mais dans la matière qui se prête aux « contrats *lato sensu* », en droit de la famille, le système manque encore de fermeté. C'est dans ce domaine que la « clause religieuse » devra se faire connaître. Elle seule peut éviter la perturbation qui pourrait résulter de l'intégration du droit religieux dans le droit étatique ; elle seule permet d'uniformiser les points de droit religieux en les incorporant dans le droit commun tout en restituant à celui-ci sa vertu fédératrice. Toutefois, il convient de mettre en garde contre l'édification d'une espèce de « contrat spécial religieux » : le génie du droit français tient précisément à l'absence de ce genre de contrat spécial. La « clause religieuse » doit toujours se fondre dans la relation de droit privé dans laquelle elle est appelée ; elle doit se conformer à son esprit, se plier aux exigences de forme propres à la matière et ne recevra que les sanctions prévues par le droit étatique. En un mot, elle doit passer inaperçue. Ce n'est qu'en soumettant la « clause religieuse » à un contrôle propre au point de droit considéré que l'application du droit religieux n'acquerra jamais de caractère automatique. L'automaticité doit être évitée à tout prix : c'est elle qui introduit le pouvoir normatif des communautés religieuses dans l'ordre juridique étatique¹⁰⁷³.

300. La tentation des accommodements raisonnables. Obéissant, par sa discrétion, au précepte de Maleville selon lequel « le meilleur gouvernement est celui qui, sachant arriver à son but par les causes secondes, paraît gouverner le moins »¹⁰⁷⁴, le système de relevance « à la française » paraît idéal. En réalité, il est menacé par un grave danger. Son défaut presque total de notoriété engendre un certain nombre de faiblesses, qui peuvent se résumer par le risque de l'introduction en droit français de l'obligation d'accommodements raisonnables. Disons-le tout net : l'introduction des accommodements raisonnables, tels qu'ils existent au Canada et aux États-Unis

¹⁰⁷³ Le droit français empêche toute assimilation de la liberté religieuse à une liberté exercée par une collectivité : car le résultat est moins l'exercice d'une liberté que celui d'un pouvoir normatif. Le danger a été exprimé de nombreuses fois par nos plus grands spécialistes des droits de l'homme : G. HAARSCHER, « Les droits collectifs contre les droits de l'homme », *RTDH* 1990. 231 ; J. RIVERO, « Rapport introductif », in *Les droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels* (dir. G. COHEN-JONATHAN), Paris, LGDJ, 1980, p. 17. Ce dernier avait lancé un avertissement : « les droits des collectivités sont, pour les droits de l'homme, la plus grave des menaces, car leur reconnaissance risque de donner le sceau de la justice à la domination du plus fort sur le plus faible. »

¹⁰⁷⁴ MALEVILLE, in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires au Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, vol. XII, p. 309.

d'Amérique, serait la ruine du système de la laïcité dispositive¹⁰⁷⁵. Celui-ci repose entièrement sur la norme de relevance contractuelle. Or, l'adoption des accommodements raisonnables implique d'abandonner la norme de relevance contractuelle pour lui substituer une norme de relevance conflictuelle¹⁰⁷⁶. Avec cette substitution, toutes les fonctions attachées au contrat disparaîtraient : le droit religieux ne serait plus uniformisé dans le droit commun en s'y résorbant ; les parties ne seraient plus dissuadées d'y introduire des points de droit religieux. De la sorte, le droit commun perdrait définitivement sa vertu fédératrice ; le juge ne pourrait plus présumer l'adhésion de chacun à un droit commun laïc. Avec l'adoption de l'obligation d'accommodements raisonnables, le rapport de légitimité entre le droit étatique et le droit religieux serait modifié, et au lieu du rapport vertical induit par la norme de relevance contractuelle, droit étatique et droit religieux seraient dans le rapport horizontal de deux sources normatives de légitimité égale que coordonnerait la norme de relevance conflictuelle.

301. Le relais de la laïcité impérative. Ainsi décrite, l'introduction de l'obligation d'accommodement raisonnable produirait une révolution copernicienne. Pourtant, il est peu vraisemblable qu'elle s'accompagne d'un changement de la mentalité française : la « culture laïque »¹⁰⁷⁷ décrite par le doyen Carbonnier a encore de beaux jours devant elle, et ne sera pas de sitôt remplacée par la mentalité multiculturelle nord-américaine. Si bien qu'avec l'introduction de l'obligation d'accommodement raisonnable, un tout autre effet qu'une envolée de la tolérance est à craindre. Le risque sera de chercher un relais à la laïcité dispositive mise en échec, et de le trouver dans la laïcité impérative. Or, tenter de compenser la concession faite, d'un côté, par l'introduction de l'obligation d'accommodement raisonnable, en multipliant, de l'autre, côté, les mesures de laïcité impérative, engendre des problèmes, qui, nous le verrons, sont autrement plus préoccupants que ceux d'une laïcité dispositive méconnue.

¹⁰⁷⁵ Comp. A. SUPIOT, « Commentaire de l'Avis sur la laïcité de la Commission nationale consultative des droits de l'homme », in *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme* (dir Ch. Lazerges), Paris, Dalloz, 2016, p. 292.

¹⁰⁷⁶ Cf. *supra*, n° 20.

¹⁰⁷⁷ J. CARBONNIER, « La culture française : une culture catholique laïcisée ? » (1983), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1426.

Partie 2 :

La laïcité impérative

302. Limites au libéralisme. À l'opposé de la laïcité dispositrice, la laïcité impérative représente l'ensemble des mesures par lesquelles le droit étatique affirme autoritairement sa prééminence sur le droit religieux. Il n'est plus question d'y déroger : le jeu des normes de relevance y est exclu. Si la relation est de droit interne, les parties ne peuvent utiliser le contrat, *stricto* comme *lato sensu*, pour rendre les prescriptions religieuses obligatoires ; si la relation est de droit international, vainement les parties chercheront-elles à faire appliquer la règle de conflit de loi désignant un droit confessionnel. L'application du droit religieux est interdite, parce que telle est la volonté du souverain, qui juge nécessaire de limiter l'influence des normes religieuses en droit privé. Les mesures de laïcité impérative apparaissent dès lors comme des exceptions au libéralisme de la laïcité dispositrice, venant compléter le système de gestion des points de contact entre droit étatique et droit religieux, en le renforçant par d'indispensables limites.

303. Élargissement du nombre des mesures de laïcité impérative. Ces limites devraient être exceptionnelles. Pourtant, le législateur est parfois tenté d'édicter des mesures de laïcité impérative que de nombreux experts jugent non indispensables. On lui fait parfois le procès d'agir en méconnaissance totale de la définition, de l'esprit ou de la tradition de la laïcité. Par exemple, à la suite de la longue affaire *Baby Loup*¹⁰⁷⁸, le législateur eut un mouvement pour interdire aux salariés d'arborer des signes religieux sur leurs lieux de travail¹⁰⁷⁹. Rectifiant ce premier élan, il a tâché de limiter l'interdiction à ce qui lui paraissait essentiel : seules les personnes en contact avec les enfants devaient s'interdire de manifester leur appartenance religieuse. La proposition ne fut pas longtemps à l'ordre du jour, certainement en raison de la levée de boucliers qu'elle a suscitée au Parlement.

304. Inexistence de critères officiels de la laïcité impérative du droit privé. Il est pourtant permis de s'interroger. Sur quoi se fondent les experts pour juger que l'obligation de neutralité religieuse ne peut être étendue aux particuliers, dans leurs rapports de droit privé ? Pour l'essentiel, la doctrine n'ayant pas encore eu l'occasion de systématiser l'existence de la laïcité en

¹⁰⁷⁸ Sur cette affaire, v. *supra*, n° 285 et s.

¹⁰⁷⁹ Cf. *infra*, n° 457 et s. V. également S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Paris, LGDJ, coll. « Exégèses », 2014, spéc. p. 41.

droit privé, c'est à l'aune de « critères publicistes » qu'elle juge que ces nouvelles mesures sont illégitimes. Plus précisément, le raisonnement qui est généralement suivi peut être schématisé de la façon suivante. Posant, en premier lieu, une définition de la laïcité que personne ne conteste — la séparation des Églises et de l'État —, plusieurs conséquences en sont déduites, dont : la liberté religieuse individuelle d'une part, la neutralité religieuse du service public d'autre part¹⁰⁸⁰. Ces conséquences sont souvent opposées : le droit privé serait le domaine de la liberté ; le droit public celui de la restriction. Or, la restriction à laquelle il est question de soumettre le salarié de droit privé s'apparente fort à l'obligation de neutralité religieuse exigée des agents du service public. Les commentateurs concluent à une confusion dans les effets attachés au principe de laïcité, confusion qui se manifeste par une extension injustifiée des atteintes à la liberté individuelle, qui devraient être restreintes au droit public¹⁰⁸¹.

En réalité, cette construction s'effondre si l'on conteste que les deux effets de la laïcité — liberté en droit privé, restriction en droit public — soient séparés par une cloison étanche. En droit public, la restriction n'est pas absolue ; à l'inverse, en droit privé, la liberté n'est pas sans limite¹⁰⁸². En outre, l'existence de restrictions en droit privé ne préjuge pas forcément de leur parenté avec les restrictions du droit public. Ne pouvant être déduits du droit public, les critères permettant d'apprécier la légitimité des mesures de laïcité impérative du droit privé semblent donc faire défaut.

305. Un catalogue raisonné. Comment procéder pour apprécier la légitimité des mesures de laïcité impérative du droit privé ? Il peut être de bonne méthode de commencer par dresser une sorte de « catalogue raisonné » de l'ensemble des mesures de laïcité impérative. Contrairement à la laïcité dispositives, ces mesures se présentent moins sous la forme d'un système que d'une collection de dispositions dans lesquelles le législateur ou le juge considère que l'influence religieuse doit être expulsée du droit privé. Bien que la collection puisse paraître disparate, les articles qui la composent sont issus d'une certaine tradition de laïcité impérative, dont l'origine n'est pas récente. En remontant aux origines de cette tradition il pourrait être possible d'en faire ressortir les traits essentiels. Ces traits auront peut-être une précision suffisante pour définir un cadre à partir

¹⁰⁸⁰ Sur cette définition classique de la laïcité, cf. *supra*, n° 3.

¹⁰⁸¹ Tel est, à quelques nuances près, le raisonnement au terme duquel les auteurs suivant ont condamné la « nouvelle laïcité ». Ce raisonnement, devenu classique, est reconstitué en de nombreux ouvrages, dont nous ne citerons que celui de S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Paris, LGDJ, coll. « Exégèses », 2014, spéc. p. 30 et s.

¹⁰⁸² Surtout si l'une des conséquences de la liberté religieuse est de permettre aux individus de se soumettre à la normativité religieuse, conséquence qui est aujourd'hui admise par la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de l'effet horizontal des droits fondamentaux. Sur cet aspect de la liberté religieuse, cf. *supra*, n° 6, 63.

duquel les nouvelles mesures de laïcité impérative pourront être situées, en déterminant si elles s'inscrivent dans la fidélité à la tradition ou si, au contraire, elles rompent avec elle.

La recherche sera orientée par la question suivante : pourquoi l'État a-t-il jugé nécessaire d'expulser l'influence religieuse de son droit ? Le fil de l'histoire sera le fil de l'explication, et nous remonterons au temps où l'État a vu, pour la première fois, l'importance de produire son propre droit privé. Au risque d'accréditer la thèse selon laquelle « la France moderne veut dater de la Révolution française »¹⁰⁸³, nous fixerons le point de départ à la genèse du Code civil, premier monument du genre dans lequel le législateur avait, suivant l'illustre formule du doyen Carbonnier, « laïcisé par le silence »¹⁰⁸⁴. Au terme de ce « bilan des silences »¹⁰⁸⁵, il est possible de « recenser les institutions [...] qui peuvent traduire une volonté de laïciser le droit civil. »¹⁰⁸⁶. De ces institutions émerge un domaine devenu traditionnel de la laïcité impérative, dont les contours se sont dessinés en même temps que cette « laïcité historique » à laquelle se rapportent certains spécialistes pour critiquer la « nouvelle laïcité »¹⁰⁸⁷. Du domaine traditionnel (**titre 1**) aux domaines nouveaux (**titre 2**) de la laïcité impérative, la progression sera donc chronologique.

¹⁰⁸³ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil*, Paris, LGDJ, 1936, p. 69.

¹⁰⁸⁴ J. CARBONNIER, « La sécularisation du droit civil par le Code civil des Français », in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1384.

¹⁰⁸⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1385-1386.

¹⁰⁸⁶ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1384.

¹⁰⁸⁷ Cette opposition est présentée comme une infidélité par l'historien J. BAUBEROT, *La laïcité falsifiée*, Paris, La Découverte, 2014, 2^{ème} éd., p. 41. D'après cet auteur, le terme « nouvelle laïcité » serait une invention de François Baroin, qui aurait rédigé, en mai 2003, « vingt mois après le 11 septembre, à la demande du Premier ministre de l'époque, Jean-Pierre Raffarin, un rapport significativement intitulé "Pour une nouvelle laïcité" ».

Titre 1 : Le domaine traditionnel de la laïcité impérative

306. Utilisation du droit privé à des fins politiques. Les premiers signes de la laïcité impérative se sont fait voir à l'époque des Lumières. Au XVIII^{ème} siècle, l'indépendance politique de l'État à l'égard de l'Église était complète. Pourtant, les conséquences de cette indépendance n'avaient pas encore été traduites dans le droit privé. Dans le concert des nations, le royaume de France était une puissance souveraine incontestée, mais sur la vie des Français, c'était, formellement du moins, l'Église catholique qui régnait. Les trois saisons de la vie, la naissance, le mariage et la mort, étaient affaires d'ecclésiastiques. La répartition des compétences que les deux ordres s'étaient attribuées au fil des siècles aurait pu se perpétuer : au roi la puissance extérieure, à l'Église le pouvoir sur la vie des sujets — mais c'eût été compter sans la volonté de l'État de parfaire sa souveraineté.

Le schisme dans l'Église catholique, provoqué par la Réforme protestante, fut l'occasion décisive. Désireux de désamorcer les factions religieuses qui menaçaient gravement l'unité du royaume, le souverain vit dans l'état des personnes un puissant instrument pour achever l'hégémonie étatique. Tourné à son avantage, la laïcité de l'état des personnes devait donc permettre d'intégrer les huguenots dans la nation : leur contre-société, se développant à l'ombre du droit, alimentait les craintes de voir se constituer un « État dans l'État »¹⁰⁸⁸. Acquis lors de la période révolutionnaire, la laïcité de l'état des personnes sera constamment confirmée par le législateur et le juge des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, qui trancheront toujours les conflits entre la loi religieuse et la loi étatique en faveur de la seconde.

Ainsi apparaît le cadre dans lequel s'inscrit la laïcité impérative traditionnelle : sa raison d'être est d'empêcher la constitution d'une contre-société ou d'un « État dans l'État » (**chapitre 1**) ; son domaine d'intervention, l'état des personnes, suppose toujours l'existence d'un conflit internormatif, résolu en faveur du droit étatique (**chapitre 2**).

¹⁰⁸⁸ L'expression a déjà été rencontrée au sujet du domaine d'incompétence étatique qui se constituait, après 1905, autour des ecclésiastiques : cf. *supra*, n° 175, v. P. BUREAU, note sous CA Montpellier, 25 juill. 1911, *D.* 1914. 2. 33.

Chapitre 1 : Une solution au problème d'un « État dans l'État »

307. La lente constitution d'une contre-société. Avant que l'État moderne ne se saisisse du monopole de l'état civil, le recensement populaire était au Moyen-Âge l'œuvre des curés de paroisses¹⁰⁸⁹. Pendant la Renaissance et le grand siècle, la tenue des registres paroissiaux faisait l'objet d'une véritable collaboration entre l'État royal et l'Église. En 1539, François I^{er} avait prescrit aux curés, par l'ordonnance de Villers-Cotterêts, de tenir les registres des naissances et des sépultures. Le mariage fut ajouté aux mentions obligatoires de ces registres paroissiaux avec l'ordonnance royale de Blois, en 1579¹⁰⁹⁰, qui recevait les canons du Concile de Trente. La nature duale du mariage, à la fois contrat et sacrement, se prêtait à un dédoublement des compétences¹⁰⁹¹, mais les deux pouvoirs pouvaient cependant collaborer, et c'est ce qu'ils firent, sans véritables conflits, sur la tenue des registres paroissiaux, sur la législation du mariage, jusqu'à ce qu'un élément perturbateur vienne rompre cette collaboration globalement harmonieuse.

¹⁰⁸⁹ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2010, 2^{ème} éd., p. 35 : La première trace d'une injonction faite par un évêque à tout son diocèse de tenir ces registres date de 1406 : l'évêque de Nantes, Henri le Barbu, exigeait la mention des baptêmes, afin « de connaître les empêchements à mariage pour parenté physique ou spirituelle ». L'évêque de Nantes fut suivi par les évêques voisins, de Saint-Brieuc (en 1421), de Dole (en 1446) d'Angers (en 1507). Pour une chronique légère de l'histoire de l'état civil, v. E. MILLARD, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », in *Mélanges en l'honneur du Doyen F.-P. Blanc*, Toulouse, Presses Universitaires de Perpignan et Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 721 et s. Et pour son histoire plus détaillée à partir de la Révolution, v. G. NOIRIEL, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses*, 13, 1993, p. 3 et s.

¹⁰⁹⁰ Ces pièces des registres paroissiaux devaient, en fin d'année, être déposées aux greffes des juridictions royales ; aucune preuve de mariage ne devait plus être reçue par témoins. Ces dispositions ont ensuite été répétées plusieurs fois : dans l'ordonnance de 1629, dite « Code Michau », dans la déclaration de 1639 sur les mariages, et complétée par l'ordonnance civile de 1667 et la déclaration de 1736. L'œuvre de collaboration entre État royal et Églises locales se manifeste encore par le fait que les registres paroissiaux « devaient être cotés et paraphés par le juge royal » pour faire pleine foi et preuve en justice : v. J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁹¹ Aux dires de certains auteurs, la nature duale ou mixte du mariage allait devenir un instrument puissant entre les mains des légistes, par laquelle allait advenir la laïcisation de l'état des personnes : en ce sens, v. J. BASDEVANT, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage. Du Concile de Trente au Code civil*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900, p. 18 : « cette distinction du contrat et du sacrement dans le mariage devait être féconde : elle servira de base aux doctrines qui, dans la suite, défendront les droits du prince séculier. Instrument puissant entre les mains des légistes, cette distinction n'a pas été créée par eux. Elle était connue dès avant le Concile de Trente : or, à cette époque, les légistes [...] ne contestaient point à l'Église son pouvoir exclusif en matière de mariage. » Avant le Concile de Trente, qui a fixé la doctrine de l'Église en matière de mariage, la nature mixte de celui-ci avait été admise, de longue date, par les ecclésiastiques eux-mêmes. Le Concile de Trente fut long à être reçu par l'Église gallicane, par l'ordonnance de 1579, non parce qu'il était considéré que la matière du mariage était de la compétence de l'État, mais parce que l'autorité reconnue de l'Église n'était pas le pape, mais la réunion de tous les évêques en concile ou en synode. Pourtant, de cette nature mixte naquit la compétence concurrente de l'État, qui devait avoir compétence exclusive quant aux effets civils du mariage, et de l'Église, compétente quant à la formation du lien matrimonial. Pour J. BASDEVANT, *op. cit.*, p. 28 : « La doctrine du pouvoir de l'Église était dominante dans la seconde moitié du XVI^{ème} siècle. Mais, dira-t-on, si les légistes ne contestaient pas ce pouvoir en théorie, le roi de France ne l'a-t-il pas nié en faisant l'ordonnance de 1579 ? Que cet acte royal ait été le point de départ de tout un développement historique qui allait se manifester par l'accroissement continue des pouvoirs de l'État en matière de mariage, c'est ce qui est incontestable. Mais qu'à l'époque où il a été fait, il ait été, dans l'esprit de ses auteurs, la négation du pouvoir législatif de l'Église sur le mariage et l'affirmation de celui de l'État, c'est beaucoup plus douteux. »

L'étincelle se produisit lors de l'introduction du pluralisme religieux en France. La rupture de l'uniformité religieuse, au début du XVI^{ème} siècle, a eu une conséquence immédiate en droit privé : les réformés ne reconnaissaient pas la doctrine de l'Église en droit matrimonial. Sans rejeter la compétence du droit ecclésiastique — les esprits n'étaient pas encore préparés à ce degré de rupture — ils refusaient la nature sacramentelle du mariage et son indissolubilité. Ce rejet aurait pu aboutir à la réformation de l'Église ou bien à des accommodements locaux ; mais la conséquence, bien connue, fut celle d'un schisme. Le schisme dans l'Église, dont une des causes se trouvait dans le droit matrimonial, devait avoir ses prolongements dans la société civile : les protestants, reniés par les prêtres catholiques, n'étaient plus baptisés, mariés ou enterrés selon le rite catholique. Les sujets de la « RPR », la Religion prétendue réformée, constituèrent peu à peu une société à part.

308. Nouvelle prérogative de l'État. Profitant du schisme de l'Église, l'État, dont la puissance se théorise¹⁰⁹², fit de l'état des personnes une nouvelle prérogative de sa puissance¹⁰⁹³. Appliqué à tous les Français, l'état des personnes devait permettre de réintégrer la contre-société des huguenots dans le corps civique. En réalité, si l'innovation a bien pris, c'est parce que l'idée d'un statut personnel laïc, mise en vogue par les philosophes des Lumières, trouvait dans la France une politique, presque une tradition d'uniformité que l'absolutisme du pouvoir royal avait réussi à imposer. Comme nous le verrons, l'adoption de la laïcité de l'état des personnes doit beaucoup à l'absolutisme du pouvoir royal, auquel a succédé l'absolutisme de la nation laïque. Ainsi, il n'est pas exagéré de dire que le domaine traditionnel de la laïcité impérative du droit privé, qui n'a été véritablement délimité que par les législateurs révolutionnaires et consulaires (**section 2**), plonge ses racines dans la politique unificatrice de la monarchie absolue, dont le dernier des représentants, Louis XVI, a créé la laïcité de l'état des personnes (**section 1**).

Section 1 : La création de la laïcité de l'état des personnes

309. Genèse de la laïcité de l'état des personnes. La Réforme eut de dramatiques conséquences sur l'état des personnes. En France, il n'était destiné qu'aux seuls catholiques, ce qui excluait *de jure* les sujets de la RPR de la société civile ; en pays germanique, il fallut créer un état des personnes qui correspondît à la religion de chaque prince, ce qui entérinait l'éclatement

¹⁰⁹² C'est du moins à cette époque que les soubassements théoriques de l'État-puissance publique ont été posés, avec les *Six Livres de la République* de Jean Bodin (1576). V. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, par ex., p. 24, et p. 42-43.

¹⁰⁹³ Comp. O. BEAUD, *op. cit.*, p. 68 : « il faut donc admettre que la souveraineté de l'État a été pensée comme un moyen de surmonter la division religieuse en permettant à l'État d'imposer à tous ses sujets la tolérance religieuse. Ceci impliquait la rupture de la dépendance institutionnelle entre l'Église et l'État. La force de Bodin a été de spécifier cette très vieille revendication d'indépendance par sa dogmatique juridique de la souveraineté. »

juridique de l'Empire (§ 1). Sentant la nécessité d'opter pour une politique d'intégration et de tolérance, les souverains européens ont, à la veille de la Révolution française, introduit la laïcité de l'état des personnes. Leurs réformes, puisant dans la philosophie des Lumières une inspiration commune, ont tenté de s'implanter dans deux traditions politiques désormais fort différentes (§ 2).

§ 1 Les conséquences de la réforme sur l'état des personnes

310. Comparaison avec le droit germanique. La rupture de l'uniformité religieuse a créé, partout en Europe, des foyers irrédentistes. À ces turbulences, les souverains d'Europe ont répondu par des politiques opposées : alors qu'en pays germanique, l'Empereur des romains, défait par les princes protestants, a été contraint de leur laisser l'absolue liberté religieuse, morcelant l'Empire en fonction des appartenances confessionnelles des princes et des sujets (I), en France, au contraire, la monarchie absolue a mené une campagne de conversion des protestants, prétendant les réintégrer dans le corps civique catholique, afin de maintenir, fût-ce fictivement, l'unité juridico-religieuse des sujets (II).

I. Le pluralisme du Saint Empire romain germanique

311. *Jus reformandi*¹⁰⁹⁴. En pays germanique le premier temps après la défaite fut immédiatement consacré à assurer la liberté religieuse des princes protestants. Acceptant par la paix d'Augsbourg de 1555 l'existence de la religion réformée, Charles Quint autorise les princes protestants de son empire à professer leur foi, suivant l'organisation résumée par la maxime *cujus regio ejus religio* : la religion des princes sera aussi celle de leurs sujets, cette uniformité religieuse s'accompagnant d'un *jus emigrandi*, ou un droit d'émigration, permettant aux individus dissidents d'émigrer dans un territoire dont la confession dominante correspond à la leur¹⁰⁹⁵.

La question du droit matrimonial n'étant pas immédiatement réglée par ce nouveau principe d'organisation, il fut question de savoir quel droit appliquer aux familles réformées. Luther, ayant rejeté la nature sacramentelle du mariage ainsi que le principe d'indissolubilité, jugeait que la

¹⁰⁹⁴ V. J. CARBONNIER, « Sociologie et psychologie de l'Édit de Révocation » (1985), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1451, spéc. p. 1471 : « À l'origine (dont la date est obscure), on avait désigné par là le pouvoir que s'arrogeait le prince de réformer la discipline interne de l'Église. Puis, la scission de la chrétienté s'étant consolidée, ce fut le pouvoir de réformer l'Église elle-même à travers sa théologie, littéralement de la faire passer à la Réforme, mais aussi par la bilatéralisation de l'en faire sortir — bref, le droit de choisir entre deux religions celle qui serait la religion de l'État et, par conséquent, jouirait de l'exercice public en exclusivité. »

¹⁰⁹⁵ Sur l'analyse de ce *jus emigrandi* comme manifestation de la liberté religieuse, v. Ch. DUHAMELLE, « Conversion et droit confessionnel dans le Saint Empire romain germanique (XVI^{ème}-XVIII^{ème} siècle) », in *Pouvoir politique et conversion religieuse*, (dir. T. LIENHARD et I. POUTRIN), vol. 1 « Normes et mots », Rome, Publications de l'École française de Rome, 2017.

nature mixte du mariage, empruntant à la fois aux affaires civiles et aux affaires divines, le rendait justiciable d'une réglementation civile¹⁰⁹⁶ : c'est la célèbre doctrine des deux règnes¹⁰⁹⁷. Les princes protestants, pourtant, montrèrent beaucoup d'hésitation à légiférer dans le domaine¹⁰⁹⁸. Un droit matrimonial s'élabora cependant, sans se couper totalement de ses racines canoniques : en attestent un certain nombre d'ordonnances prises au début du XVI^{ème} siècle, dont certaines renvoient expressément au droit canonique¹⁰⁹⁹, tout en traitant de la question des causes de divorce et du remariage des divorcés¹¹⁰⁰. L'inspiration canoniste de ce droit protestant en formation est réelle ; elle a même une importance telle qu'on prête au droit canonique la vertu d'une sorte de droit commun, dont l'application est possible pour autant qu'elle ne soit pas contraire aux Saintes Écritures¹¹⁰¹. Ces emprunts prennent leur sens si l'on se rappelle que Luther ne se voyait pas comme un schismatique, mais comme un frère augustin fidèle au message essentiel des Évangiles, entendant seulement réformer l'Église romaine en profondeur, sans rompre avec elle.

¹⁰⁹⁶ En ce sens, v. notamment H. DIETRICH, *Das protestantische Eherecht in Deutschland bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts*, Munich, Claudius Verlag, coll. "Jus ecclesiasticum", t. 10, 1970, p. 180 : « Die Gesetzgebungsgewalt der Territorialherren ist vom evangelischen Standpunkt aus an sich selbstverständlich. Die Theologen befassen sich mit dem Gesetzgebungsrecht selten allgemein, dann aber in polemischer Wendung gegen den katholischen Standpunkt. Dagegen bietet die von allen anerkannte Möglichkeit, die Verwandtschaftshindernisse kraft menschlichen Rechts über die Verbote des göttlichen Rechts hinaus auszudehnen, den Theologen häufig Anlass, das Gesetzgebungsrecht der weltlichen Obrigkeit zu verteidigen. »

¹⁰⁹⁷ Cette distinction entre les deux règnes était pourtant loin de faire des affaires matrimoniales un question purement séculière ; certains spécialistes jugent erroné d'attribuer à Luther une doctrine de sécularisation : tel est l'avis de H. DIETRICH, *op. cit.*, p. 33 : « Die Ehe gehört jetzt dem Reiche der Welt an, sie ist ein "eusserlich leylich ding wie andere weltliche hantierung" [l'auteur cite LUTHER, *Vom ehelichen Leben*, 1522 WA 10 II, 283, 8] geworden, was Luther nicht müde wird, stets aufs neue zu betonen. Man hat diesen schlechthin grundstürzenden Neuansatz Luthers immer wieder für die namentlich in der Aufklärung einsetzende Verweltlichung des Eherechts verantwortlich machen wollen. Diese These kann aber nur *cum grano salis* richtig sein, denn Luthers Begriff von weltlich ist nicht säkular, weil das Reich der Welt als Reich Gotten zur Linken verstanden wird. Das aber ist es, was Luther durch einen tiefen Graben von der Aufklärung trennt. »

¹⁰⁹⁸ En ce sens, v. H. DIETRICH, *op. cit.*, p. 147 et s. Constatant que le droit évangélique né de la doctrine luthérienne est extrêmement lacunaire, l'auteur voit une cause à ces lacunes dans la timidité qui fut celle des juristes, qui, vraisemblablement, jugeaient que le droit matrimonial incombait plus aux théologiens qu'aux juristes. La même analyse est celle de I. MAGER, « Ich bin dein und du bist meyn, das ist die ehe : Martin Luthers Eheauffassung und ihre ethischen und rechtlichen Nachwirkungen », *INTAMS Review* 12, 2-14 (2006).

¹⁰⁹⁹ Ainsi, par exemple, l'ordonnance de l'Église réformée de Lubeck, en 1531, et de Poméranie, de 1535, œuvres de Johannes Bugenhagen (qui a marié Luther), renvoie au droit canonique ; il en va de même de l'ordonnance de l'Église de la ville de Hanovre de 1536, de celle de Bergedorf de 1544, et de l'ordonnance relative au mariage du Wurtemberg de 1553. Sur la question des renvois au droit canonique, v. H. DIETRICH, *op. cit.*, p. 152 et s.

¹¹⁰⁰ Ainsi en va-t-il de l'ordonnance de l'Église de Poméranie de 1535. Sur cette question, v. H. DIETRICH, *ibid.*

¹¹⁰¹ En ce sens, v. H. DIETRICH, *op. cit.*, p. 153 : « Allerdings zeigt sich gerade am Beispiel Bugenhagens, dass es sich meist nur um eine begrenzte Ablehnung, keinesfalls aber um eine globale Verwerfung des kanonischen Rechts handelt. Später geht denn auch die Formel von der Anwendbarkeit des kanonischen Rechts vorbehaltlich seiner Übereinstimmung mit der heiligen Schrift ausdrücklich in die Gesetzgebung ein, und weil dies die allgemein anerkannte Haltung gegenüber dem kanonischen Recht wird, darf man unterstellen, dass sie auch jenen jüngeren Kirchenordnungen zugrundeliegt, die hierüber keine ausdrückliche Regelung enthalten. »

Rejetant formellement par le Concile de Trente¹¹⁰² les propositions de réforme de Luther, l'Église catholique romaine a entériné le schisme entre la doctrine luthérienne et la doctrine catholique romaine ; le droit qui s'est ensuite développé en pays protestant, œuvre de laïcs et de théologiens, approfondie par la *jurisprudencia consistorialis*¹¹⁰³, devint un authentique droit religieux¹¹⁰⁴, applicable aux fidèles à raison de leur appartenance religieuse¹¹⁰⁵.

À l'opposé du morcellement germanique et de la mosaïque de droits religieux, la France prétendait maintenir de toute force son unité religieuse, fût-elle fictive.

II. La fiction de l'unité religieuse française

312. La disparition prétendue des protestants. L'Édit de Nantes avait été pris en 1598 pour mettre fin aux guerres de religion qui ravageaient le royaume depuis le règne de François I^{er}. Les garanties que les protestants avaient obtenues ont toutefois commencé à être malmenées par

¹¹⁰² Le Concile de Trente, convoqué par le pape Paul III le 22 mai 1542 en réponse aux demandes de Martin Luther, se déroule en trois sessions (1545-1549, 1551-1552 et 1562-1563). Il marque la fin de l'Église médiévale et le début de l'ère classique. En réponse aux remises en question de Luther, le Concile de Trente a pour ainsi dire entériné le schisme, en refusant la réforme, en confirmant les sacrements de l'Église, notamment celui du mariage, en condamnant le mariage des schismatiques, et en établissant à ce sujet un véritable droit matrimonial. Le Concile peut s'analyser comme une sorte d'acte de souveraineté de l'Église, dans lequel elle formule, de manière définitive, les conditions du mariage *in facie Ecclesiae*. En pays protestant, il fut bien entendu rejeté sans nuance. Dans le royaume catholique de France, il ne fut reçu qu'après des critiques, essentiellement par l'ordonnance de Blois de 1579.

¹¹⁰³ C'est un terme employé par H. DIETRICH, *op. cit.*, p. 168 : pour désigner l'œuvre d'interprétation des consistoires, tribunaux évangéliques, composés pour moitié de laïcs et de théologiens. Cette composition mixte des consistoires devait servir spécialement aux causes matrimoniales. Les réformateurs post-luthériens ont ainsi résolu le dilemme de la nature mixte du mariage, que Luther avait approfondie au sujet de la doctrine des deux règnes, en la rendant justiciable de tribunaux composés paritairement. Calvin, de son côté, réunit sur sa tête la double qualité de théologien et de législateur, et édicta en 1545 des ordonnances ecclésiastiques sur le mariage, ce qui fit dire au doyen Carbonnier « qu'il avait instauré à Genève une théocratie et par là, fatalement, une ecclésiocratie » : J. CARBONNIER, « Droit et théologie chez Calvin », in *Écrits*, Paris, PUF, p. 1353, spéc. p. 1357 et 1358. L'auteur, se référant à E. CHOISY, *La Théocratie à Genève au temps de Calvin*, 1897, a une pensée cependant plus nuancée. Il rappelle que Calvin, s'inspirant du droit mosaïque et des types de lois religieuses, distinguait entre les lois morales, reprises par les Évangiles, les lois cérémonielles qui « n'avaient qu'une valeur transitoire, relatives dans le temps », et les lois judiciaires, « ayant une valeur relative dans l'espace, [...], adaptées à l'utilité du peuple juif [...] pas nécessairement à celle des autres peuples ». L'ecclésiocratie mise en place par Calvin ne reniait donc pas l'existence d'une puissance temporelle ; seulement, à cette époque, il n'était guère pensable de faire du droit matrimonial un droit purement laïc.

¹¹⁰⁴ J. BASDEVANT, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage. Du Concile de Trente au Code civil*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900, p. 23 : « En Allemagne, les consistoires prirent, à cet égard, la place des officialités. Ainsi se forma un droit matrimonial évangélique à côté du droit matrimonial catholique, tous les deux ayant un caractère religieux. »

¹¹⁰⁵ Que les théologiens et les juristes de pays protestants aient entendu légiférer pour tous les chrétiens, y compris catholiques, dans le ressort de leurs juridictions, n'a pas été sans poser certains conflits de lois, du point de vue catholique. Qu'on en juge seulement à propos des empêchements à mariage pour disparité de culte : alors que, du point de vue du droit réformé, les mariages mixtes étaient autorisés, la réciproque n'était pas vraie. Sur la question des *impedimenta disparitatis religionis*, H. DIETRICH, *op. cit.*, p. 230. Les mêmes observations pourraient être faites pour la capacité de divorcer : le luthérien pouvait divorcer, pour un nombre restreint de causes, (sur la question de l'évolution du droit de divorcer, v. H. DIETRICH, *ibid.*, p. 234 et s.) alors que le catholique, soumis au principe d'indissolubilité du mariage, ne le pouvait pas. Aussi bien, d'autres solutions furent trouvées. Dans l'ensemble, il est possible de schématiser par un système de personnalité des lois, suivant l'appartenance religieuse, les fidèles de chaque communauté se regroupant par territoires suivant le vieux principe *cujus regio ejus religio*.

une politique anti-protestante, que le doyen Carbonnier situe à partir de 1660¹¹⁰⁶, et qui s'est tristement illustrée par les dragonnades¹¹⁰⁷. Parallèlement à cette forme « *manu militari* de révocation »¹¹⁰⁸ existait tout un édifice de lois, qui a trouvé son point d'orgue dans l'Édit de Révocation, celui qui, signé à Fontainebleau, révoquait l'Édit de Nantes en 1685¹¹⁰⁹. Ce qui intéresse notre propos est moins le déroulement de la politique anti-huguenots, que le résultat recherché, et auquel Louis XIV a cru, ou a fait semblant de croire, pour justifier la révocation de l'Édit de tolérance. Pour lui, la politique suivie depuis 1598 avait été couronnée de succès : on lui prête d'avoir dit, en 1685, « il n'y a plus de protestants »¹¹¹⁰.

Bien que caricatural, le propos est révélateur de la politique qui avait été suivie depuis l'Édit de Nantes, dont les dispositions trouvaient leur *ratio legis* dans leur caractère « provisionnel », ou provisoire : « il s'agissait de se donner un temps de paix et de tranquillité pour travailler à la réunion. »¹¹¹¹. Louis XIV justifiait ainsi la continuité de la politique, qui « a eu constamment pour

¹¹⁰⁶ J. CARBONNIER, « La Révocation permanente » (1985), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1447 : « Vers 1660, cependant, une politique nouvelle se dessine, de pression, compression, oppression, qui ira s'amplifiant et s'accéléralant. Une gravure triomphaliste en popularisera plus tard le symbole : un édifice juridique, un château de lois. Si l'Édit de Révocation en est la couronne, on voit agglomérer au-dessus la foule des textes restrictifs, les édits, les déclarations royales, les arrêts du Conseil. Comme autant de moellons distincts, mais dont l'ensemble révèle une intention d'architecte. Quel architecte ? Au travers de la construction court un bandeau, 'Assemblées générales du clergé de France'. Le fait est que, périodiquement, elles avaient demandé avec insistance des mesures contre l'hérésie, et que, le plus souvent, elles les avaient obtenues. Nul doute que l'Église avait la parole ; mais pour agir, il fallait du droit, et c'était l'État qui en faisait. Aussi, par la suite, quand les historiens iront à la recherche du coupable, ils oscilleront entre les deux puissances au gré de leurs préférences partisans, au gré de l'idéologie dominante surtout. Louis XIV est bien seul depuis que l'anticléricalisme a cédé la place à l'apaisement. »

¹¹⁰⁷ Le procédé des dragonnades consistait à se servir du droit dont jouissaient les dragons de réquisitionner les logements, qu'ils dirigeaient spécialement contre protestants. En occupant leurs logis, en exigeant que les réformés satisfassent à toutes leurs exigences, ils maintenaient une pression qui n'était relâchée que lorsque lesdits réformés abjuraient leur hérésie, et revenaient à la foi catholique. C'est en ayant imaginé ce procédé que Marillac, intendant du Poitou, put se vanter d'avoir obtenu 30 000 conversions, entre août et novembre 1681 : sur cette anecdote, v. J.-P. PITION, *Les protestants français au XVII^e siècle*, en ligne : http://archives.ville-saumur.fr/depot_amsaumur/depot_arko/articles/794/les-protestants-francais_doc.pdf. Également, v. Y. KRUMENACKER, « Les dragonnades du Poitou, leur écho dans les mémoires », *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français*, 1985, vol. 131, p. 405.

¹¹⁰⁸ J. CARBONNIER, « Sociologie et psychologie de l'Édit de Révocation » (1985), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1451, spéc. p. 1456.

¹¹⁰⁹ J. CARBONNIER, « La Révocation permanente » (1985), in *op. cit.*, p. 1446 : « La Révocation, ce ne fut qu'un trait de plume, mais ce fut aussi le *continuum* d'une politique. »

¹¹¹⁰ J. CARBONNIER, « Sociologie et psychologie de l'Édit de Révocation » (1985), in *op. cit.*, p. 1451, spéc. p. 1455 : « À ce respect implicite des possessions antérieures [d'état protestant], la pratique des dragonnades, largement entamée dans les provinces et qui se poursuivra, apportait un tragique démenti. Car, tendant à forcer les conversions immédiates, elle s'attaquait aux appartenances actuelles. Elle avait des racines dans le droit, mais dans un droit tout à fait à part de la série anti-RPR, celui des réquisitions de logement. Encore fallait-il, pour diriger les gens de guerre sur les seuls logis protestants, combiner ce droit avec une discrimination de facto, elle-même violation d'un principe d'égalité devant les charges publiques, inscrit à l'Édit de Nantes, article 74. Mais le principe, depuis longtemps, avait été tourné par l'argument qu'égalité de droit n'emporte pas égalité de fait : ce qui était en cause, ce n'était plus la charge de loger, mais la faveur de n'avoir pas à loger, qui est, comme toutes les faveurs, discrétionnaire. »

¹¹¹¹ J. CARBONNIER, art. préc., spéc. 1458.

but l'unité religieuse du royaume par le retour des réformés à la foi catholique. »¹¹¹². Or, avec les conversions massives, particulièrement celles de l'aristocratie, les protestants qui subsistaient en Languedoc pouvaient bien, vu de Versailles, avoir l'air d'un « tout petit troupeau »¹¹¹³. L'Édit de Fontainebleau n'aurait été que la consécration légale d'une réalité démographique sur laquelle le roi aurait été abusé — l'erreur démographique servant ultérieurement d'excuse à Louis XVI pour changer la loi¹¹¹⁴.

313. De quelques dispositions de la politique d'uniformité religieuse. La volonté d'unir les Français dans le catholicisme est patente dans certaines dispositions prises à l'époque de l'Édit de Fontainebleau. On évoquera à ce sujet l'article 10 de l'Édit, qui faisait défense aux gens de la RPR de sortir du royaume et d'en faire sortir leurs biens, sous peine de galères. L'interdiction de sortie des huguenots avait été précédée de la Déclaration du 17 juin 1681, qui ordonnait aux parents, dont les enfants avaient été envoyés à l'étranger pour y recevoir une éducation conforme à leur foi, de les rappeler d'urgence en France. La même déclaration avait interdit, pour l'avenir, sauf expresse permission du roi, tout départ d'enfants de moins de 16 ans pour cause d'éducation¹¹¹⁵. L'opposition entre la politique du Saint Empire germanique et celle du royaume de France ne saurait être mieux marquée : alors que le Saint Empire, résigné au morcellement du territoire pourvu que la liberté religieuse soit sauve, accompagnait la politique du *cujus regio ejus religio* d'un *jus emigrandi*, en France, on avait cru pouvoir renforcer l'unité religieuse en supprimant la clef des champs¹¹¹⁶.

Pour resserrer l'étau autour des huguenots, le droit privé s'est avéré d'une grande utilité. Ainsi, l'article 8 de l'Édit de Fontainebleau fit du baptême romain une formalité obligatoire ; plus

¹¹¹² *Ibid.*

¹¹¹³ *Ibid.*, p. 1460.

¹¹¹⁴ L'Édit du 7 nov. 1787, dit l'Édit de Versailles, en ligne : <http://huguenotsweb.free.fr/histoire/edit1787.htm>, s'ouvre sur cet aveu : « Lorsque Louis XIV défendit solennellement dans tous les pays et terres de son obéissance, l'exercice public de toute autre religion que la religion catholique, l'espoir d'amener ses peuples à l'unité si désirable du même culte, soutenu par de trompeuses apparences de conversions, empêcha ce grand roi de suivre les plans qu'il avait formés dans ses conseils, pour constater légalement l'état civil de ceux de ses sujets qui ne pouvaient pas être admis aux sacrements de l'Église, à l'exemple de nos augustes prédécesseurs, nous favoriserons toujours de tout notre pouvoir les moyens d'instruction et de persuasion qui tendront à lier tous nos sujets par la profession commune de l'ancienne foi de notre royaume, et nous proscrirons, avec la plus sévère attention, toutes ces voies de violences qui sont aussi contraires aux voies de la raison et de l'humanité, qu'au véritable esprit du christianisme. »

¹¹¹⁵ Déclaration du 17 juin 1681, citée par J. CARBONNIER, « Sociologie et psychologie de l'Édit de Révocation » (1985), in *op. cit.*, spéc. p. 1471, note 4.

¹¹¹⁶ J. CARBONNIER, art. préc., spéc. p. 1473 : « dans la vague d'indignation dont l'Europe protestante fut secouée dès la promulgation de l'Édit, l'article 10 entra pour beaucoup. Interdire le culte public à toute autre croyance que celle du prince, la décision à vue de texte, abstraction faite des atrocités dioclétiennes qui l'avaient accompagnée, aurait pu passer pour l'usage admissible d'une compétence territoriale. Mais qu'au monopole la clef des champs ne fût pas appendue, le *jus emigrandi*, là était la violation du *jus naturae et gentium* réaffirmé en Westphalie, là était l'originalité d'une persécution à la française. »

tard, l'obtention d'une sépulture fut conditionnée à une conversion *in articulo mortis* ; et, plus gravement, la seule manière de contracter mariage devint la forme catholique, de sorte que les époux protestants n'ayant pas abjuré devenaient de simples concubins, dont la progéniture était bâtarde et, comme telle, dépourvue de droit de succession. Les protestants, de « français, intégrés et séparés tout à la fois »¹¹¹⁷ devinrent, les générations se succédant, étrangers dans leur propre patrie. En effet, qui n'avait pas de filiation, ne pouvait hériter, et de là, ne pouvait durablement s'enrichir. Comme dans les conceptions romano-byzantines, la religion avait, de fait, « tracé une nouvelle *summa divisio personarum* »¹¹¹⁸.

314. Progrès de la laïcité politique. Si la période qui débute dans les années 1660 marquait une grave régression en matière de liberté religieuse, il n'en était pas de même dans la progression de la séparation de l'Église et de l'État. Antérieurement à l'Édit de Fontainebleau de 1685, par deux édits de 1669 et 1670, les tribunaux extraordinaires, dont les protestants étaient justiciables, sont supprimés. Ces tribunaux, appelés Chambres de l'Édit ou Chambres mi-parties, « on les avait crus nécessaires, en 1598, pour prévenir des injustices résultantes de l'animosité qui était restée, entre les catholiques et les protestants, après leurs guerres. »¹¹¹⁹. Croyant l'unité religieuse à peu près rétablie, Louis XIV les supprima donc, jugeant que leur persistance risquait d'attiser les haines religieuses. Et par cette suppression, c'est une importante ligne de démarcation entre ses sujets qu'il efface : désormais justiciables des mêmes tribunaux et soumis aux mêmes lois, les huguenots sont réduits « à n'être qu'une secte dans l'Église, et non un parti dans l'État. »¹¹²⁰.

315. En résumé. Alors qu'en pays germanique, les protestants sortirent victorieux contre l'Empereur des Romains, et purent librement pratiquer leur culte, tel ne fut pas le cas de la France, où ils firent l'objet d'une politique de conversions forcées, afin de rétablir l'unité religieuse du royaume. Au lendemain de la Réforme protestante, d'une rive à l'autre du Rhin, les données étaient donc radicalement différentes. La liberté de culte germanique s'associait au pluralisme juridico-religieux, tandis que l'unité française se payait au prix de l'intolérance religieuse. Ces

¹¹¹⁷ Art. préc., p. 1467-1468.

¹¹¹⁸ *Ibid.* : « Dans les conceptions romano-byzantines, ceux qui s'étaient rendus moralement étrangers par leurs croyances devenaient juridiquement étrangers dans leur propre patrie, destitués de l'accès au droit, même au droit privé, des citoyens : la religion avait ainsi tracé une nouvelle *summa divisio personarum*. Rien de semblable pour les protestants de 1685. On reconnaît l'aporie. Elle n'apparaissait que faiblement au lendemain de la Révocation. Elle s'aggraverait dramatiquement aux générations suivantes lorsque, le fait se mélangeant au droit, les croyances et les lois se bloquant réciproquement, les protestants seront coupés de l'accès au mariage, à la légitimité, à l'héritage, à tout un domaine du droit privé. Eux aussi se retrouveront comme étrangers dans leur propre patrie. »

¹¹¹⁹ Ch. G. DE LAMOIGNON DE MALESHERBES, *Mémoire sur le mariage des protestants*, 1785, p. 62-63.

¹¹²⁰ *Ibid.*

différences formèrent peu à peu une tradition politique, dans lesquelles les souverains européens tenteront d'implanter un état civil laïcisé.

§ 2 Le choix d'un droit étatique laïc

316. Les progrès de la laïcité en Europe. De la Réforme à la veille de 1789, les États européens n'ont cessé de gagner du pouvoir sur l'Église, et la matière matrimoniale ne fut pas épargnée. Malgré les apparences, l'Église avait perdu son monopole ; il n'est donc guère étonnant que certaines provinces protestantes aient instauré un mariage purement civil pour les catholiques dissidents, comme en Frise occidentale ou dans les Provinces Unies, en 1580. En Angleterre, à peine la tête de Charles I^{er} avait-elle roulé de l'échafaud, que Cromwell avait rendu le mariage civil obligatoire pour tous¹¹²¹. L'élaboration d'un statut civil pour les dissidents était donc loin d'être une nouveauté à la veille de la Révolution.

Comparée à ses voisins européens, la France accusait un retard terrible : la liberté religieuse n'était pas assurée. Les progrès de la laïcité, dans le domaine politique, n'avaient pas entraîné ceux de la liberté de culte, et les sujets de la RPR en étaient les plus évidentes victimes. Aussi, les réactions en pays protestant n'ont pas tardé : on en veut pour exemple les *penal laws* anglaises, persécutant les catholiques d'Angleterre, en représailles directes de la Révocation de 1685¹¹²². Sortir les protestants du désert devenait pressant, et peut-être pas seulement pour

¹¹²¹ Cette institution de Cromwell, de 1653, fut de courte durée puisqu'elle fut abrogée par Charles II dès son retour d'exil en 1660. Plus jamais, par la suite, l'Angleterre ni le Royaume-Uni ne firent du mariage civil une obligation pour tous : dans les îles britanniques ou dans les pays scandinaves, le mariage civil ne fut dès lors plus qu'optionnel. L'Angleterre a instauré ce type d'union par le *Marriage Act* de 1836. Jusqu'à cette date, le *Lord Hardwick's Act* de 1753, première législation importante sur le mariage, inspirée du concile de Trente, tout en reconnaissant le mariage juif et le mariage quaker, ne prévoyait en principe que le mariage anglican, auquel devaient se soumettre même les dissidents et les catholiques. L'*Act* de 1836 permit également le mariage des catholiques par leurs prêtres et celui dans les autres religions reconnues. Dans cette loi, toujours en vigueur, les formalités du mariage anglican relèvent du droit ecclésiastique, celles des autres mariages, religieux et civil, de la loi civile. En Irlande du Nord et au Pays de Galles, le mariage civil voisine de même avec plusieurs mariages religieux. En Ecosse, où le Concile de Trente n'exerça aucune influence, les règles du mariage ne furent fixées que très tardivement, par une loi de 1939, qui institua également le mariage civil à côté des mariages confessionnels. En République d'Irlande, c'est le mariage catholique qui, comme le mariage anglican en Angleterre, a un statut spécial, bien qu'il relève, pour les conditions de fond, comme les autres, du droit civil. Sur ces questions, v. A. DITGEN, « Les mariages civils en Europe : histoires, contextes, chiffres », *Droit et société* n° 36/37, 1997, p. 309 et s., spéc. p. 312 et 314.

¹¹²² La persécution religieuse française eut ses représailles, en Angleterre, avec les *penal laws* : en ce sens, v. J. CARBONNIER, « La Révocation permanente » (1985), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1451 : « Inaugurées sous Elizabeth, ressurgissant sous des règnes postérieurs, ces lois [*penal laws* anglaises] avaient été, du côté français, souvent invoquées comme un alibi pour justifier des représailles contre les protestants. Mais en 1685, le contre-modèle avait perdu son actualité, car Versailles escomptait, de l'action de Jacques II, un proche retour de l'Angleterre au catholicisme. Au demeurant, d'un droit à l'autre, copier eût peut-être été déformer. Les *penal laws* avaient un caractère politique, non pas religieux ; elles tendaient moins à l'unité religieuse du pays qu'à la défense d'un ordre constitutionnel. Et leur technique était d'un empirisme insulaire. Elles ne procédaient pas par l'établissement d'un statut permanent, mais se contentaient de prévoir des pénalités purement comminatoires qui n'étaient appelées, disait-on, à fonctionner que dans l'hypothèse d'une crise de l'État. »

répondre à l'appel des philosophes : la guerre des Cévennes témoigne de ce que la petite contre-société qui se développait n'avait pas toujours été paisible. Les besoins de paix civile se cumulant aux considérations philosophiques, le moment vint où le souverain dut revoir la situation des huguenots.

317. L'inspiration prussienne. L'impulsion vint encore une fois d'Allemagne, de Frédéric II, le roi de Prusse. Parangon de la tolérance dans l'Europe des Lumières, Frédéric le Grand séduisait et attirait à lui l'Europe des intellectuels et des minorités religieuses. On souffle qu'il briguaît la couronne impériale, et la tolérance était devenue entre ses mains « un instrument politique aussi efficace que l'agression »¹¹²³. Pour contrer ce fascinant rival, rapporte le doyen Carbonnier, « l'empereur était acculé à la concurrence sur le même terrain en se montrant non moins tolérant »¹¹²⁴ : c'est la genèse de l'Édit de Joseph II, Empereur des Romains, qui instaure un droit matrimonial laïc obligatoire pour tous **(I)**, dont s'est partiellement inspiré Louis XVI, pour donner aux huguenots du royaume un état civil **(II)**. Si l'on se souvient que la reine, Marie-Antoinette, n'était autre que la sœur de Joseph II, la parenté des deux textes cesse d'être seulement métaphorique : « faute d'être frères, les deux édits sont beaux-frères. »¹¹²⁵.

I. L'édit de 1783 de Joseph II

318. La laïcité du « joséphisme ». Bien que les nombreuses réformes du joséphisme, en matière de tolérance religieuse, aient eu quelques précédents dans l'histoire¹¹²⁶, il ne paraît pas exagéré de dire que Joseph II fut celui qui institua la tolérance religieuse dans la loi. Son *Toleranzpatent* ou Édit de tolérance du 18 octobre 1781 met fin à la répartition religieuse du *cujus regio ejus religio*, en prônant une liberté de culte, sans restriction de lieu¹¹²⁷. Les protestants sont désormais libres, en pays catholique, de construire leurs lieux de culte et de le pratiquer comme bon leur semble ; réciproquement, en Autriche, principalement catholique, les protestants pourront construire leurs temples et les fréquenter sans être inquiétés. Une incertitude subsiste cependant :

¹¹²³ J. CARBONNIER, « 1781-1787, de la famille de l'Édit à l'Édit des familles » (1987), in *op. cit.*, p. 1479, spéc. p. 1482.

¹¹²⁴ Art. préc., p. 1479, spéc. p. 1482 : « En Allemagne, l'équilibre entre catholiques et protestants avait créé, dans les mentalités et dans la pratique, des habitudes de compromis interreligieux. À ces habitudes, le grand Frédéric imprimait maintenant une énergie nouvelle : la tolérance était devenue entre ses mains un instrument politique aussi efficace que l'agression. À travers elle, en même temps qu'il séduisait l'Europe intellectuelle, il attirait à lui — et même physiquement par l'émigration — les minorités religieuses des pays voisins. Pour contrer ce fascinant rival (ne le soupçonnait-on pas de briguer la couronne impériale ?), l'empereur était acculé à la concurrence sur le même terrain en se montrant non moins tolérant. »

¹¹²⁵ Art. préc., p. 1481.

¹¹²⁶ Pensons à Tanucci, ministre philosophe de Naples, qui avait instauré le mariage civil à Naples en 1767.

¹¹²⁷ La version d'origine se trouve numérisée et disponible en ligne, au lien suivant : <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?apm=0&aid=vpe&datum=17670004&scite=00000137&zoom=2>

L'Édit de tolérance passe sous silence la question du mariage¹¹²⁸. Elle sera dissipée par l'Édit du 16 janvier 1783¹¹²⁹, qui fait de la célébration du mariage civil une obligation pour toute confession¹¹³⁰. Cet Édit pose un parfait système de laïcité : le mariage est considéré comme un contrat civil, les droits et liens civils qui en résultent tiennent leur force de la puissance civile. Les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les causes du mariage¹¹³¹. Cette avancée significative dans la voie de la laïcité a fait des émules : les Pays-Bas ont suivi en 1784, et la Toscane en 1786 à l'instigation de Léopold II¹¹³².

319. Après le Saint Empire, le retour au pluralisme. La dissolution du Saint Empire, en 1806, a eu d'inévitables conséquences sur l'unité du droit civil applicable à la matière matrimoniale, quoiqu'en décalé. L'Édit de 1783 a été intégré dans le Code civil autrichien de 1811, et le système a duré jusqu'à ce que le concordat de 1855 y mette fin, imposant un retour au droit ecclésiastique du Concile de Trente pour la matière matrimoniale¹¹³³. Ce retour au droit religieux ne sera pas durable. En Autriche-Hongrie, la loi fondamentale du 21 décembre 1867 dispose, en son article 2, que les citoyens sont égaux devant la loi, ce que contredisait la *summa divisio personarum* tracée par l'appartenance religieuse des sujets et voulue par le Concordat de 1855. Il a donc fallu aménager le Concordat avec cette nouvelle loi fondamentale¹¹³⁴, mais celui-ci a finalement été dénoncé en 1874¹¹³⁵. La dénonciation du Concordat n'a pas signifié abandon de la compétence de la loi religieuse en matière de formation du lien matrimonial : une loi de 1868 laisse le choix du culte en cas de mariage mixte et instaure un mariage civil subsidiaire dans le cas où le ministre du culte refuserait de célébrer l'union. Le mariage civil est étendu en 1870, toujours comme une simple

¹¹²⁸ Ce qui est étonnant, car l'Édit n'omet pas de traiter de la question de l'éducation religieuse à donner aux enfants issus de couples mixtes : ils suivront la religion de leur père (point 6 de l'Édit).

¹¹²⁹ La version d'origine se trouve numérisée et disponible en ligne, au lien suivant : <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=jgs&datum=1001&page=214&size=45>

¹¹³⁰ Sur l'histoire du développement du droit étatique en matière matrimoniale, v. le colloque qui s'est tenu à l'Université de Vienne : https://www.univie.ac.at/chenvorgericht/?page_id=48

¹¹³¹ La compétence des juridictions étatiques rejoignait, en matière matrimoniale comme dans d'autres, l'Édit du 1^{er} mai 1781, qui posait une compétence générale des juridictions étatiques : v. en ligne : <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=jgs&datum=1001&page=28&size=45>

¹¹³² Sur ces précédents historiques, v. J. BASDEVANT, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage. Du Concile de Trente au Code civil*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900, p. 163.

¹¹³³ En particulier, l'article 10 du concordat abroge implicitement l'Édit de 1783, en déclarant que les questions matrimoniales sont du ressort exclusif de l'Église, de ses canons reçus du Concile de Trente et de sa juridiction, v. en ligne : <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=1855&page=733&size=34>. Notons qu'un décret fut pris l'année suivant le concordat, en 1856, qui est un désaveu complet de la réforme de Joseph II, en ligne : <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=1856&page=710&size=45>

¹¹³⁴ Loi fondamentale du 21 déc. 1867, en ligne : <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=1867&page=422&size=45>

¹¹³⁵ L. du 7 mai 1874, en ligne : <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=1874&size=45&page=131>

option, aux personnes athées ou dont la confession n'est pas reconnue par l'État. Ce droit matrimonial pluriel restera en vigueur jusqu'à l'annexion de l'Autriche par l'Allemagne, en 1938¹¹³⁶.

Le joséphisme a donc échoué à extirper durablement le pluralisme juridico-religieux venu de la maxime *cujus regio ejus religio*. On ne grossirait pas beaucoup le trait en affirmant que le joséphisme n'a été qu'un intermède laïcisant dans une tradition longue de plus de quatre cents ans de pluralisme juridico-religieux¹¹³⁷, tradition qui n'a pas fini d'influencer le droit¹¹³⁸. Étonnamment, c'est en France que le joséphisme eut les effets les plus sûrs.

II. L'édit de 1787 de Louis XVI

320. Les appels à un état civil laïc. Les appels au roi pour mettre fin à l'intenable situation des huguenots avaient été nombreux. En 1754, Turgot, alors à l'aube de sa carrière politique, appelait de ses vœux une véritable séparation de l'Église et de l'État, reposant sur la tolérance¹¹³⁹, demandant pour les protestants un état civil qui ne soit pas religieux¹¹⁴⁰. Le jeune Portalis avait conclu à la même nécessité, dans une consultation écrite en 1770 avec Pazeri, en fondant ce droit des protestants sur le droit naturel¹¹⁴¹. Et Malesherbes avait tâché d'attirer la royale attention sur les protestants, en 1785, en ajoutant à ces arguments des considérations d'ordre

¹¹³⁶ A. DITTGEN, « Les mariages civils en Europe : histoires, contextes, chiffres », *Droit et société* n° 36/37, 1997, p. 309 et s., spéc. p. 313.

¹¹³⁷ Le résultat sera le même dans l'Empire allemand, séparé de l'Autriche-Hongrie depuis 1806, qui semble avoir fait une adaptation analogue de l'ancienne maxime *cujus regio ejus religio*. Dans une première période, le droit matrimonial étatique est accessible aux seuls dissidents, avec, en Prusse, un mariage civil proposé en 1847 à l'usage des juifs. Une deuxième période s'ouvre avec Bismarck. L'homme fort du régime mène à partir du début des années 1870 un *Kulturkampf* contre l'Église catholique, conflit qui vise à la séparation de l'Église et de l'État. Dans l'arsenal législatif mis en place à cette période, notons le retour au mariage civil obligatoire, imposé à l'ensemble du territoire de l'Empire allemand par une loi du 6 févr. 1875. La politique de Bismarck, cependant, se solde par un échec : les catholiques, qui ont trouvé le moyen de s'unir dans le *Zentrum*, lui opposent une résistance durable, résistance que Bismarck trouve même dans les rangs des protestants conservateurs, qui préfèrent conserver un statut personnel religieux.

¹¹³⁸ En ce sens, v. I. AUGSBERG et S. KORIOH, « The Interplay Between. State Law and Religious Law in Germany », in *Religious Rules, State Law and Normative Pluralism — A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI, S. FERRARI), Cham, Springer, 2016, coll. « Ius comparatum Global Studies in Comparative Laws », p. 175, spéc. p. 177.

¹¹³⁹ TURGOT, *Le Conciliateur ou Lettres d'un ecclésiastique à un magistrat*, 1788, « Lettre II^{ème}, Mai 1754 », p. 16, spéc. p. 34-35 : « Pourquoi veut-on que l'assemblée d'une secte soit plus nuisible à l'État que l'assemblée d'une autre ? Qu'en Angleterre ce soit celle des Catholiques, en France celle des Protestants, partout celle qui ne pense pas comme le Prince. Toute assemblée civile qui est séditieuse doit être interdite ; toute assemblée religieuse doit être permise, parce qu'elle est toujours indifférente. »

¹¹⁴⁰ TURGOT, *op. cit.*, p. 36 : « Je ne prétends pas obliger les évêques à donner un sacrement malgré eux ; c'est un bien dont je leur laisserai toujours l'administration ; mais je voudrais que ce ne fût ni le sacrement de baptême, ni celui de mariage qui fixât l'état des citoyens. »

¹¹⁴¹ J. BASDEVANT, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage. Du Concile de Trente au Code civil*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900, p. 166, citant PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 441-491 : Portalis espérait, non une ordonnance royale favorable aux non-catholiques, mais un changement de jurisprudence : dans une consultation de 1770 écrite avec Pazeri, il soutenait que le mariage purement consensuel des protestants était valable : le mariage était un droit naturel, et l'État ne pourrait rien gagner à obliger « un corps de peuple à ne se perpétuer que par des crimes ».

financier, ouvrant son *Mémoire sur le mariage des protestants* sur le gâchis que produit l'intolérance religieuse : « Un Français, d'assez de talent pour faire fleurir ailleurs les arts de France, est donc sûr d'être reçu avec empressement dans tout l'univers ; et s'il a le malheur d'être né protestant, et qu'en cette qualité il se voie privé dans son pays des droits naturels de tous les hommes, est-il étonnant qu'il aille chercher une autre patrie »¹¹⁴² ? Lui aussi appelle une action de la loi : « Ce n'est point au Clergé à statuer sur l'état civil des Citoyens. Il a fait son devoir en empêchant la profanation, c'est au Législateur à faire le sien. »¹¹⁴³. Louis XVI cependant n'agit qu'après que le Parlement de Paris lui adressa, le 9 février 1787, des remontrances, chargeant le Premier Président « de supplier ledit Seigneur Roi de peser dans sa sagesse les moyens les plus sûrs de donner un état civil aux protestants. »¹¹⁴⁴.

Le 7 novembre 1787, le pouvoir royal se conforma à ces désirs : l'édit de Versailles vint régler l'état civil des non-catholiques, établissant deux formes de mariage, les parties pouvant à leur choix contracter mariage devant le prêtre, envisagé comme magistrat civil, ou devant le juge royal¹¹⁴⁵. Ainsi, « à l'égard des religions dissidentes, la sécularisation du mariage était faite : le mariage valait par la seule vertu de l'acte civil régulièrement accompli ; il était soumis uniquement à l'autorité séculière. »¹¹⁴⁶.

321. La laïcisation du droit par l'Édit de Versailles. Il serait exagéré de voir dans l'Édit de Versailles un véritable édit de tolérance, quoiqu'il appartienne formellement à cette catégorie d'édits. En réalité, la liberté de culte des protestants n'a pas progressé, puisque leur culte reste, comme autrefois, privé : l'édit, n'ajoutant pas de culte supplémentaire à ceux qui pouvaient être professés publiquement, n'y change donc rien¹¹⁴⁷. Dans son sens le plus strict, il s'agit d'un édit

¹¹⁴² Ch. G. DE LAMOIGNON DE MALESHERBES, *Mémoire sur le mariage des protestants*, 1785, p. 2.

¹¹⁴³ *Ibid.*, p. 18.

¹¹⁴⁴ J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^{ème} siècle*, t. III (1768-1788), Paris, Imprimerie nationale, 1898, p. 694, spéc. p. 695, « Remontrances sur l'édit donnant un état civil aux non-catholiques ».

¹¹⁴⁵ Article IX : « Il sera au choix des parties contractantes de faire faire lesdites publications, ou par les curés ou vicaires des lieux où elles devront être faites, ou par les officiers de justice desdits lieux, dans la forme ci-après prescrite. »

¹¹⁴⁶ J. BASDEVANT, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage. Du Concile de Trente au Code civil*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900, p. 168-169.

¹¹⁴⁷ Édit du 7 nov. 1787, art. I : « La religion catholique, que nous avons le bonheur de professer, jouira seule, dans notre royaume, des droits et des honneurs du culte public, tandis que nos autres sujets non catholiques, privés de toute influence sur l'ordre établi dans nos états, déclarés d'avance et à jamais incapables de faire corps dans notre royaume, soumis à la police ordinaire pour l'observation des fêtes, ne tiendront de la loi que ce que le droit naturel ne nous permet pas de leur refuser, de faire constater leurs naissances, leurs mariages et leurs morts, afin de jouir, comme tous nos autres sujets des effets civils qui en résultent. » L'article I ajoute : « Permettons néanmoins à ceux de nos sujets qui professent une autre religion que la religion catholique, apostolique et romaine, soit qu'ils soient actuellement domiciliés dans nos états, soit qu'ils viennent s'y établir dans la suite, d'y jouir de tous les biens et droits qui peuvent ou pourront leur appartenir à titre de propriété ou à titre successif, et d'y exercer leurs commerces, arts, métiers et professions sans que, sous prétexte de leur religion, ils puissent y être troublés ni inquiétés. Exceptons néanmoins des dites professions,

d'état civil : il se borne à organiser l'enregistrement des naissances¹¹⁴⁸, des mariages — indissolubles¹¹⁴⁹ — et des décès¹¹⁵⁰. Tout en interdisant aux huguenots de se considérer comme appartenant à un corps distinct de la nation — certaines mesures sont prises pour les empêcher de s'organiser comme tels¹¹⁵¹ —, il est fait défense aux catholiques d'user des formes prévues par l'édit pour régler leur état civil : ces derniers continuent d'être soumis aux canons reçus du Concile de Trente, ce qui indique qu'ils ne peuvent conclure de ces « mariages bigarrés »¹¹⁵² avec des protestants. Mais de cette mesure de ségrégation, l'histoire ne gardera pas le souvenir : seule compte l'innovation énorme d'un état civil désormais laïcisé, le « don involontaire des protestants à tous les Français. »¹¹⁵³.

322. En résumé. Les édits de Joseph II et de Louis XVI instituaient, l'un et l'autre, un état des personnes laïc. Le *Toleranzpatent* se donnait pour tâche de combiner la liberté de culte, qui lui préexistait, avec un nouvel état des personnes laïcisé. La greffe n'a pas pris : dès la dissolution du Saint Empire, en 1806, le pluralisme juridico-religieux a repris ses droits, jusqu'à l'annexion de l'Autriche par l'Allemagne en 1938. En France, l'Édit de Louis XVI n'affichait pas de politique de tolérance, et n'avait d'autre ambition que de créer un état des personnes laïc, permettant de réintégrer les protestants dans le corps civique. Cette « force cachée, [...] explosive de l'Édit de

toutes les charges de judicature, ayant provision de nous ou des seigneurs, les municipalités érigées en titre d'office, et ayant fonction de judicature, et toutes les places qui donnent le droit d'enseignement public. »

¹¹⁴⁸ Édit préc., art. XXV : « La naissance des enfants de nos sujets non catholiques, et qui auront été mariés suivant les formes prescrites par notre présent édit, sera constatée soit par l'acte de leur baptême, s'ils y sont présentés, soit par la déclaration que feront devant le juge du lieu le père et deux témoins domiciliés, ou en son absence quatre témoins aussi domiciliés, qu'ils sont chargés par la mère de déclarer que l'enfant est né, qu'il a été baptisé et qu'il a reçu nom.

Si ce n'est que l'enfant fut né de père et de mère d'une secte qui ne reconnaît pas la nécessité du baptême, auquel cas ceux qui le présenteront, déclareront la naissance de l'enfant, la secte dans laquelle il est né, et justifieront que le père et la mère ont été mariés dans la forme prescrite par le présent édit. »

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, art. XVII : « Pour faire ladite déclaration, les parties contractantes se transporteront, assistées de quatre témoins, en la maison du curé ou vicaire du lieu où l'une desdites parties aura son domicile, ou en celle dudit juge, et déclareront qu'elles se sont prises et se prennent en légitime et indissoluble mariage, et qu'elles se promettent fidélité. »

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, art. XXVII : pour la sépulture des huguenots, les « prévôts des marchands, maires, échevins, capitouls, syndics ou autres administrateurs des villes, bourgs et villages » doivent prévoir un lieu d'inhumation décent pour ceux qui ne pourraient prétendre à une sépulture catholique.

¹¹⁵¹ *Ibid.*, art. III : « N'entendons néanmoins, que ceux qui professeront une religion différente de la religion catholique, puissent se regarder comme formant dans notre royaume un corps, une communauté ou une société particulière, ni qu'ils puissent, à ce titre, former en nom collectif aucune demande, donner aucune procuration, prendre aucune délibération, faire aucune acquisition, ni aucun autre acte quelconque. »

¹¹⁵² J. CARBONNIER, « 1781-1787, de la famille de l'Édit à l'Édit des familles » (1987), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1479, spéc. p. 1481 : Comparant ainsi l'Édit de Joseph II et celui de Louis XVI, le doyen rapporte qu'« à Vienne, la validité des mariages mixtes avait paru aller de soi, tandis qu'en France ces mariages bigarrés continuaient d'être bloqués, une disposition de l'Édit, trop peu remarquée, faisant défense expresse aux sujets catholiques de se servir des formes d'état-civil prévues pour les protestants. »

¹¹⁵³ *Ibid.*, p. 1482.

1787 »¹¹⁵⁴, c'est d'avoir mis en place un schéma abstrait, « disponible pour d'autres, généralisable »¹¹⁵⁵, et qui sera généralisé lors de la Révolution française.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*

¹¹⁵⁵ *Ibid.*

Conclusion de la section 1

323. Le choix progressif d'un droit étatique laïc. La Réforme protestante eut sur le droit matrimonial une conséquence majeure : le droit de l'Église n'était plus l'unique source de droit. Pour déterminer le droit auquel les protestants seraient soumis, plusieurs possibilités s'offraient aux souverains européens. La plus naturelle, laisser les protestants légiférer pour eux-mêmes, fut celle du Saint Empire romain germanique. Défait par les princes protestants, Charles Quint consentit au morcellement religieux de l'empire : ainsi, au pluralisme religieux de la maxime *cujus regio ejus religio* répondait un pluralisme juridique. Telle ne fut pas la solution adoptée en France, qui lutta pour maintenir l'unité religieuse du royaume et empêcher la constitution d'« États protestants dans l'État catholique ». Répondant à la prétendue unité religieuse de l'État, le droit matrimonial était unitaire : jusqu'à la veille de la Révolution française, l'unique droit matrimonial était celui de l'Église, formulé dans les canons du Concile de Trente.

L'élaboration d'un droit étatique laïc n'était pas la solution la plus évidente aux conflits religieux qui ensanglantaient l'Europe : les souverains européens ont trouvé bien plus naturel de faire correspondre le droit des personnes aux religions officiellement professées. Pour que l'idée vienne aux princes d'établir un droit laïc, il fallut la conjonction de deux données : d'une part, la mode du despote éclairé, monarque absolu d'un État unitaire, d'autre part, l'avènement de principes libéraux favorisant la liberté de culte. De là vint la nécessité de trouver un moyen d'intégrer les dissidents dans la nation, tout en respectant leur liberté.

324. Unité de l'État versus liberté religieuse. Ces deux variables, l'unité de l'État et la liberté religieuse, connaissaient des dosages fort différents dans le Saint Empire romain germanique et dans le royaume de France. Alors que dans le Saint Empire, la défaite de l'Empereur catholique avait conduit à préférer la liberté religieuse à l'unité, en France, la débâcle des protestants avait permis au souverain de faire le choix opposé : sur la liberté religieuse, l'unité l'avait emporté. Lorsque Joseph II, modèle du despote éclairé des Lumières, entreprit de faire correspondre le droit de son empire — une mosaïque de droits religieux — avec la philosophie dont il était imprégné, ses réformes ne prirent pas. Malgré un intermède laïcisant, le *cujus regio ejus religio* resta la règle jusqu'en 1938. Ironie de l'histoire, c'est en France que cette réforme de la laïcité de l'état des personnes prit le mieux, alors qu'elle y fut introduite seulement en ses dispositions de droit civil, châtée de l'esprit de tolérance religieuse qui gouvernait les réformes autrichiennes. En effet, alors que la France avait, jusqu'à la Révolution, fait fort peu de cas de la liberté de culte, elle avait en revanche une longue tradition d'unité religieuse sur laquelle les monarques ont construit l'unité de

la nation, et qui permit l'implantation si durable du droit étatique non religieux — la future laïcité du droit privé. Laïcité et liberté de culte firent donc, dans l'Europe classique, des progrès sans simultanéité. La force de la Révolution française sera de les conjuguer, faisant passer la prééminence du droit étatique sur le droit religieux, en matière de l'état des personnes, pour un moyen d'assurer la liberté religieuse.

Section 2 : L'affirmation d'un droit prééminent

325. L'évolution du droit matrimonial en une matière de laïcité impérative.

L'émergence d'un droit religieusement neutre, surplombant les appartenances religieuses, s'est progressivement affirmée comme solution au problème de la division du pays en factions religieuses. Pourtant, à la veille de la Révolution française, le droit matrimonial laïc n'était qu'une option destinée aux dissidents. Changeant le statut de ce droit, le législateur révolutionnaire entreprit d'unifier la nation en faisant du droit matrimonial laïc le seul qui fût légitime : il devint impératif.

326. **Conception négative de la liberté religieuse.** Toute occupée à affirmer la puissance du droit étatique contre le droit canonique, la laïcité de la Révolution avait gravement négligé de s'occuper de liberté religieuse. Celle-ci fut incorporée aux arguments des promoteurs de la totale laïcité du droit privé, pour faire accepter l'incorporation du divorce dans la législation civile. Déduisant une conséquence pratique de la nouvelle définition du mariage, qui voulait que « la loi ne regarde le mariage que comme un contrat civil », les révolutionnaires ont décidé que ce contrat devait pouvoir être rompu. Le divorce a donc été établi comme une conséquence naturelle de la conception laïque du mariage. L'histoire tourmentée du divorce montre qu'il ne fut pas aisé de consommer jusqu'à ce point la rupture avec le droit de l'Église catholique, si bien qu'un renfort argumentatif était nécessaire. On le puisa dans une conception plutôt avant-gardiste, pour l'époque, de la liberté religieuse : en insistant sur la liberté négative, celle de ne pas être fidèle à sa religion, plutôt que sur le versant positif, qui serait de faire valoir son appartenance religieuse, les législateurs révolutionnaires sont parvenus à relier les principes libéraux à la laïcité du droit — ce qui creusait encore le fossé avec la conception germanique de liberté religieuse et de la multiplicité de statuts religieux. À chaque régression du régime républicain devait correspondre une restriction de la faculté de divorcer, si bien que le divorce est devenu, suivant les vicissitudes de la République au cours du XIX^{ème} siècle, un véritable thermomètre de la bonne santé démocratique. Conséquence du droit matrimonial laïc, nouvellement doté d'impérativité (§ 1), le divorce s'est mué en une institution de la laïcité, une sorte de *must* sans lequel il n'est pas de droit véritablement laïc (§ 2).

§ 1 L'impérativité du droit matrimonial laïc

327. **De la coexistence indépendante à la lutte.** On présente généralement la période révolutionnaire comme une intense période de lutte anticléricale. Malgré ses réminiscences de veau d'or, le culte de l'Être suprême cherchait bien à remplacer le catholicisme par quelque chose de

plus patriotique. Pourtant, le premier temps de la Révolution ne fut pas iconoclaste au point de refuser aux prêtres leurs anciennes prérogatives en matière de droit matrimonial. Il avait paru « impossible de retirer si promptement au clergé sa compétence en matière de célébration et constatation des mariages »¹¹⁵⁶ : dans ce premier temps, le clergé conserva la capacité d'enregistrer les mariages, à charge pour lui d'en avertir les autorités municipales tenant les registres de l'état civil **(I)**. Ce n'est que dans un second temps, qu'on pourrait qualifier de consolidation, que les prêtres, non seulement dépossédés de leur capacité de célébrer des unions produisant des effets civils, furent également priés, sanction pénale à l'appui, de respecter un ordre des célébrations imposé par la loi, donnant l'avantage à l'acte civil **(II)**.

I. Premier temps : la coexistence indépendante dans la Constitution de septembre 1791

328. L'embaras des catholiques après la Constitution civile du clergé. Sacrement pour l'Église, contrat civil béni pour l'État, le mariage, tel qu'il avait été réglementé par l'Église gallicane, pouvait perdurer dans son fonctionnement ancestral pour les catholiques. La double nature du mariage n'imposait pas une double célébration, pas plus qu'il ne disqualifiait les prêtres de leur capacité d'enregistrer un contrat civil : ceux-ci purent avoir la double qualité de magistrat civil et de ministre du culte. Tel fut le système qui aurait pu continuer, pour les catholiques, comme avant 1787.

La perturbation vint de ce que l'assemblée constituante décida de réformer le clergé. Déposant tout le clergé séculier, elle imposa au nouveau clergé constitutionnel de prêter serment à la Constitution civile. Les prêtres constitutionnels, reniés par le Saint-Siège, étaient seuls aptes à dresser les actes de l'état civil ; mais le pape, qui les avait reniés, renvoyait les fidèles ultramontains aux prêtres réfractaires, désormais dépossédés de la capacité de dresser l'état civil. Divisés entre les prêtres assermentés et les prêtres réfractaires, les catholiques connurent — une fois n'est pas coutume — les affres d'un état civil qui ne pouvait être valable dans les deux ordres : ou bien ils étaient fidèles au pape, auquel cas leur mariage était inexistant aux yeux de la loi, ou bien ils l'étaient à l'État, mais alors ils étaient en état de concubinage aux yeux de l'Église. Aussi bien, devant le désordre qui s'ensuivit, la municipalité de Paris, représentée par son maire, Bailly, fit-elle valoir

¹¹⁵⁶ T. REVET, « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage », *JCP G* 1987, doct. 3309 : « Quant à l'absence de chronologie obligatoire dans l'ordre des cérémonies, elle s'expliquait aisément : l'essentiel était ailleurs, dans le principe d'une laïcisation de l'état civil. Mais parce qu'il parut impossible de retirer si promptement au clergé sa compétence en matière de célébration et constatation des mariages, les propositions formulées par Durand-Maillane allaient rester lettre morte. »

« l'intérêt qu'avait la nation à connaître l'état civil de tous les citoyens »¹¹⁵⁷, et qui justifiait de « distinguer ce qui appartient aux religions de ce qui appartient aux lois civiles, de diviser les deux fonctions jusque-là réunies entre les mains des prêtres catholiques. »¹¹⁵⁸. Pour cela, disait-elle, il fallait une loi ordonnant « qu'à l'avenir les déclarations de naissance, de mariage et de mort, soient reçues par des officiers civils, dans une forme conciliable avec toutes les opinions religieuses. »¹¹⁵⁹.

329. « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil. » Le projet de soumettre la formation du mariage au seul officier de l'état civil ne rencontra guère de réticences du côté des catholiques restés fidèles au pape. Ne pouvant invoquer l'édit de 1787, et refusant de faire célébrer leur union devant un curé assermenté, ils furent heureux de trouver un dénouement à leur situation¹¹⁶⁰. Fait remarquable, la nature du mariage et les modalités de sa conclusion furent fixées constitutionnellement. L'assemblée constituante posa, à l'article 7 du titre II de la Constitution du 3 septembre 1791, un principe qui ne devait plus jamais quitter le droit civil français : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil. Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes. ». La loi, votée le 20 septembre 1792, n'a pas compté les prêtres assermentés parmi les officiers publics habilités à recevoir les actes. De cette nouvelle conception du mariage s'ensuivit le transfert de la tenue de l'état civil, depuis lors réglé par les communes¹¹⁶¹.

Ainsi se conclut la première étape de la lente conquête du contrôle étatique sur l'état des personnes : « avant la Révolution, l'État avait dans la législation du mariage l'influence

¹¹⁵⁷ *Archives parlementaires*, séance du 14 mai 1791, t. 25, p. 720.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

¹¹⁶⁰ *Archives parlementaires*, t. 26, p. 237 et 238 : En ce sens, Lanjuinais avait déclaré que la discussion du projet « paraissait presque oubliée, lorsque le dissentiment qui s'était établi entre les catholiques au sujet de la Constitution civile du clergé, et les désordres qui s'en sont suivis, par le refus de se présenter au curé assermenté, ont rendu de plus en plus nécessaire et urgente l'exécution du projet [...] sur le mode civil de constater les mariages, naissances et décès. » Du reste, aux arguments tendant à faire valoir la compétence exclusive de l'Église en la matière, le rapport s'écrie, *ibid.* : « Qu'on ne dise pas comme on se permet de dire, que l'Assemblée est incompétente dans ses formes ecclésiastiques ; comme si une grande nation pouvait jamais être incompétente en aucune matière pour opérer le bien ; comme si aucune forme pouvait être supérieure à son vœu, quand il est général, sage et utile ; comme si enfin elle ne pouvait se rendre libre et heureuse par une Constitution qui n'est dans ses principes que l'expression de la raison ! »

¹¹⁶¹ D. du 20 sept. 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens, titre VI, art. 1^{er} : « Dans la huitaine à compter de la publication du présent décret, le maire ou un officier municipal, suivant l'ordre de la liste, sera tenu, sur la réquisition du procureur de la commune, de se transporter avec le secrétaire-greffier, aux églises paroissiales, presbytères, et aux dépôts des registres de tous les cultes ; ils y dresseront un inventaire de tous les registres existant entre les mains des curés et autres dépositaires. Les registres courants seront clos et arrêtés par le maire ou officier municipal. ». D. préc., art. 2 : « Tous les registres, tant anciens que nouveaux, seront portés et déposés en la maison commune. » Toutefois, art. 8 : les ministres du culte demeurent libres, si bon leur semble, de tenir un état de leurs fidèles.

prépondérante. Après la constitution de 1791 et le décret de 1792, il légiférait seul. »¹¹⁶². Plus gravement, les deux puissances sont désormais séparées : alors que dans l'ancien droit, les civilistes reconnaissaient au prince le droit d'ajouter ou de supprimer des empêchements à mariage, qui s'imposaient à l'Église gallicane, après la Révolution, les deux puissances sont totalement indépendantes. Pourtant, l'attribution des compétences à chacun de deux ordres ne se fit pas sans heurt : après la coexistence des deux ordres, voici leur lutte, visant à expulser l'Église ultramontaine du droit matrimonial, sanctions pénales à l'appui.

II. Second temps : les sanctions réprimant les ministres du culte célébrant

330. Les sanctions pénales des ministres du culte. L'année 1793 fut le théâtre d'affrontements entre Paris et Rome. Une série d'infractions contre les ministres du culte furent adoptées, qui témoignent du tour brutal que prenait la lutte entre l'État et l'Église sur l'état des personnes. L'esprit de conquête de l'époque marquera durablement les futures institutions de la laïcité impérative du droit privé.

Ainsi, une instruction du 22 janvier 1793 fit interdiction aux prêtres de tenir des registres des sacrements et de publier les bans du mariage, alors que le décret du 20 septembre 1792 les y avait expressément autorisés — prohibition analysée comme un moyen « d'éviter que l'Église ne semblât maîtriser l'un des éléments du processus du lien matrimonial. »¹¹⁶³. Bien entendu, le Saint-Siège riposta, en invitant les fidèles à la rébellion : il leur fut recommandé¹¹⁶⁴ de se marier dans les formes prescrites par le Concile de Trente, et non « devant l'officier municipal, car celui-ci est réputé à bon droit schismatique ou pour le moins fauteur de schisme ; ils devront éviter de se souiller par un contact quelconque avec le schisme. »¹¹⁶⁵. En outre, « s'ils ne peuvent avoir un prêtre, ils devront contracter mariage en présence de témoins, autant que possible catholiques, avant de se

¹¹⁶² J. BASDEVANT, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage. Du Concile de Trente au Code civil*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900, p. 186.

¹¹⁶³ T. REVET, « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage », *JCP G* 1987, doct. 3309, n° 17.

¹¹⁶⁴ Le pape, en rupture diplomatique avec le gouvernement français depuis le 25 sept. 1791, se prononça à cette occasion par une lettre de l'évêque de Luçon : v. J. BASDEVANT, *op. cit.*, p. 196 : la réponse fut donnée « donnée sur l'avis de la congrégation des cardinaux, le 28 mai 1793. [...] Dans cette réponse, il était dit, tout d'abord, que les formes prescrites par le Concile de Trente étant pratiquées dans le diocèse de Luçon, il y avait présomption que le Concile y avait été publié. En outre, les fidèles de Luçon ne devront pas contracter mariage devant l'officier municipal, car celui-ci est réputé à bon droit schismatique ou pour le moins fauteur de schisme ; ils devront éviter de se souiller par un contact quelconque avec le schisme. S'ils ne peuvent avoir un prêtre, ils devront contracter mariage en présence de témoins, autant que possible catholiques, avant de se présenter à la municipalité. Ceci fait, rien ne les empêche de se présenter à la municipalité pour y faire la déclaration prescrite par l'Assemblée nationale en vue de s'assurer les effets civils ; mais ils devront bien se persuader qu'en cela ils ne contractent pas mariage, mais font un acte purement civil. »

¹¹⁶⁵ J. BASDEVANT, *op. cit.*, p. 196.

présenter à la municipalité. »¹¹⁶⁶. La guerre entre le Saint-Siège et le pouvoir séculier français devait s'intensifier, puisque l'archevêque de Nicée¹¹⁶⁷, Maury, présentait au Pape, dans une lettre du 23 juin 1793, un « plan d'action »¹¹⁶⁸, dans lequel, croyant sentir se lever un vent contre-révolutionnaire, il suggérait au pape d'ordonner à ceux qui s'étaient mariés selon les formes voulues par la loi française « de se séparer immédiatement sous peine d'excommunication majeure. »¹¹⁶⁹. À quoi le pouvoir séculier répondit par une provocation, le décret des 19-29 juillet 1793¹¹⁷⁰, qui punit de déportation tout évêque qui s'opposerait au mariage des prêtres¹¹⁷¹, ajoutant une autre incrimination, celle du décret du 13 août 1793, qui punit de déportation les prêtres qui feraient obstacle à la conclusion de l'acte civil.

Seule la seconde incrimination persistera : elle sera transférée à la loi du 18 germinal an X, portant les articles organiques du Concordat de 1801, et dont le Code pénal garde, aujourd'hui encore, le souvenir.

331. Justifications de l'incrimination. L'article 54 de la loi du 18 germinal an X (8 avril 1802)¹¹⁷², qui faisait interdiction aux ministres du culte de célébrer des mariages antérieurement aux mariages civils, et qui existe encore dans le Code pénal à l'article 433-21¹¹⁷³, fait partie de ces points culminants de la lutte de pouvoir menée par l'État contre l'Église catholique. La même année, un arrêté du 1^{er} pluviôse interdit aux pasteurs protestants de célébrer religieusement le mariage avant

¹¹⁶⁶ *Ibid.*

¹¹⁶⁷ Actuellement, Iznik, en Turquie. Maury dut y émigrer après la Constituante.

¹¹⁶⁸ J. BASDEVANT, *op. cit.*, p. 197.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

¹¹⁷⁰ D. des 19-29 juill. 1793 sanctionnait « les évêques qui apporteraient soit directement, soit indirectement, quelque obstacle au mariage des prêtres » de déportation : reproduit in J. B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État, de 1788 à 1824 inclusivement*, Paris, Guyot et Scribe, 1825, t. VI, p. 37.

¹¹⁷¹ V. J. BASDEVANT, *op. cit.*, p. 189 : Et Brissot a justement reproché à la Convention, qui punissait de déportation « les évêques qui apporteraient soit directement, soit indirectement, quelque obstacle au mariage des prêtres », de se transformer en Concile : « L'évêque du département des Ardennes a fait un mandement contre le mariage des prêtres. Ce n'est pas le premier de ce genre qui soit sorti de la plume d'un évêque constitutionnel. On a beaucoup crié contre Fauchet parce qu'il condamnait ces mariages. On pourrait prouver qu'il a tort même catholiquement parlant... Encore une fois, quelle que soit une pareille opinion, elle n'est aucunement du ressort d'une Assemblée politique, et, par conséquent, la Convention n'aurait pas dû consacrer une partie considérable de sa séance à discuter pour ou contre un évêque. L'évêque a été mandé à la barre ; il est évident que quand il paraîtra, la Convention sera transformée en Concile. Si elle eût voulu rester ce qu'elle doit être, elle aurait déclaré qu'elle ne connaît ni évêque ni prêtres. »

¹¹⁷² L. du 18 germinal an X, art. 54 : « Ils ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront, en bonne et due forme, avoir contracté mariage devant l'officier civil. »

¹¹⁷³ C. pén., art. 433-21 : « tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. »

la cérémonie civile ; et le 1^{er} prairial la prohibition est étendue aux rabbins. Tous les cultes présents sur le territoire français sont donc concernés par l'incrimination¹¹⁷⁴.

Plusieurs justifications furent données à la précession obligatoire de la célébration civile. Officiellement, Portalis, rapporteur de ce projet, disait s'inspirer de la fidélité à la tradition gallicane, par laquelle l'Église gallicane devait faire sienne la conception du mariage civil¹¹⁷⁵. Il avançait encore une autre considération, qui lui avait été soufflée par le clergé¹¹⁷⁶ : contre les méchants séducteurs abusant de l'ignorance de malheureuses qui, se croyant mariées pour avoir été conduites à l'autel, étaient abandonnées sans recours, il fallait assurer l'effectivité du mariage civil¹¹⁷⁷. Enfin, il s'agissait de mater la rébellion des ultramontains.

332. Hiérarchie des causes. La persistance de l'incrimination du ministre du culte célébrant jusqu'à nos jours mérite que soient examinées attentivement les causes véritables qui la justifient, car un indice du plus grand intérêt sur la *ratio legis* de cette institution de la laïcité

¹¹⁷⁴ Comp. D. du 7 vendémiaire an IV, qui interdit aux maires, sous peine de prison, d'exiger que les fiancés se marient préalablement à l'Église. D. préc., art. 20 : il est fait défense « à tous juges administratifs et fonctionnaires quelconques d'avoir aucun égard aux attestations que les ministres du culte ou des individus se disant tels pourraient donner relativement à l'état civil des citoyens ». *Ibid.*, art. 21 : « Tout fonctionnaire public chargé de rédiger les actes de l'état civil des citoyens qui fera mention, dans lesdits actes, des cérémonies religieuses, ou qui exigera la preuve qu'elles ont été observées, sera également condamné. »

¹¹⁷⁵ Il déclarait, en obligeant l'Église à suivre l'ordre établi par la loi, c'est-à-dire en respectant la précession de la célébration civile sur la célébration religieuse, suivre les principes énoncés par le chancelier de Pontchartrain dans sa lettre du 3 sept. 1712 au Premier président du Parlement de Besançon : en ce sens, J. BASDEVANT, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage. Du Concile de Trente au Code civil*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900, p. 204. Et suivant ces principes, qui étaient ceux de l'union de l'Église gallicane et de l'État en matière matrimoniale, Portalis concluait qu'« il est donc évident qu'il doit être défendu aux ministres du culte d'administrer le sacrement de mariage toutes les fois qu'on ne leur justifiera pas d'un mariage civilement contracté. »

¹¹⁷⁶ La Cour de Rome chargea le cardinal Caprara de présenter ses objections : de trop nombreux couples, se croyant unis par les liens civils, négligeraient de répéter la célébration face à l'Église ; en outre, cette précession aurait pour effet pervers de rendre les empêchements de l'Église illégitimes aux yeux des mariés, qui voudraient forcer l'Église à bénir une union pour laquelle elle verrait un empêchement dirimant. Fait remarquable, donc : l'Église n'était pas hostile au projet d'incrimination ; au contraire, elle l'appelait de ses vœux. Sur ce point, v. TABARAUD, *Principes sur la distinction du contrat et du sacrement de mariage*, Paris, Librairie de Fortic, 1825, p. 417, reprenant tels quels les mots de J. JAUFFRET, *Examen des articles organiques*, Paris, A. Eymery, 1817, p. 88 : « avant le rétablissement du culte, des hommes dépravés séduisaient de jeunes filles, les conduisaient à l'autel pour y recevoir la bénédiction nuptiale, persuadées que c'était dans cette bénédiction que consistait l'essence du mariage. Ils négligeaient ensuite, sous divers prétextes, de se présenter devant l'officier civil pour lui faire imprimer le sceau de la loi ; mais comme il n'y a que l'acte civil qui puisse assurer l'état des époux et celui des enfants, ils abandonnaient quand ils le jugeaient à propos les malheureuses victimes de leur séduction. Ces désordres ayant été dénoncés par les grands-vicaires de Paris, on crut devoir insérer dans les articles organiques du concordat de 1802 la clause de suivante : "Les curés ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront en bonne forme avoir contracté mariage devant l'officier civil." » Reprenant sa propre plume, M. Tabaraud juge que « cette disposition était très propre à prévenir le désordre : elle ne fut d'ailleurs adoptée que sur la demande de l'autorité ecclésiastique ; de sorte qu'examinée dans son motif et dans ses circonstances, elle est très morale et a tous les caractères d'une loi obligatoire ».

¹¹⁷⁷ De ses propres termes, la loi a voulu essentiellement « mettre un adroit séducteur dans l'impossibilité de conduire une jeune fille devant un prêtre en feignant de la choisir pour épouse, de vivre maritalement avec elle, puis de l'abandonner dès qu'il serait fatigué d'une union devenue importune, sans que la femme eût d'action pour réclamer son état et celui de ses enfants. »

impérative pourrait en être extrait. Ainsi, de la fidélité à la tradition gallicane, à la protection des jeunes filles, en passant par la volonté de mater la rébellion des ultramontains, laquelle des trois causes a persisté, au point que le législateur pénal jugea indispensable de transférer l'incrimination des articles organiques au Code pénal de 1810, et après 1905, de la reconduire, et de la faire survivre dans le Code pénal de 1994 ? Un bref examen de l'usage qui a été fait de l'incrimination, en droit étranger, peut faire émerger la cause déterminante.

333. L'incrimination en droit turc. Nombreux furent les pays qui, à l'imitation de la France, ont introduit le mariage civil obligatoire dans leur droit, souvent en raison des conquêtes napoléoniennes¹¹⁷⁸, mais rares furent ceux qui ont également importé l'incrimination des ministres du culte qui n'auraient pas respecté la précession du mariage civil. Seule la Belgique a incorporé l'incrimination dans son droit répressif¹¹⁷⁹ et, ce qui mérite une attention particulière, la Turquie réformée par Atatürk.

¹¹⁷⁸ Ce mariage civil à la française, qui confine une éventuelle cérémonie religieuse dans le domaine privé, s'est diffusé en Europe par l'imposition du Code civil lors des conquêtes napoléoniennes et par imitation de cette législation. Du fait des conquêtes, il gagna les régions limitrophes de la France : les Pays-Bas (Belgique actuelle), la rive gauche du Rhin, le royaume d'Italie, le royaume de Westphalie, le royaume de Hollande, le duché de Bade, le royaume de Naples. L'Italie, cependant, gardera au mariage religieux la production d'effets civils (C. civ. italien, art. 82 et 83). En Belgique, cette institution sera confirmée par la constitution de 1831 et le maintien du Code Napoléon ; dans les Provinces-Unies, par le nouveau Code civil de 1838. En Allemagne, où le Code Napoléon subsistait dans l'ouest, le mariage civil gagna Francfort en 1850, la Prusse en 1874 et sera généralisé à tout le pays par la loi d'Empire de 1875. En Suisse, à la même époque, quelques cantons adoptèrent le mariage civil obligatoire, et d'autres le mariage civil optionnel. La loi fédérale de 1874, qui unifiait la célébration du mariage, et, plus tard, le Code civil de 1907 (mis en application en 1912), qui unifiait toute la législation matrimoniale, imposèrent le mariage civil obligatoire à tout le pays. En Hongrie, il fut instauré par une loi de 1894. En Tchécoslovaquie, au lendemain de l'avènement de ce pays, une loi de 1919 instaura de même le mariage civil pour tous. Mais comme celle-ci prévoyait son remplacement possible par une cérémonie religieuse, il était en fait optionnel. Il ne deviendra obligatoire qu'après la Seconde Guerre mondiale, sous le régime communiste. En Autriche, où mariage et divorce, bien que régis par un code civil, relevaient de la religion des conjoints, le mariage civil obligatoire sera introduit après l'annexion de 1938, par une nouvelle loi allemande sur le mariage, de la même année. Dans les pays orthodoxes, il ne sera pas instauré avant la Seconde Guerre, sauf en Roumanie qui adopta en 1865 un code civil copié du Code Napoléon. Il en sera de même en Pologne. Ce changement se fera lors du passage de ces pays au communisme, ce qui explique que la Grèce, qui n'a pas été intégrée dans la sphère d'influence soviétique, ait pu laisser subsister le mariage religieux obligatoire, orthodoxe dans l'immense majorité des cas, bien plus longtemps. Les pays baltes, quant à eux, adopteront cette forme de mariage également au lendemain de la Guerre, après leur dans l'URSS. V. A. DITGEN, « Les mariages civils en Europe : histoires, contextes, chiffres », *Droit et société* n°36/37, 1997, p. 309 et s., spéc. p. 313. Comp. E. DU PONTAVICE, « Droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges Voirin*, Paris, LGDJ, 1998, p. 678, spéc. p. 680, se référant à S. ANAN, « Mariage *extra legem* et notion de droit au Japon », in *Mélanges Roubier*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, t. I, p. 1 : « C'est ainsi qu'un juriste japonais a montré que la création d'un Code civil de type occidental sous l'ère Meiji était restée largement ignorée par les intéressés, qui ont continué à célébrer les mariages sous l'autorité des pères de famille et sans recourir aux formes du mariage civil, ce qui naturellement a posé des problèmes juridiques et a obligé les tribunaux japonais à élaborer une théorie ressemblant à celle de notre mariage putatif : le fait s'est imposé au droit et c'est là précisément un des caractères notables du droit de la famille. »

¹¹⁷⁹ C. pén. belge, art. 267 : « Sera puni d'une amende de cinquante euros à cinq cents euros, tout ministre d'un culte qui procédera à la bénédiction nuptiale avant la célébration du mariage civil. Cette disposition ne sera pas applicable lorsque l'une des personnes qui ont reçu la bénédiction nuptiale était en danger de mort, et que tout retard apporté à cette cérémonie eût pu avoir effet de la rendre impossible. En cas de nouvelle infraction de même espèce, il pourra, en outre, être condamné à un emprisonnement de huit jours à trois mois. » Sur cette disposition, v. L.-L. CHRISTIANS,

Lorsque Kemal Atatürk entreprit de moderniser la Turquie, il fit importer en 1926 le Code civil suisse, en y ajoutant l'obligation française de précession de la célébration civile avant la célébration religieuse. Disposition de laïcité impérative jugée nécessaire pour concrétiser la laïcité affirmée par la nouvelle Constitution¹¹⁸⁰, l'incrimination réprimait non le ministre du culte, mais les époux qui négligeraient de se marier devant l'officier de l'état civil. Malgré la loi pénale, la population n'a jamais coopéré avec ces mesures visant à laïciser autoritairement la société civile. Les époux continuèrent de faire célébrer leurs mariages par le seul imam. L'habitude était si profonde que, les générations se succédant, les registres de l'état civil devinrent déficients, à telle enseigne qu'il fallut, pour briser le cercle vicieux et connaître l'état de la population, voter des lois d'amnistie à destination de ces époux hors-la-loi. Les conséquences de ce défaut d'état civil furent exactement les mêmes que jadis, pour les protestants de l'époque classique française : le mariage religieux étant inapte à créer des effets de droit, les concubins devant la loi engendraient des enfants naturels, sans droit de succéder. L'on ne saurait trop souligner à quel point la mesure de laïcité impérative fut un échec : dès son adoption, et jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel censure la différence de traitement entre les enfants naturels et légitimes¹¹⁸¹, des lois d'amnistie furent votées, en moyenne tous les dix ans, dans l'espoir de faire venir ces époux indisciplinés à résipiscence¹¹⁸².

Quoi de commun à ces musulmans d'Anatolie, et aux ministres du culte de la France un siècle auparavant, également visés par la même incrimination ? Parmi les spécialistes de droit turc, nombreux sont ceux qui ne voient rien de commun. Ce serait le poids des habitudes d'une société encore très rurale et peu versée dans la culture de l'écrit qui expliquerait cette longue résistance, plutôt qu'un affrontement entre deux ordres juridiques, l'un nouvellement laïc et l'autre religieux. Certains vont même jusqu'à avancer qu'une telle disposition était un « placage » artificiel de la laïcité française, dépourvu de sens chez les musulmans de Turquie. Que le mariage n'ayant pas, en islam, la dimension sacramentelle du mariage catholique, la présence d'un imam n'avait rien d'obligatoire,

« Belgique et France : la charia désétatisée », in *La charia aujourd'hui : usages de la référence au droit islamique* (dir. B. DUPRET), 2012, Paris, La Découverte, p. 227, spéc. p. 234.

¹¹⁸⁰ La Constitution de 1937 proclame que la Turquie est laïque à l'article 2, laïcité qui sera reprise par la Constitution de 1961 : v. M. ZWAHLEN, « L'application en Turquie du Code civil reçu de la Suisse », *Revue de droit suisse, Neue Folge*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1976, t. 95, p. 249.

¹¹⁸¹ Conseil constitutionnel turc, déc. n°1/18 du 11 sept. 1987, citée par B. ÖZTAN, « Türkisches Familienrecht nach 70 Jahren ZGB », in *Westliches Recht in der Republik Türkei 70 Jahre nach der Gründung* (dir. H. SCHOLLER et S. TELLENBACH), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, p. 122.

¹¹⁸² Ces lois d'amnistie sont les suivantes : L. n° 2330 du 26 juill. 1933 ; L. n° 2576 du 5 juill. 1934 ; L. n° 4727 du 30 avr. 1945 ; L. n° 5524 du 1^{er} févr. 1950 ; L. n° 6652 du 30 janv. 1956 ; L. n° 554 du 29 mars 1965 ; L. n° 1826 du 20 juin 1974 ; L. n° 2526 du 18 sept. 1981 ; L. n° 3716 du 8 mai 1991 : sur cette recension, v. B. ÖZTAN, art. préc., p. 89.

et résultait d'une habitude locale d'Anatolie ; par conséquent, la désobéissance ne révélerait pas une authentique rébellion contre le nouvel ordre établi¹¹⁸³.

De notre point de vue, cette analyse, trop préoccupée par des considérations théologiques, pêche par myopie. Qu'en Turquie, la résistance passive à cette mesure de laïcité impérative résulte d'une revendication ouvertement politique, manifestant l'existence de « contre-courants du kéralisme, c'est-à-dire des courants qui vont à l'encontre des réformes d'Atatürk »¹¹⁸⁴, ou que la volonté d'affrontement entre les deux ordres juridiques ne soit pas explicite, nous avouons, pour notre part, ne faire aucune différence. En effet, le même problème avait été rencontré en Algérie française : là aussi, les autorités municipales avaient échoué à dresser un état exact de la population, les époux musulmans se sentant mariés par un acte privé, et développant leur contre-société loin des regards de l'État. Et, aux dires de certains auteurs français, la résistance au nouvel état des personnes lors de la période révolutionnaire française, avait aussi une cause dans les habitudes des campagnes françaises¹¹⁸⁵. À notre avis, ce qui compte est l'intention du législateur. Il a entendu établir son emprise sur une population, et a cru que le moyen d'y parvenir était de substituer son autorité à celle, réelle, de la religion. En Turquie comme en France, le législateur entendait, avant toute autre considération, substituer « une hégémonie laïque à l'hégémonie religieuse, ce qui a supposé force arrachements. »¹¹⁸⁶.

334. Identification de la *ratio legis* de l'incrimination française. L'exemple du droit turc permet d'éclairer la *ratio legis*, en France comme ailleurs, de l'incrimination : fondamentalement, l'incrimination « n'est point réaction face à un comportement par nature antisocial. »¹¹⁸⁷. Elle est plutôt l'« instrument d'accompagnement d'une politique — sinon d'une philosophie — étatique et laïque. »¹¹⁸⁸. On aboutit à ce résultat paradoxal, si bien identifié par M. Thierry Revet, que « les

¹¹⁸³ C'est l'avis de G. JÄKSCHÉ, « Die Imam-Ehe in der Türkei », *Die Welt des Islams*, Leiden, E. J. Brill, 1955, p. 164. *Contra* : H. KRÜGER, « Fragen des Familienrechts : Osmanisch-islamische Tradition versus Zivilgesetzbuch », *Revue de droit suisse, Neue Folge*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1976, t. 95, p. 287, spéc. p. 288.

¹¹⁸⁴ M. ZWAHLEN, « L'application en Turquie du Code civil reçu de la Suisse », *Revue de droit suisse, Neue Folge*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1976, t. 95, p. 249, spéc. p. 259. Elle affirme que : « certains partis, souvent dans le but d'accéder ou de se maintenir au pouvoir, se sont appuyés sur les milieux religieux dont ils ont encouragé l'emprise sur l'éducation et sur le comportement social du peuple turc, en fermant les yeux sur les entorses faites au principe du laïcisme. »

¹¹⁸⁵ En ce sens, G. NOIRIEL, « L'identification. des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses*, 13, 1993, p. 3, spéc. p. 13 : « Plus que le clergé lui-même, ce sont les traditions religieuses, encore très ancrées dans les campagnes, qui constituent les obstacles les plus importants. Souvent les paysans ne déclarent pas les naissances à la mairie, parce qu'ils croient que "les notes de baptêmes tenues par les ecclésiastiques suffisent pour constater cet état" ».

¹¹⁸⁶ T. REVET, « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage », *JCP G* 1987, doct. 3309, n° 20.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*

¹¹⁸⁸ *Ibid.* : « La rédaction, en 1810, des articles 199 et 200 du Code pénal atteste seulement d'un renforcement de la répression, fondé sur la volonté d'éviter la persistance du contentieux né de la sécularisation. Les motifs avancés au soutien de la création de cette infraction participent d'une conception active de la laïcité : tant la distinction effectuée

ministres du culte sont ainsi désignés comme les garants de la suprématie de la législation civile. L'Église est partiellement responsable de la laïcisation du mariage, de l'état civil, et partant, de la société. »¹¹⁸⁹. Du reste, à l'époque contemporaine, plus personne ne se laisse abuser.

Ainsi, un annotateur d'une décision judiciaire ayant réprimé ce comportement¹¹⁹⁰ rétablit la véritable hiérarchie des priorités. « Il ne faut pas oublier, écrit-il, le but essentiel de la disposition de l'article 199 qui [...] était, au lendemain du bouleversement apporté par la Révolution française, d'assurer la sécularisation effective du mariage »¹¹⁹¹, et ce, contre les ministres du culte qui seraient « amenés à le transgresser par ignorance ou par esprit de rébellion. »¹¹⁹². Aussi bien, la doctrine est-elle aujourd'hui unanime : il s'agit bien d'une mesure de laïcité impérative¹¹⁹³, spécialement dirigée contre les ministres d'un culte dont l'action sur les personnes est virtuellement séditeuse.

335. En résumé. Le législateur révolutionnaire a été tenté, dans un premier temps, d'ignorer la force normative de l'Église, et de la laisser enregistrer les naissances, célébrer les mariages et enterrer les morts selon son rite, sans reconnaître aucun effet à ces actes, qui ne constituaient plus l'état civil des citoyens. Ce premier temps de coexistence indépendante n'a pas duré : rattrapant ce qu'il estimait devoir être de sa compétence exclusive, le législateur révolutionnaire a lutté activement contre le pouvoir de l'Église, vu comme une force séditeuse,

entre l'acte constitutif du mariage et la bénédiction nuptiale que la crainte d'une confusion, dans l'esprit "des gens simples", justifient la rigueur de la sanction pénale. Il en va de l'ordre public familial et matrimonial, lequel exige l'uniformité des statuts. Dès lors qu'existe un risque d'hésitation relativement à l'autorité de la cérémonie religieuse, la chronologie légale s'impose : le caractère facultatif du mariage religieux limite nécessairement sa position. En procédant à une cérémonie religieuse préalable à la célébration civile, le ministre du culte trouble l'ordre social : il bénit une union qui n'existe pas, ce qui laisse penser qu'il s'autorise à la former hors les voies légales. L'État ne saurait l'admettre. »

¹¹⁸⁹ T. REVET, *op. cit.*

¹¹⁹⁰ Trib. police Dunkerque, 9 mars 1972, *JCP G* 1972. II. 17215, obs. R. DE LESTANG et *RTD civ.* 1972. 771, note R. NERSON : le tribunal de police, notant que « l'infraction dont il s'agit n'a été commise qu'à l'instigation d'André Chavanat, Vicaire général de l'Évêché de Lille, et n'aurait pas été perpétrée sans l'avis émis par lui ; qu'André Chavanat doit donc être considéré comme coauteur de ladite infraction », n'y voit pas de commandement de l'autorité légitime, justifiant l'infraction commise par le prêtre : ce fait justificatif n'existe-t-il pas, dans le cas particulier de la hiérarchie catholique ? Est-ce un indice que l'État français ne reconnaît pas d'autorité légitime dans la hiérarchie de l'Église ?

¹¹⁹¹ R. DE LESTANG, note sous Trib. police Dunkerque, 9 mars 1972, *JCP G* 1972. II. 17215 : « Il ne faut pas oublier le but essentiel de la disposition de l'article 199 qui, outre la protection de la femme contre un mariage qu'elle pourrait croire valable alors qu'il est sans portée au regard du droit civil, était, au lendemain du bouleversement apporté par la Révolution française, d'assurer la sécularisation effective du mariage, considéré par elle comme un simple contrat qui ne pouvait être passé que devant l'officier de l'état civil ; aujourd'hui, le mariage civil est si bien entré dans les mœurs que tous s'y plient volontiers, même si pour les catholiques il n'est définitif qu'après une cérémonie religieuse, mais la disposition légale qui considère celle-ci comme un accessoire facultatif qui ne saurait devancer le principal demeure toujours en vigueur et doit donc être respectée. »

¹¹⁹² R. DE LESTANG, note sous Trib. police Dunkerque, 9 mars 1972, *JCP G* 1972. II. 17215.

¹¹⁹³ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, Paris, LGDJ, 2013, n° 76, p. 92-93 : l'auteur avait ainsi représenté la figure inverse de la relevance, celle de l'irrelevance, qui peut connaître « des états gradués », qui peut « prendre des formes agressives quand des individus se rallient spontanément à des règles d'un ordre autre, dont ils invoquent la légitimité. L'État peut tenter de réprimer ces manifestations divergentes qui empiètent sur le champ juridique, qu'il s'agisse de les interdire ou de les étouffer – voire de les récupérer, si la tension qui s'exerce sur l'État est trop forte. »

capable de provoquer des rébellions contre le pouvoir récemment établi. Ainsi sont nées les infractions dirigées contre les ministres du culte célébrant, et qui perdurent encore en droit français. De l'avis du doyen Carbonnier, il s'agissait de simples « précautions destinées à préserver la supériorité de l'acte laïc »¹¹⁹⁴, participant d'un « système qui a rassuré les dissidents, assuré la paix religieuse, fonctionné, depuis Louis-Philippe au moins, à l'apparent contentement de tous. »¹¹⁹⁵. Pour lui, « s'il est remis en question, ce sera à cause du divorce. »¹¹⁹⁶.

§ 2 Le divorce érigé en symbole de la laïcité du droit privé

336. Les vicissitudes de la République au XIX^{ème} siècle. Le divorce est lié aux progrès et aux reculs de la République jusqu'à la caricature. Introduit dans notre droit par la loi du 20 septembre 1792, qui tirait les conséquences de ce que l'assemblée constituante avait déclaré le mariage simple contrat civil, maintenu dans le Code Napoléon, aboli avec la restauration de la monarchie en 1816, réintroduit lors de la Troisième République en 1884, le divorce a vu le nombre de ses causes s'élargir en pleine période anticléricale, en 1908, pour être à nouveau restreint sous le régime de Vichy, et revenir à son point antérieur à l'Occupation lors du rétablissement de la légalité républicaine. La séparation de corps suivit le cheminement inverse, et presque aussi tourmenté que le divorce : abolie lors de l'adoption du divorce, réintégrée lors de l'abrogation du divorce, et maintenue plus tard par égard pour les catholiques, sa destinée lui valut le sobriquet de « divorce des catholiques ».

337. Évolution des arguments justifiant le divorce. La manière dont le divorce a été justifié ou critiqué, aux différents âges de la République, mérite d'être examinée. Alors que pour faire accepter le mariage civil, et lui donner la primauté sur l'acte religieux, les considérations de liberté individuelle avaient été absentes du débat, c'est sur ce terrain que fut placée la discussion relative au divorce dès son introduction dans notre droit civil. Plus précisément, en jugeant que la faculté de divorcer était un corollaire de la liberté religieuse, les législateurs révolutionnaires ont donné à cette liberté une coloration spécifique : ils en ont fait une liberté essentiellement négative, celle de ne pas être soumis à un statut religieux **(I)**. C'était faire du divorce une manifestation anti-religieuse, et lorsque la Charte de 1814 établit le culte catholique comme religion d'État, le divorce sera aboli comme une insulte à la religion établie **(II)**. Son statut de lèse-religion fera de lui une

¹¹⁹⁴ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage » (1950), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 202, spéc. p. 214.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ *Ibid.*

institution de la république laïque, et il fut définitivement rétabli en même temps que furent votées les grandes lois laïques de la III^{ème} République (III).

I. L'argument de la liberté religieuse négative lors de la Révolution et du Code Napoléon

338. L'admission du divorce au nom de la liberté individuelle. Depuis que l'Église a consacré le principe d'indissolubilité du mariage comme une conséquence nécessaire de la nature sacramentelle du mariage¹¹⁹⁷, soit aux alentours de l'an 1200, le droit canonique n'est plus jamais revenu sur cette prohibition¹¹⁹⁸, en l'assortissant seulement de deux tempéraments : la nullité du mariage et la séparation de corps¹¹⁹⁹. Dans sa fidélité au droit canonique, la législation française avait fait sienne cette prohibition, jusqu'à la Révolution. Dès la séance du 5 août 1790, au cours de la discussion sur l'organisation judiciaire, Gossin avait exposé à l'Assemblée nationale constituante le but vers lequel devait tendre l'activité du législateur : « Il convenait après la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, de faire, pour ainsi dire, la déclaration des droits des époux, des pères, des fils, des parents, etc. »¹²⁰⁰. Les conséquences concrètes de cette nouvelle liberté individuelle allaient être déduites à l'été 1792. À la séance du 30 août 1792¹²⁰¹, Aubert-Dubayet fit remarquer que personne n'avait encore déterminé la manière dont le mariage, désormais simple contrat civil, pouvait être rompu. Il proposait qu'on admît en conséquence le divorce¹²⁰². La séparation de corps fut abolie, et le 20 septembre 1792, le célèbre décret de laïcisation de l'état civil

¹¹⁹⁷ Bien avant le Concile de Trente qui, rappelons-le, était essentiellement une confirmation des acquis du droit canonique, confirmés en réponse aux critiques de Luther. Ainsi, la nature sacramentelle du mariage, et son indissolubilité, résultent de certains textes du Nouveau Testament : v. Évangile de Matthieu, XIX, 3 et s. : « Ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare pas », et épîtres de Saint Paul : I, *Corinthiens*, VII, 10 et 11, *Éphésiens*, V, 32.

¹¹⁹⁸ Au début du XIII^{ème} siècle, le pape Innocent III lutte victorieusement contre la dissolution du mariage de Philippe Auguste et d'Ingeborg ; les Décrétales de Grégoire IX (1234) réaffirment le principe absolu d'indissolubilité du mariage, qui n'a plus jamais été démenti, pas même après le Concile de Vatican II : v. J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2010, 2^{ème} éd., n° 115, p. 144.

¹¹⁹⁹ La séparation de corps est acceptée par le droit canonique comme un tempérament nécessaire au principe d'indissolubilité du mariage : v. A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, Larose, 1891, vol. 2.

¹²⁰⁰ *Archives parlementaires*, t. XVII, p. 617 : « Il convenait après la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, de faire, pour ainsi dire, la déclaration des droits des époux, des pères, des fils, des parents, etc. Le tribunal de famille qui vous est proposé, Messieurs, va détruire pour jamais ces procès en séparation de corps, inconnus aux anciens peuples, et dont quelques nations modernes ont eu si longtemps à rougir. Un cri de proscription s'est élevé contre ces procédures si favorables au vice adroit, si peu utiles à l'innocence timide, et dont la scandaleuse publicité perpétuait la haine entre les familles et alimentait la dépravation des mœurs, cet usage gothique nommé la séparation de corps, encore plus redoutable pour la société que pour les individus [...] Comment donc, au célibat de ceux qui fuient le mariage, a-t-on pu ajouter le célibat de ceux à qui l'on refuse le mariage. [...] Je vous en conjure, Messieurs, assurez à jamais la liberté individuelle de l'homme. »

¹²⁰¹ *Archives parlementaires*, t. XDIX, p. 117, 118.

¹²⁰² Ce qui fut chaudement salué par l'assemblée. Cambon, parlant au nom de l'Assemblée, déclara que « l'intention de l'Assemblée nationale est de respecter les opinions religieuses, mais elle ne souffrira jamais qu'elles puissent influencer sa législation. » : v. *Archives parlementaires*, t. XDIX, p. 117, 118.

admettait également le divorce¹²⁰³, auquel le législateur révolutionnaire adjoindra le très grand nombre de causes qu'on connaît. La suite est connue : les causes de divorce, déjà libérales¹²⁰⁴, ont été encore facilitées par la Convention¹²⁰⁵.

Dès son introduction dans le droit civil, le divorce fut justifié par les principes libéraux de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹²⁰⁶. Cet argument venu au soutien du divorce allait se développer au cours du XIX^{ème} siècle et consacrer dans les mentalités françaises une conception particulière de la liberté religieuse.

339. La consécration de la liberté religieuse négative. Portalis le dit avec la clarté qui lui est accoutumée : « Le véritable motif qui oblige les lois civiles à admettre le divorce, c'est la liberté des cultes. Il est des cultes qui autorisent le divorce, il en est qui le prohibent : la loi doit donc le permettre, afin que ceux dont la croyance l'autorise puissent en user. »¹²⁰⁷. Ce qui fut compris de tous, puisque le Premier Consul résuma l'idée comme un « système [...] fondé sur ce qu'il y a des catholiques et des protestants »¹²⁰⁸. Cette liberté de culte se conçoit donc essentiellement en ce qu'elle permet à chacun de ne pas être déterminé juridiquement par sa religion

¹²⁰³ D. du 20 sept. 1792, section V « Du divorce dans ses rapports avec les fonctions de l'officier public chargé de constater l'état civil des citoyens ».

¹²⁰⁴ Les causes de divorce étaient : le consentement mutuel, l'incompatibilité d'humeur ou de caractère, pour des motifs déterminés, comme le dérèglement des mœurs, crimes, sévices ou injures graves, la condamnation à une peine infamante, la démence, l'absence, l'abandon, l'émigration.

¹²⁰⁵ D. du 8 nivôse et du 4 floréal an II, la Convention a en particulier supprimé tout délai d'épreuve en cas de séparation depuis 6 mois. Les statistiques montrent les grandes conséquences de cette législation : en 1794, il y eut 34 % de divorces : à Toulouse, en 1793, il y avait 1 divorce pour 10 mariages, en 1794, 1 divorce pour quatre mariages, et 1 pour deux dans les six mois allant de floréal à fructidor an II. Bien entendu, la réaction ne tarda pas à se produire : la Convention elle-même, par le décret du 15 thermidor an III, supprima la faculté instituée par son décret de floréal an II, de divorcer après 6 mois de séparation. Sur ces évolutions, v. J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2010, 2^{ème} éd., n° 117, p. 146.

¹²⁰⁶ Citons encore un défenseur du divorce, qui avait salué les progrès des libertés individuelles, Murair, qui fit le commentaire suivant : « Nous pouvons en ce moment déclarer un principe que réclament la morale, la politique et la déclaration des Droits. » : v. *Gazette Nationale*, n° 245, du 1^{er} sept. 1792, cité par Ch. BLANC DU COLLET, *Contribution à l'histoire du rétablissement du divorce en France en 1884*, 1939, p. 31.

¹²⁰⁷ Portalis, in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, t. IX, p. 248 et s. : « Le contrat de mariage, les causes qui le forment, les causes qui le dissolvent sont exclusivement du domaine de la loi civile : ainsi le législateur peut autoriser le divorce. Examinons maintenant s'il doit l'autoriser. Le besoin de la langue a seul fait admettre cette expression "permettre, autoriser le divorce". À parler exactement, la loi civile ne le permet ni ne l'autorise, elle se borne à en prévenir l'abus. La loi civile dit ici : "Je laisse à la conscience l'usage du divorce, mais si l'on en abuse contre l'ordre, je le défends." Le législateur doit donc permettre le divorce si la politique le veut. Pesons maintenant les motifs qui l'ont fait adopter par la politique. Le véritable motif qui oblige les lois civiles à admettre le divorce, c'est la liberté des cultes. Il est des cultes qui autorisent le divorce, il en est qui le prohibent : la loi doit donc le permettre, afin que ceux dont la croyance l'autorise puissent en user. Ainsi le système du divorce doit être conservé dans la législation civile. »

¹²⁰⁸ Ainsi s'exprimait le Premier Consul, in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. IX, p. 248 et s., spéc. p. 260 : « Votre système est fondé sur ce qu'il y a des catholiques et des protestants ; mais vous rendez l'obtention du divorce si difficile qu'elle est inconciliable avec les bonnes mœurs. Si vous en étiez le maître, vous n'admettriez pas le divorce, car ce n'est pas en voulant que de le rendre déshonorant pour ceux qui le demanderaient, excepté pour les hommes à masque de bronze. »

d'origine. Encore fallut-il permettre à ceux qui en manifestaient la volonté de vivre en concordance avec leur foi. C'est ce qui a amené Portalis à réintroduire la séparation de corps, « afin que chacun pût en user suivant sa conscience. »¹²⁰⁹.

Le principe de la liberté religieuse fut définitivement conquis, mais il fallut s'accorder sur les conséquences à lui donner. Et bien qu'elle ne niera pas la valeur de la liberté religieuse, la monarchie restaurée revint sur la conséquence que les révolutionnaires lui avaient donnée, en abolissant le divorce.

II. L'argument de la religion d'État lors des retours de la monarchie

340. La première restauration et l'abrogation du divorce. La monarchie de retour entendait rétablir l'alliance du trône et de l'autel, en rétablissant le catholicisme comme religion d'État dans la Charte de 1814¹²¹⁰. Et si l'on en croit l'empressement avec lequel la loi « Bonald » fut votée, il ne serait pas inexact d'affirmer qu'un des premiers soucis de la restauration de la monarchie fut d'abolir le divorce. C'était du moins ce qu'avancait Bonald, lorsqu'il plaidait pour l'abrogation du titre VI du Code Napoléon relatif au divorce : « Sans doute, Messieurs, le rétablissement de la religion est le besoin le plus pressant du peuple, et le premier vœu de ses députés : notre devoir est de lui rendre sa considération et son influence, de la replacer dans les habitudes et les sentiments des peuples, et d'en faire, en un mot, le plus puissant auxiliaire de l'Administration, comme elle est le dogme fondamental et la sanction nécessaire de toute constitution. Mais, dans la question qui vous occupe, le Gouvernement aura rempli tous ses devoirs envers la religion, lorsqu'il aura pourvu à ce que le lien du mariage, formé par le consentement mutuel des parties, garanti par la puissance civile et consacré par la puissance religieuse, ne puisse être dissous par la loi. »¹²¹¹. Certains cultes admettaient-ils le divorce ? L'argument fut balayé par le rapporteur de la proposition de Bonald devant la Chambre, Trinquelague, au nom de la majorité : « Si ce dogme n'est pas reconnu par

¹²⁰⁹ Portalis, séance du 18 oct. 1801 (26 vendémiaire), in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. IX, p. 328 et s. : « La législation doit être concordante dans toutes ses parties. Elle consacre la liberté des cultes : or, partout où cette liberté existe, le divorce et la séparation ont été également établis afin que chacun pût en user suivant sa conscience. »

¹²¹⁰ Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, art. 6 : « Cependant la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'État. »

¹²¹¹ *Archives parlementaires*, 2^{ème} série, t. XV, p. 609 et s., cité par Ch. BLANC DU COLLET, *Contribution à l'histoire du rétablissement du divorce en France en 1884*, 1939, p. 109-110. La conception du mariage de Bonald était très anti-laïque, puisqu'il revient à la conception d'un mariage, à la fois contrat et sacrement : « Le mariage est un acte domestique, civil et religieux à la fois, qui, dans l'état public de la société exige, pour être valide, le concours des trois pouvoirs, domestique, civil et religieux : dans le consentement des parties autorisées par leurs parents, dans l'intervention du pouvoir civil, dans le concours de l'autorité religieuse. Une fois le lien formé par ce triple nœud, et que la famille qu'il a fondée a pris rang parmi les familles qui composent l'État, le législateur ne doit plus la considérer que comme partie intégrante et inséparable du grand tout politique composé lui-même de familles, de religion et d'État. »

toutes les Églises chrétiennes, il l'est incontestablement par l'Église catholique, et la religion de cette Église est celle de l'État ; elle est celle de l'immense majorité des Français [...] Reconnaissons-le donc, Messieurs, notre code peut être purgé de la souillure du divorce, le divorce ne peut y être maintenu sans porter la plus cruelle atteinte au culte catholique. »¹²¹². Sans doute ce furent ces arguments qui donnèrent au divorce son allure d'« intolérance de la religion officielle appuyée sur les forces de conservatisme social »¹²¹³.

341. Les révolutions de 1830 et 1848. La Révolution de Juillet a retiré à la religion catholique le statut de religion d'État¹²¹⁴. Dans sa suite, la Chambre des députés était saisie, le 11 août 1831, d'une proposition de rétablir le divorce par abrogation de la loi de 1816, présentée par M. de Schönen à la Chambre des Députés¹²¹⁵. Pourtant, la proposition fut un échec. Elle fut suivie d'une autre proposition visant à rétablir le divorce après la proclamation de la République en 1848, mais là encore, les événements politiques du temps contraignirent l'auteur du projet, Crémieux, de le retirer avant même qu'il ne fût discuté. Aussi bien fallut-il attendre l'abolition définitive de la monarchie, et le retour de la République, pour qu'il soit question de restaurer le divorce.

Une remarque peut être faite au sujet de l'emploi de l'argument religieux, invariablement repris par les partisans de la monarchie. En réalité, le camp anti-divorce aurait pu justifier sa position autrement qu'en se fondant sur la religion d'État ou de la majorité des Français — par exemple, en déclarant que la nature contractuelle du mariage ne supprime pas son caractère institutionnel, ce qui aurait pu justifier certaines restrictions dans les causes de sa dissolution. Or, en persistant à placer le divorce sur le terrain religieux, ses détracteurs l'ont hissé au rang d'un symbole de la République. Le doyen Carbonnier résume ainsi la fortune que devait connaître le divorce dès le retour de la République : « D'avoir été ainsi aboli pour cause de lèse-religion, le divorce renforça sa réputation de laïcité militante, ce qui aida par la suite à le rétablir et même à l'étendre. »¹²¹⁶. Il faudra toutefois attendre la fin du Second Empire pour voir le divorce rétabli.

¹²¹² Comité secret du 16 févr. 1816, *Archives parlementaires*, 2^{ème} série, t. XVI, p. 193 et s., cité par Ch. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, p. 114. Également : « Si la religion n'est pas un vain nom dans l'État, si le trône doit essentiellement s'appuyer sur cette base sacrée, si ses préceptes sont le seul moyen de consolider les institutions humaines, la France, catholique dans la presque généralité de son étendue, ne doit pas admettre le divorce. »

¹²¹³ Ch. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, p. 115.

¹²¹⁴ Charte constitutionnelle du 14 août 1830, art. 5 : « Chacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection. »

¹²¹⁵ *J.O.* du 31 janv. et du 1^{er} févr. 1880 ; annexe n° 2177 ; p. 1097 et 1146, cité par Ch. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, p. 118-119 : « Article 1^{er}.— La loi du 8 mai 1816, qui abolit le divorce, est rapportée. Article 2.— Les dispositions du titre VI du livre I du code civil reprennent, à dater de la promulgation de la présente loi, leur force et leur vertu. »

¹²¹⁶ J. CARBONNIER, « La sécularisation du droit civil par le Code civil des Français », in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1384, spéc. p. 1393. Napoléon avait écrit à Murat, le 27 nov. 1808 : « Je préférerais que Naples fût à l'ancien roi de

III. L'argument de la laïcité lors de la III^{ème} République

342. Une des grandes lois laïques de la III^{ème} République. Trois fois, de 1876 à 1884, Naquet proposa l'abolition de la loi « Bonald ». La première fois, il invoqua l'indignité à accomplir le devoir conjugal entre les époux qui ne s'aiment plus¹²¹⁷. L'argument de la liberté religieuse n'apparaît qu'avec la deuxième proposition¹²¹⁸. C'est à ce moment qu'apparaît pour la première fois l'argument de la séparation des ordres religieux et étatique. La chronologie que fit, en 1880, le rapporteur de la deuxième proposition « Naquet » est intéressante, parce qu'elle montre que désormais, la question de l'indépendance des deux ordres passe au premier plan. Pour lui, « la loi du 20 mai 1816 n'avait été qu'une loi de réaction religieuse, exclusivement dirigée contre l'indépendance de la législation civile. »¹²¹⁹. De même, la Révolution de 1830, « qui enleva à la religion catholique la qualification de religion d'État »¹²²⁰, avait rétabli « dans la Charte des Français le principe de laïcité des pouvoirs publics, proclamé en 1789 »¹²²¹. C'est la première fois, à notre connaissance, que la question du divorce est liée à l'emploi du terme « laïcité ». Et l'on ne saurait s'en étonner, dès lors que l'usage de ce terme n'a commencé à entrer dans le vocabulaire des pouvoirs publics qu'à partir de la Troisième République¹²²². La troisième proposition, du 11 novembre 1881, fut celle qui fut retenue, et elle fut soutenue de la même argumentation¹²²³. Votée le 27 juillet 1884, la loi « Naquet » limitait les causes de divorce à trois, à peu près celles de 1804, à

Sicile, plutôt que de laisser ainsi châtrer le Code Napoléon [...] ; le titre relatif au divorce en est la considération la plus importante, le fondement, la loi de l'État. » (cité par Carbonnier, « Le Code civil », in *Le Code civil : 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 17, spéc. p. 22.)

¹²¹⁷ La première date du 6 juin 1876 : « Dès qu'un homme se donne à une femme ou une femme à un homme sans amour, avec un sentiment de répulsion, quand bien même ce serait par dévouement, il y a prostitution, dégradation. » (J.O. 22 juin 1876, annexe n° 177, cité par Ch. BLANC DU COLLET, *Contribution à l'histoire du rétablissement du divorce en France en 1884*, 1939, p. 123).

¹²¹⁸ Dans la deuxième, du 21 mai 1878, limitant les cas de divorce qu'il propose, il demande que demeurent abrogés les articles 276 et 277 du Code Napoléon, qui permettaient le divorce par consentement mutuel. Et cette fois, il invoque l'argument de la séparation des ordres religieux et politique : « Les Assemblées législatives ne sont pas des conciles, elles font des lois pour tous les citoyens, et ces lois, lorsqu'elles sont libérales, ont cet immense avantage qu'elles ne violent aucune conscience, tandis qu'il en est autrement des lois restrictives de la liberté. » (J.O. du 9 févr. 1881, chambre, débats parlementaires, p. 188, cité par Ch. BLANC DU COLLET, *Contribution à l'histoire du rétablissement du divorce en France en 1884*, 1939, p. 126).

¹²¹⁹ Léon Renault, rapportant la proposition de loi « Naquet », J.O. du 31 janv. et du 1^{er} févr. 1880 ; annexe n° 2177 ; p. 1097 et 1146, cité par Ch. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, p. 118-119.

¹²²⁰ *Ibid.*

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² V. cependant la recherche linguistique de V. RIBOULOT-THIERY, « Cinq questions sur l'histoire du mot *laïcité* », in *La laïcité dans la tourmente* (dir. R. LETTERON), Paris, Presse Sorbonne Université, coll. « Sorbonne Essais », 2019 : l'auteur fait remonter le premier usage du terme laïcité à 1849, dans la bouche d'un conseiller général du Var lors d'une délibération.

¹²²³ Lors de la séance du 6 mai 1882, Chambre des députés Naquet se borne à préciser que l'adoption du divorce est une nécessité sociale, v. Ch. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, p. 129 : « Remarquez, Messieurs, qu'il ne s'agit pas d'une question religieuse ; il ne s'agit pas d'une question politique ; il s'agit d'une question sociale. » Il fallut attendre le 19 juill. 1884 pour que la Chambre l'adopte définitivement, et le 27 juill. pour qu'elle ait force de loi.

l'exclusion absolue du consentement mutuel : « non seulement celui-ci n'était pas une cause de divorce, mais des précautions étaient prises pour que son interdiction ne fût pas tournée »¹²²⁴, comme le rejet de la preuve par aveu et l'impossibilité d'acquiescer au jugement prononçant le divorce. Le caractère transactionnel de la loi ne saurait occulter un fait symbolique d'importance : la loi « Naquet » est une loi laïque de la Troisième République. Du mot de Ripert, « l'institution fait partie du programme républicain. »¹²²⁵. Aussi devrait-elle avoir sa place, dans le triptyque habituel des grandes lois laïques qui ont marqué le régime, à côté de la loi sur l'école laïque, gratuite et obligatoire, des lois restreignant les congrégations religieuses, et de la loi de séparation des Églises et de l'État.

343. Retombées de l'anticiérisme de la période de 1905 sur le divorce. Réserve faite du régime de Vichy, le divorce resta à peu près intact pendant près de 90 ans, jusqu'à la grande réforme de 1975. Certaines retouches précoces ont toutefois été aperçues par le doyen Carbonnier, qui a remarqué qu'elles pointaient toutes vers une faveur plus grande envers le divorce. Il faut dire que dès la loi « Naquet », la conversion de la séparation de corps en divorce fut acceptée¹²²⁶. En 1904, une loi supprime l'interdiction pour l'époux adultère d'épouser son complice. Et dès 1908, la séparation de corps est obligatoirement convertie en divorce au bout de trois ans de séparation¹²²⁷. Cette faveur évidente envers le divorce, contre la concession qui avait été faite aux catholiques en maintenant la séparation de corps dans le droit civil¹²²⁸, lui valut la qualification de

¹²²⁴ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2010, 2^{ème} éd., n° 119, p. 147.

¹²²⁵ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil*, Paris, LGDJ, 1936, p. 73-75 : « Tout d'abord, il a fallu reconquérir contre l'Église le divorce qu'elle n'a cessé de combattre. L'institution fait partie du programme républicain. Malgré les vues individuelles de quelques sociologues (Durkheim et Comte) qui se sont permis de le combattre, la doctrine officielle du parti n'a jamais changé, et l'histoire du divorce est liée en France à l'histoire politique. Le premier soin de la Révolution avait été de tirer la conséquence logique de la laïcisation du mariage en établissant le divorce et aussi de supprimer la séparation de corps au nom de la liberté. Le Code civil, sur ce point, a maintenu le principe révolutionnaire, tout en établissant à l'usage des catholiques une séparation de corps civile. Mais la Restauration supprima le divorce comme une satisfaction donnée à l'Église contre le régime issu de la Révolution. En vain, quatre fois la Chambre des députés sous la Monarchie de juillet en votera-t-elle le rétablissement ; la Chambre des Pairs ne le permit jamais. Les hommes de 1848, eux-mêmes, n'osèrent pas. Sous le Second Empire, le parti républicain inscrit le divorce dans son programme. En 1876, Naquet commence la lutte contre l'Église. Il ne réussit pas en 1881 à faire voter un projet qui rappelait de trop près la loi de 1792. Trois ans après, les Chambres républicaines votent la loi plus modérée du 27 juillet 1884 qui, réserve faite du divorce par consentement mutuel, rétablit le texte du Code civil. Tous les républicains ont voté la proposition. Ils ne pensaient pas, par là, compromettre l'organisation de la famille [...] S'ils votaient le rétablissement du divorce, c'est parce que sa suppression avait été une victoire de l'Église catholique contre la laïcité. Le divorce fait partie de l'héritage de la Révolution. En France la cause de la République et celle du divorce sont liées. »

¹²²⁶ Avec l'intégration dans le Code civil de l'article 310 : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux [...] »

¹²²⁷ L. du 6 juin 1908, qui lui valut une diatribe sévère de la part de J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage » (1950), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 202, spéc. p. 214 : « Car, à côté de cette laïcité purement passive, négative, laïcité d'état-civil, il y en aurait une autre, agressive, qui tiendrait à l'introduction du divorce. »

¹²²⁸ Aujourd'hui, la séparation de corps existe encore dans notre droit : C. civ., art. 296 à 308. Cependant certains auteurs s'interrogent sur l'utilité d'une institution si peu utilisée et dont la conversion en divorce est si aisée : v. *Rép. civil* Dalloz, V° « Séparation de corps », par N. DISSAUX, A. BRETON, J. BOUTON, E. FORTIS, avr. 2019, n° 3 : « La

mesure de laïcité agressive¹²²⁹. Et ce « n'est pas inattendu, car elle se place au paroxysme de la lutte anticléricale. »¹²³⁰. De cette lutte anticléricale, l'Église ne devait plus jamais reprendre l'avantage. Désormais, « l'anticléricisme fait obligatoirement partie du programme de ceux qui se réclament de la tradition révolutionnaire. »¹²³¹. Aussi le divorce ne fut-il plus jamais l'objet de contestations sérieuses — « ce serait faire preuve d'un esprit antidémocratique. »¹²³².

344. En résumé. Si la destinée du divorce est liée à celle de la République laïque, il n'est pas exagéré de dire que ce sont les arguments mobilisés en faveur de son établissement, de son abolition et de sa restauration, qui ont fait du divorce l'institution de la laïcité impérative qu'il est devenu. La succession des arguments permet de comprendre, en creux, le sens que les révolutionnaires, les monarchistes et les républicains ont donné à la laïcité. Ainsi, dans l'esprit des révolutionnaires, la liberté religieuse devait être comprise négativement, par le droit de chacun de ne pas être déterminé juridiquement par son appartenance religieuse. Ce droit impliquait d'établir un état des personnes détaché des normes religieuses, applicable à tous les Français. L'abolition du divorce ne fit qu'augmenter sa charge symbolique, et cette conception, toute négative, de la liberté

séparation de corps a-t-elle vraiment un rôle à jouer au XXI^e siècle ? Un tel vestige vaut-il d'être conservé ? Certes, la séparation de corps est de moins en moins utilisée. Toutes les études sociologiques en attestent : elle se marginalise. » Un tableau représentant l'évolution du nombre de cas de séparation de corps, reproduit dans l'étude, indique qu'en 2016, on en compte 1005, pour 127 564 divorces. Pourtant, les auteurs s'interrogent sur l'utilité réactionnaire que pourrait retrouver la séparation de corps : « Une institution doit-elle néanmoins plier sous la logique des nombres ? Travaillé par un souci de pluralisme, le droit de la famille contemporain a tout intérêt à maintenir la séparation de corps. Et puis qui sait ? L'individualisme a fragmenté les liens sociaux à un degré tel qu'un retournement des valeurs n'est pas improbable. Certains regrettent le mariage de raison. La séparation de corps pourrait donc un jour retrouver une nouvelle jeunesse. Elle a du moins sa place à côté du divorce, qui ne plaît pas à tout le monde d'abord, qui nécessite parfois une période de réflexion et d'apaisement aussi. Son histoire n'est donc pas finie. ». En effet, l'histoire semble se poursuivre : les termes de l'art. 307, al. 2 du Code civil, issus de la L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, prévoient que : « En cas de séparation de corps par consentement mutuel, la conversion en divorce ne peut intervenir que par consentement mutuel. » C'est une manière d'affirmer plus clairement encore qu'auparavant le dernier cas résiduel d'indissolubilité du mariage : sur ce point, v. Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2020, 7^{ème} éd., n° 654, p. 436. Comp. Y. BUFFELAN-LANORE, « Le mariage du droit canonique au droit contemporain », in *Mélanges Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 113.

¹²²⁹ J. CARBONNIER, art. préc., *ibid.*

¹²³⁰ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage » (1950), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 202, spéc. p. 215 : « La loi du 16 juin 1908 était venue permettre à l'époux coupable d'exiger comme un droit la conversion de la séparation de corps en divorce au bout de trois ans. Plus que la loi de 1884, c'est sans doute cette loi de 1908 qui marque le tournant de la laïcité passive à la laïcité agressive, et cela n'est pas inattendu, car elle se place au paroxysme de la lutte anticléricale. » Dans le même sens, v. R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, LGDJ, 1963, 2^{ème} éd., p. 61 : « Entre le mariage religieux et le mariage civil, qui n'en avait d'abord été qu'une copie laïcisée, le divorce creuse, au contraire, un fossé de plus en plus large : ce fossé s'approfondit à mesure que, par le dynamisme de l'institution, et l'élasticité de l'injure grave, le divorce-sanction fait place, de plus en plus facilement, non plus seulement au divorce-remède, mais au divorce par consentement mutuel, puis à la répudiation. » Ce qui ne va pas sans causer de problèmes : cependant, pour Savatier, les problèmes engendrés par ce décalage grandissant est moins dans le conflit de loyautés engendrés entre l'obéissance à une religion et l'obéissance à la loi civile (qui est le point de vue de Carbonnier) que dans la conviction que le divorce étant une chose mauvaise en soi, il faut le limiter ou l'interdire. D'où le fait que pour Savatier, « socialement et par hypothèse, l'Église a raison. »

¹²³¹ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil*, Paris, LGDJ, 1936, p. 72.

¹²³² *Ibid.*, p. 77.

religieuse, qui coïncidait fort bien avec l'établissement d'un droit laïcisé, deviendra le synonyme de la laïcité. De là vient la confusion entre les deux termes, dont l'histoire germanique a pourtant montré qu'elle était erronée.

Conclusion de la section 2

345. Un domaine de compétence exclusive. L'établissement d'un droit matrimonial laïc ne supposait pas nécessairement d'interdire aux ministres du culte d'enregistrer les naissances, de célébrer les mariages et d'enterrer leurs morts. Les deux ordres auraient pu coexister, en s'ignorant l'un l'autre, sans que le principe en vertu duquel « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil » fût désavoué. Pourtant, après un premier temps de coexistence indépendante, il fut question de chasser l'Église, spécialement ses représentants, des domaines pour lesquels l'État s'estimait devoir exercer une compétence exclusive. La matière matrimoniale était de ceux-là ; aussi, le législateur révolutionnaire entendait-il sanctionner les ministres du culte qui méconnaissaient la compétence exclusive de l'État. L'infraction du ministre du culte célébrant, qui date de la Terreur, n'a pas quitté le droit français, pas davantage que le divorce, introduit à la même époque, pour donner tous ses effets à la nouvelle nature purement laïque du mariage. L'établissement du divorce, son abolition et sa restauration, au cours du XIX^{ème} siècle, suivent les vicissitudes du régime républicain et de la laïcité, ce qui en a fait une institution de la laïcité, héritée du législateur révolutionnaire.

346. Les legs de la Révolution à la laïcité. Parmi les nombreux legs de la Révolution, la conception négative de la liberté religieuse n'est sans doute pas celui qui a été le plus commenté. Cette conception a pourtant profondément influencé le droit civil français, lui faisant prendre un tour qui l'éloignera définitivement des doctrines du pluralisme. Conception commode, car elle a permis à la laïcité de se déclarer conforme à la liberté individuelle, et même d'en être la garante, tout en chassant le pouvoir normatif de l'Église.

C'est également à cette époque formatrice que la laïcité prend son caractère conquérant, qui se traduit par une philosophie de l'exclusivité : le pouvoir que l'État gagne est celui que l'Église perd. Cette vision conflictuelle eut un effet inattendu et néanmoins durable sur l'Église catholique. À partir de cette époque celle-ci fut regardée, et se regarda peut-être elle-même,¹²³³ comme une

¹²³³ C'est du moins l'avis d'A. BESANÇON, *Les trois tentations dans l'Église*, Paris, Calmann-Lévy, coll. « Liberté de l'esprit », 1996, p. 23-24 : « Alors que, sous le Directoire, l'infortuné Pie VI en était réduit à faire des déclarations semi-jacobines, Bonaparte, méditerranéen et classique plus encore que romantique et révolutionnaire, fut pour Pie VII une divine surprise. Il n'est pas exagéré d'avancer, comme Latreille le suggère, qu'il sauva la papauté. Mais à quel prix ? Le compromis, d'allure carolingienne, entre le pape et l'empereur aboutit à la liquidation de tout l'épiscopat français. L'Église d'Ancien régime, enracinée dans la société, Église locale dans le sens traditionnel du terme, fut d'un seul coup arrachée à son terroir natal. Auparavant, l'Église représentait un aspect de la société civile, et assurait son autonomie vis-à-vis de l'État et vis-à-vis de la papauté, sans être obligée de s'aliéner à l'un ou à l'autre, parce qu'elle avait sa consistance, ses biens, et en elle-même le principe de ses libertés. Désormais, l'Église, sans enracinement social, ne pouvait échapper à l'État napoléonien et à l'État moderne, son successeur, qu'en entrant volontairement dans la dépendance servile du siège de Pierre. Il était devenu de son intérêt d'exalter celui-ci sans aucune mesure, bien au-

puissance étrangère, dont elle disputait l'action à un ordre concurrent — changement de perspective que la dissolution de l'Église gallicane a grandement favorisé. Cette lutte entre deux ordres, désormais étrangers l'un à l'autre, imprimera aux acquis révolutionnaires de la laïcité un caractère conquérant, qui ne quittera plus la laïcité impérative du droit privé. Une voix, celle de Ripert, appellera à ne jamais désarmer : car « l'Église ne renoncera jamais à sa morale dogmatique », ce qui fait d'elle, « pour la démocratie une puissance rivale, l'éternelle ennemie. »¹²³⁴. Aussi bien l'auteur révèle-t-il ce qu'est pour lui, « la vraie doctrine de la laïcité »¹²³⁵ : « l'élaboration des règles juridiques [doit être] purgée de toute considération religieuse [,] la religion ne doit pas être un facteur de droit. »¹²³⁶.

dessus de ce qu'autorisait la tradition. De là le triomphe de l'ultramontanisme, voire du “papalisme” qui, au XIX^{ème} siècle, paraît bien une création de l'Église française, voulue comme un moyen coûteux et malsain de consolider sa situation. Les évêques recourent à Rome contre les préfets, les curés recourent à Rome contre les évêques. L'inflation papale est un substitut à la déflation de la substance propre à l'Église qui est enfermée sans recours dans le cadre précaire d'une relation d'État à État. Napoléon, le coup d'État papal ont sauvé certes l'Église au temporel, comme le romantisme l'avait sauvée au spirituel. Mais dans les deux cas cette alliance fut payée par une grave déperdition non pas dans l'ordre de la grâce, mais dans l'ordre de la nature. Avec le romantisme, l'Église perdait le sens de la raison comme régulatrice et comme maîtresse imprescriptible du savoir et de la sagesse. Avec le concordat, elle perdait le sens de la société dans sa valeur autonome, ses institutions juridiques et ses finalités naturelles. »

¹²³⁴ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil*, Paris, LGDJ, 1936, p. 72 : « Mais la laïcisation du droit ne signifie pas seulement que l'État ne reconnaît pas la force obligatoire des règles religieuses ou ne leur prête pas l'appui de sa force politique. Le mot a un autre sens plus profond : un droit n'est vraiment laïque que si l'élaboration des règles juridiques est purgée de toute considération religieuse. « La religion ne doit pas être un facteur de droit ; voilà la vraie doctrine de la laïcité. »

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ *Ibid.*

Conclusion du chapitre 1

347. Émergence des institutions de la laïcité impérative. Contrairement à ses voisins européens, l'ordre juridique français s'est constamment distingué par l'uniformité du droit applicable. L'autre option, celle de la multiplicité des statuts religieux, a toujours été repoussée par le souverain. Et lorsque la diversité religieuse vint mettre en péril l'unité du royaume, prenant acte de l'impossibilité d'obtenir l'unité religieuse par la force, l'ordre juridique français maintint l'unité à un autre niveau, en changeant la nature du droit : c'est la naissance du droit laïc en matière matrimoniale. L'étape de 1787 fut vite dépassée par la constitution de 1791. Le statut du droit étatique laïc fut modifié : réservé au départ aux dissidents religieux, il se généralisa et devint impératif. Pour préserver ce monopole étatique fraîchement conquis, l'influence redoutée des autorités religieuses devait être neutralisée. On prit du renfort dans des sanctions pénales, dirigées contre les ministres du culte. Mais les mesures les plus combatives de la laïcité impérative étaient ailleurs. Le divorce, auquel Napoléon « attribuait l'importance d'un test »¹²³⁷, deviendra le symbole de la laïcité nouvelle de l'état des personnes, applicable à tous. Amputer le droit nouveau du divorce, « c'était châtrer son Code civil. »¹²³⁸. Le Code ne retrouvera son intégrité qu'au retour définitif de la République.

348. Mise en évidence de la finalité de la laïcité impérative. Au terme de ces développements, il est apparu que la laïcité impérative de l'état des personnes devait servir à prévenir la constitution d'un « État dans l'État » : c'est sa finalité, qui se retrouvera dans toutes les mesures de cette déclinaison de la laïcité du droit privé. À cette première dimension de la laïcité impérative s'en ajoutera une seconde, qui a trait à son domaine d'intervention, et que les évolutions ultérieures mettront en lumière : le risque de constitution d'un « État dans l'État » sera principalement combattu à l'occasion d'un conflit internormatif mettant en cause la laïcité de l'état des personnes. Il faudra donc attendre la multiplication des conflits pour que le domaine d'intervention de la laïcité impérative se dégage nettement, affinant les institutions esquissées lors de la période révolutionnaire.

¹²³⁷ J. CARBONNIER, « La sécularisation du droit civil par le Code civil des Français », in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1386 : « Au divorce, notamment, [Napoléon] attribuait l'importance d'un test : et dans une parfaite schizophrénie d'homme d'État, en même temps qu'il affectait une répugnance aristocratique à admettre autour de lui des divorcés, il ne décolérait pas en apprenant que Murat voulait introduire dans le royaume de Naples les lois françaises amputées du divorce : c'était châtrer son Code civil. »

¹²³⁸ *Ibid.*

Chapitre 2 : Le refus du pluralisme en matière de statut personnel

349. La multiplication des conflits internormatifs en matière d'état. Il avait fallu, pour que naisse la laïcité de l'état des personnes au XVIII^{ème} siècle, que soit rompue l'unité religieuse. Au XX^{ème} siècle, il n'est plus seulement question de rupture, mais plutôt d'une pulvérisation des communautés religieuses, qui multiplie les occasions de conflits entre loi étatique et loi religieuse, ce qui va remettre en cause les acquis révolutionnaires de la laïcité de l'état des personnes. Sur le plan juridique, d'abord, les mondialisations apportent avec elles une première occasion de pluralisme. Le flux migratoire qui déferle donne aux théories naissantes du droit international privé l'occasion de se développer, conceptualisant l'application en France de droits étrangers confessionnels. Sur le plan idéologique, ensuite, les occasions de pluralisme se sont également multipliées : la déchristianisation laisse entrevoir l'éventualité d'un statut minoritaire du catholicisme ; les revendications religieuses les plus diverses se parent d'une légitimité nouvelle grâce l'avènement des droits de l'homme. En un mot, l'ordre étatique est assailli de toutes parts de revendications exigeant le respect de statuts religieux ; la légitimité de la laïcité de l'état des personnes subira de nombreuses remises en cause.

Malgré l'immense variété des pressions auxquelles il doit faire face, l'ordre étatique laïc jouit, au XX^{ème} siècle, d'un avantage considérable, qu'il ne possédait pas encore à la fin du XVIII^{ème} siècle : désormais, il est l'ordre juridique « antérieur ». Pour l'ordre étatique, l'enjeu est moins de créer un droit laïc nouveau, que de réagir à des poussées identitaires issues de minorités religieuses variées. Le droit étatique laïc est dorénavant paré d'une légitimité *a priori* plus grande que les droits religieux, pour la simple raison qu'il leur est antérieur. Si l'on essaie de formaliser le problème qui se pose, l'ordre étatique se trouve dans une position inverse à celle qu'il occupait dans la période précédente : au lieu de devoir inventer la laïcité de l'état des personnes, l'ordre étatique peut se contenter de défendre les domaines de la laïcité impérative contre les mises en cause venues de l'extérieur. Le conflit étant porté par des revendications individuelles, il est, dans un sens, plus facile à appréhender : la question de l'applicabilité du droit religieux étant posée, il suffit d'y répondre, et l'une des réponses possibles peut être de se contenter de le rejeter, confirmant ainsi les institutions de laïcité impérative délimitées à la période précédente.

350. L'existence d'un conflit, donnée cardinale de la laïcité impérative. Réaffirmée à l'occasion de ces conflits internormatifs, la laïcité de l'état des personnes n'intervient que pour défendre et approfondir les institutions de la laïcité impérative esquissées lors de la période révolutionnaire, lorsqu'une norme de relevance, conflictuelle ou contractuelle, est invoquée pour

réintroduire du droit religieux. En d'autres termes, le conflit internormatif devient une donnée du problème que la laïcité impérative est chargée de résoudre, et définit son domaine d'intervention. *Grosso modo*, les revendications d'application du droit religieux touchent deux domaines dans lesquels l'État aura le loisir d'affirmer sa compétence exclusive : le monopole légal (**section 1**) et juridictionnel (**section 2**) sur l'état des personnes.

Section 1 : Les monopoles légaux sur l'état des personnes

351. Destin partagé en droit interne et international. Contrairement à ce qu'avait pressenti le doyen Carbonnier, les remises en cause de la laïcité de l'état des personnes ne se sont pas concentrées sur la seule question du divorce¹²³⁹. L'autre grande conquête de la période révolutionnaire, la célébration civile du mariage, recevra son lot d'attaques au cours du XX^{ème} siècle. Les charges les plus sérieuses ne viendront plus du droit civil interne, mais des relations privées internationales.

Largement ignoré par les rédacteurs du Code civil, le droit international privé est, à l'aube du XX^{ème} siècle, une discipline à peu près nouvelle. Il n'est donc guère étonnant que les théories nationalistes et personnalistes, propres à la discipline, se soient progressivement articulées autour de ces institutions de la laïcité impérative. Aujourd'hui, les méthodes du droit international privé sont établies, et les solutions relatives à la célébration du mariage et au divorce sont connues. Pourtant, au commencement de ce siècle, les dés n'étaient pas jetés, et de nombreuses voix, parmi les plus écoutées de la doctrine, ont remis en cause la légitimité de la projection, dans les relations privées internationales, de la laïcité impérative de la célébration du mariage (§ 1) et du divorce (§ 2) — ce qui a concouru, par un effet « boomerang », à remettre en cause, en droit strictement interne, ces mêmes institutions.

§ 1 La précession de la célébration du mariage civil

352. Ordre interne et ordre international. L'incrimination du ministre du culte, la plus vénérable des mesures de laïcité impérative, a eu son lot de critiques. En dépit de revendications identitaires elle fut constamment réaffirmée ; sa persistance dans l'ordre interne lui a conféré une place symbolique (I), qui lui a permis de projeter, dans les relations privées internationales, cet impératif de la laïcité (II).

¹²³⁹ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage » (1950), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 202, spéc. p. 214.

I. Le maintien de l'incrimination du ministre du culte célébrant

353. Tentatives d'abrogation de l'incrimination. Deux fois, il fut question d'abroger l'incrimination du ministre du culte bafouant l'ordre des célébrations du mariage imposé par la loi. La première occasion fut lors du vote de la loi de séparation, en 1905. Les discussions portaient sur la filiation de l'incrimination avec le régime concordataire : l'article 54 de la loi du 18 germinal an X, portant articles organiques annexés au Concordat de 1801, avait directement enfanté les articles 199 et 200 du Code pénal ancien. Aussi, l'abandon du régime concordataire pouvait-il entraîner l'abrogation de cette incrimination, directement venue des articles organiques. Elle fut maintenue, pourtant. Au cours des débats parlementaires sur la loi du 9 décembre, un amendement visant à abroger l'infraction fut proposé, et rejeté¹²⁴⁰ ; la chambre criminelle de la Cour de cassation fit valoir l'indépendance de l'incrimination du Code pénal de 1810 à l'égard de celle des articles organiques : le législateur de 1810, en extrayant l'infraction des articles organiques pour les introduire dans le Code pénal, aurait entendu en faire une infraction indépendante du régime concordataire¹²⁴¹. Toutes ces raisons conduisirent au maintien de l'incrimination, qui, pour avoir été maintenue lors du vote de cette grande loi laïque, se chargea de l'unique mission de garantir la laïcité de l'état des personnes¹²⁴².

La seconde occasion où il fut proposé d'abroger l'incrimination fut la refonte du Code pénal, en 1994. Les arguments favorables à son abrogation changèrent de registre : on fit valoir l'absence de trouble à l'ordre public¹²⁴³ et — on en appréciera le piquant, tout en déplorant la confusion qu'elle signe entre la conception de la laïcité et la liberté religieuse — la contrariété aux

¹²⁴⁰ Déposé par les abbés Gayraud et Lemire, rapporté par D. DELAHAYE, *J.O. Sénat* 5 déc. 1905. p. 1710 : « En faisant des lois nouvelles, notre devoir est de ne rien laisser subsister des anciennes lois qui soit absolument contraire à l'esprit et à la lettre de la législation que nous inaugurons [...] Vous aviez jusqu'à présent une exception à produire, si je puis ainsi m'exprimer. Vous pouviez dire : En reconnaissant les cultes, nous donnions à leurs ministres une sorte d'autorité légale. Il fallait éviter d'opposer l'autorité religieuse à l'autorité civile, et puisqu'il y avait deux mariages [...] il fallait bien décider lequel des deux serait célébré en premier. » Comp. A. BRIAND, *Rapport au nom de la commission relative à la séparation des Églises et de l'État et à la dénonciation du concordat, chargée d'examiner le projet de loi et les diverses propositions de loi concernant la séparation des Églises et de l'État*, Paris, Imprimerie de la Chambre des députés, 1905, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/evenements/1905/rapport1905-r.pdf>.

¹²⁴¹ Cass. crim., 9 nov. 1906 ; *D.P.* 1907. I. 161, note J. DE LAPANOUSE.

¹²⁴² Sur les causes de cette incrimination, cf. *supra* n°331 et s.

¹²⁴³ Proposition de L. n° 294, prés. par A. Madelin devant l'ass. nat., 7^{ème} législature (session extraordinaire 1980-1981) tendant à l'abrogation des articles 199 et 200 du Code pénal, reproduite par T. REVET, « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage », *JCP G* 1987, doct. 3309 : « Pourquoi ceux qui veulent se marier devant Dieu sans se soucier de l'être devant les hommes devraient-ils se heurter à un interdit injustifiable ? Au nom de quoi un État, qui prétend sauvegarder la vie privée de ses citoyens, se permet-il d'empêcher ceux qui voudraient éviter les conséquences patrimoniales de leur union de contracter un mariage religieux qui laisserait leur conscience en paix ? Et surtout, pour quelles obscures raisons le prêtre, qui accomplit sa mission selon les rites de sa foi, serait-il le seul coupable et le seul responsable de cette pseudo-infraction alors qu'une telle pratique est contraire au principe de l'égalité devant la loi ? On comprend mal que les ministres du culte ne soient pas traités comme de simples citoyens. »

exigences de la laïcité¹²⁴⁴, parce que l'incrimination blesserait la liberté de conscience¹²⁴⁵, serait discriminatoire¹²⁴⁶ et poserait une sanction disproportionnée¹²⁴⁷. Surtout, on excipa de l'archaïsme de l'infraction¹²⁴⁸ — argument qui fit long feu. Quoique l'incrimination soit à ce jour maintenue, cet argument mérite une attention spéciale, parce qu'il remet en question l'actualité des enjeux de la laïcité. Plus récemment, prévoyant l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, une doctrine crut le moment revenu d'abroger cette incrimination opiniâtre¹²⁴⁹.

354. L'absence de justification officielle du maintien de l'infraction.

L'incrimination ne disparut pas du Code pénal réformé. Elle fut reconduite en 1994 dans le Code pénal à l'article 433-21, en changeant seulement de nature, pour devenir une infraction d'habitude¹²⁵⁰. En droit positif, la question semble faire peu de jurisprudence : la dernière condamnation devant les juges du fond remonte à notre connaissance à 2011¹²⁵¹. Aux dires d'une réponse ministérielle¹²⁵², la clandestinité de l'infraction et la rareté de sa dénonciation rendent en pratique difficile sa répression. Peut-être l'infraction a-t-elle réellement perdu en actualité. Au-delà de la question de sa mise en œuvre et de son efficacité, il convient de souligner que les causes officielles de son maintien n'ont pas été explicitées. Et si l'on se reporte aux causes qui avaient été avancées lors de son intégration dans notre droit, en 1802, aucune d'elles ne peut encore sérieusement être vue comme nécessaire¹²⁵³.

¹²⁴⁴ Proposition de L. n° 294 préc., exposé des motifs : « il est donc urgent de laisser s'exercer une liberté de conscience brimée par l'existence de telles dispositions indignes de figurer dans le Code pénal d'un État laïque ».

¹²⁴⁵ *Ibid.* ; également, J. LAISNEY, *Mariage civil et mariage religieux*, Paris, Spes, 1930, p. 96.

¹²⁴⁶ Y. ALHALEL-ESNAULT, *Les problèmes religieux de la famille en droit privé français* (th. dactyl 1975), n° 16. Les termes « blessant » et « iniques » furent aussi invoqués.

¹²⁴⁷ Il faut dire que l'ancien article 22 du Code pénal punissait le coupable d'une peine de 1200 à 3000 francs, et en cas de première récidive, à une peine d'emprisonnement de deux à cinq ans, et la détention criminelle à un temps de dix à vingt ans à la seconde récidive. On constate qu'entre la première infraction et la troisième, un changement de nature se produit : de contravention, l'infraction devient un crime.

¹²⁴⁸ Proposition de L. n° 294 préc., exposé des motifs : ces textes seraient les témoins de « querelles d'un autre âge [et] sont d'un archaïsme évident ».

¹²⁴⁹ Ch. EOCHE-DUVAL, « Faut-il dépénaliser les célébrations religieuses effectuées sans mariage civil ? », *D.* 2012. 2615 : « Si la liberté individuelle et l'égalité sont la justification avancée du droit, pour tous, de recourir au mariage civil, quel que soit le sexe de son conjoint, les mêmes droits constitutionnels ne devraient-ils pas conduire à ne plus contraindre préalablement de se marier civilement pour pouvoir exercer la liberté de se marier selon sa religion, composante de la liberté d'opinion religieuse ? »

¹²⁵⁰ C. pén., art. 433-21 : « Tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. » L'on appréciera sa place dans le Code pénal : située dans le Livre IV, sur les crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique, elle trouve plus spécialement sa place dans le Titre III, relatif aux atteintes à l'autorité de l'État.

¹²⁵¹ Trib. corr. Meaux, 24 févr. 2011, cité par *Le Figaro*, 26 févr. 2011. V. également CA Paris, 17 janv. 2013, n° 11/08385, *JCP G* 2013, n° 15, 427 : relaxe d'un imam accusé de célébrer habituellement des mariages religieux sans s'assurer du mariage civil préalable, faute de registres constatant la célébration du mariage des époux musulmans.

¹²⁵² *J.O.* Sénat du 25 août 2011, p. 2225.

¹²⁵³ Sur ces trois causes, cf. *supra*, n° 331 et s.

Ainsi, premièrement, la fidélité à l'Église gallicane n'a évidemment plus aucune actualité — si tant est qu'elle en eût encore en 1802, ce qui est douteux. Deuxièmement, sur la volonté de mater la rébellion des ultramontains, l'on n'aurait pas tort d'avancer que l'ardeur ultramontaine s'est depuis longtemps éteinte, si bien que cette justification ne paraît guère plus convaincante. Enfin, troisièmement, voilà des décennies que l'État a manifesté que le mariage n'était plus à la base de la société. Aussi bien, l'argument de Portalis de voir des filles séduites et abandonnées avec des enfants qu'elles croyaient légitimes et qui n'étaient que naturels, à l'époque des années 1990, où le concubinage est devenu un état habituel, où bientôt, il ne sera plus fait de distinctions entre enfants naturels et légitimes, a perdu de sa substance. En 1994, la famille naturelle existe et n'est plus, tant s'en faut, une anomalie. Aujourd'hui, elle est même devenue majoritaire¹²⁵⁴. Comment dès lors justifier cette lutte entre les deux puissances pour une institution qui est délaissée par les individus ?

La justification doit à notre sens être recherchée dans la nature conquérante de la laïcité¹²⁵⁵. Certes, si les individus ne sont plus là pour alimenter la guerre entre les deux puissances, s'ils se soustraient à l'autorité de la puissance religieuse, le législateur étatique n'a plus de raisons de craindre l'allégeance des individus envers la puissance concurrente. Le risque de contre-société pourrait s'éteindre, en partie, avec la désaffection pour le mariage. L'incrimination présenterait alors l'apparence d'une coquille vide, un symbole aux « consonances singulièrement passéistes »¹²⁵⁶ de l'ancienne lutte entre les deux puissances. Mais tel un élément radioactif, ce vestige persiste en droit français, témoin de ce qu'il suffirait que des individus se reprennent d'affection pour le mariage, pour que cet élément conquis contre l'autre puissance regagne en actualité. L'incrimination persiste donc comme un préservatif contre l'éventualité d'un retour du religieux. Car ces « dispositions [...] traduisent une conception des relations État-Églises dont rien ne prouve qu'elle ait fondamentalement évolué »¹²⁵⁷, ce qui justifie le maintien de cet « indispensable verrou »¹²⁵⁸. Du

¹²⁵⁴ Le mariage est devenu, en 2019, minoritaire par rapport aux autres formes de conjugalités : les enfants nés en mariage, au cours de l'année 2019, représentent désormais seulement 45% des naissances. Quant au mariage religieux, il représente une portion encore plus restreinte, puisque seulement 10% des mariages civils sont désormais suivis d'un mariage religieux : en ce sens, v. *La Croix*, 14 janv. 2020, « Le couple marié vivant avec ses enfants, un modèle minoritaire », en ligne : https://www.la-croix.com/Famille/Couple/Le-couple-marie-vivant-enfants-modele-minoritaire-2020-01-14-1201071752?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_content=20200115&utm_campaign=NEWSLETTER_CRX_PARENTS&PMID=89468794504b849f340573a8080a1cb9&ope=eyJndWlkIjojODk0Njg3OTQ1MDRiODQ5ZjM0MDU3M2E4MDgwYTFjYjkiQ%3D%3D

¹²⁵⁵ Sur ce legs de la Révolution française, cf. *supra*, n° 330 et s., n° 346.

¹²⁵⁶ T. REVET, « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage », *JCP G* 1987, doct. 3309.

¹²⁵⁷ *Ibid.*

¹²⁵⁸ *Ibid.* : « Dès lors, la disparition de toute chronologie légale — c'est-à-dire de la primauté de l'aspect civil du mariage — ne risque-t-elle pas de favoriser l'émergence d'un mariage religieux, conduisant au développement d'un régime parallèle de droit matrimonial, fondé sur des normes ecclésiastiques, mais dont il serait bientôt demandé aux juridictions étatiques de sanctionner le non-respect ? Or n'est-ce point ce que les articles 199 et 200 du Code pénal tendent à

reste, pour certains auteurs, le risque de la contre-société, ou du « cloisonnement social des citoyens selon leur religion »¹²⁵⁹ n'a pas disparu. Une fraction non-négligeable de la population se marie encore, et il serait certainement imprudent de sous-estimer les tendances réactionnaires des croyants contre certaines évolutions du droit étatique de la famille, qui pourraient, en authentique signe de rébellion contre l'ordre étatique, lui tourner le dos et se vouer seulement à l'ordre religieux. Pour éviter ce risque, il est parfois proposé de renforcer l'incrimination de l'article 433-21 du Code pénal, ou de revaloriser l'attrait du mariage civil¹²⁶⁰.

355. En résumé. L'incrimination du ministre du culte célébrant, maintenue depuis 1793 jusqu'à nos jours, et en dépit des nombreuses tentatives d'abrogation dont elle a fait l'objet, a quelque chose de remarquable. Son probable défaut d'actualité et les difficultés de sa mise en œuvre en font une infraction plus symbolique qu'efficace. Bien que symbolique, cette institution de la laïcité impérative donne une indication précieuse sur les risques contre lesquels elle est censée lutter. Le caractère conquérant de la laïcité impérative s'y exprime pleinement, en 1793 comme aujourd'hui, car de nos jours, c'est contre l'éventualité d'un retour du religieux, dans l'institution du mariage, que cette incrimination veille. La laïcité du mariage n'a donc jamais cessé d'être affirmée comme une valeur essentielle de l'ordre juridique français, en droit interne. Il fallut se poser la question de sa portée dans les relations privées internationales.

II. La laïcité impérative projetée sur les mariages internationaux

356. Mesure de laïcité impérative strictement territoriale. La laïcité impérative du mariage doit-elle avoir une projection dans les relations privées internationales ? Sur cette question, la jurisprudence du début du XX^{ème} siècle s'est montrée hésitante. Une tendance s'est cependant

éviter ? L'affirmation de la suprématie civile en matière de célébration ne vaut que par rapport au monopole étatique de législation et de juridiction. L'ordre public que garantit l'infraction pénale a pour fondement la définition du mariage en tant qu'institution civile : la sanction pénale n'est utilisée qu'à sa sauvegarde : elle vise à réprimer toute velléité de remise en cause de ces principes. » Aussi bien juge-t-il que « sa suppression supposerait une remise en cause des principes d'organisation sociale : à tout le moins y contribuerait-elle », ce qui justifie le maintien, dit-il, de cet « indispensable verrou ».

¹²⁵⁹ Ch. BAHUREL, « La priorité du mariage civil et l'Islam : pour un droit de la famille au service de l'unité nationale », *D.* 2018. 859 : pour l'auteur, le risque de l'abrogation de cette disposition du Code pénal est double : « d'un côté, elle conduira un certain nombre de couples croyants à se détourner du mariage civil, notamment lorsque les valeurs du mariage civil heurtent la doctrine religieuse (ex. : la licéité du mariage homosexuel), ce qui favorise le cloisonnement social des citoyens selon leur religion [...] D'un autre côté, le risque est pour les couples eux-mêmes, ne percevant pas nécessairement très bien que juridiquement, ils sont concubins et n'ont droit à aucune des protections accordées par la loi aux époux. Une telle solution pourrait donc jeter des couples croyants dans des difficultés mal envisagées, notamment en cas de rupture. ».

¹²⁶⁰ Ch. BAHUREL, art. préc. : l'incrimination de l'article 433-21 du Code pénal est « une chance pour l'intégration des musulmans en France », propose ainsi les deux voies, tout en mettant en garde contre les mesures visant à renforcer l'incrimination, qui risqueraient d'« être perçues comme l'émanation d'une laïcité agressive. ».

progressivement dessinée, allant à rebours de l'avis des autorités doctrinales par ailleurs les plus suivies. Pour cela, la jurisprudence a distingué entre les mariages internationaux célébrés en France **(A)** et ceux célébrés à l'étranger **(B)**, circonscrivant la portée de cette mesure de laïcité impérative à une règle strictement territoriale.

A. La laïcité du mariage international célébré en France

357. Hésitations de la jurisprudence. Que dire aux époux de statut personnel religieux s'étant mariés en la seule forme civile en France ? La question s'est souvent posée au début du XX^{ème} siècle, principalement pour des sujets européens de statut confessionnel juif ou chrétien orthodoxe. Le vaste Empire d'Autriche, ayant renoué avec la tradition du *cujus regio ejus religio*, a fourni l'essentiel du contentieux¹²⁶¹. Qu'on nous permette d'exposer une des affaires les plus topiques, l'affaire *Mostickzer*¹²⁶².

Les époux *Mostickzer*, de nationalité autrichienne et de confession juive, avaient contracté mariage à Paris, le 29 novembre 1900, en la seule forme civile. L'épouse forma une demande en divorce contre son mari. Celui-ci excipa de l'irrecevabilité d'une telle demande. Leur loi nationale commune, applicable en vertu de la règle de conflit française pour les affaires de statut personnel, était la loi autrichienne, et le droit autrichien du début du XX^{ème} siècle, revenu aux statuts religieux, renvoyait aux dispositions du *Schulchan Arouch*¹²⁶³, qui limite les causes de divorce au consentement mutuel, à l'adultère de la femme ou à la répudiation du mari. Le jeu normal de la règle de conflit rendait le divorce impossible : telle fut la décision de la Cour de cassation¹²⁶⁴. Saisi d'une nouvelle demande, tendant cette fois à remettre en cause la validité de l'union contractée à Paris en 1900, le tribunal civil de la Seine fit une application sans nuance de la règle de conflit française, sans distinguer entre les conditions de fond et de forme du mariage. Pour lui, le statut personnel des époux imposait une célébration religieuse¹²⁶⁵, qui n'avait pas eu lieu ; en conséquence, l'union

¹²⁶¹ Sur l'évolution des solutions, v. J. MESTRE, « Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel », *Rev. crit. DIP* 1977. 659.

¹²⁶² Trib. civ. Seine, 28 avr. 1906, *Mostickzer*, *Rev. crit. DIP* 1906. 751.

¹²⁶³ Sur ces dispositions du *Schulchan Arouch*, cf. *supra*, n° 12.

¹²⁶⁴ Cass. civ., 20 oct. 1905, cité par Trib. civ. Seine, 28 avr. 1906, *Mostickzer*, *Rev. crit. DIP* 1906. 751.

¹²⁶⁵ Déc. préc. : « d'après l'article 126 du Code civil général de l'Empire d'Autriche, la publication des mariages des juifs doit être faite dans la synagogue ou dans l'oratoire commun ; que, dans les endroits où il n'en existe pas, elle est faite par l'autorité locale de la communauté principale et spéciale à laquelle appartiennent l'une et l'autre partie contractante pendant trois sabbats ou jours de fête consécutifs, en observant les formalités indiquées aux articles 70 à 73 ; qu'il est dit dans l'article 127 que la célébration doit être faite par le rabbin ou le docteur religieux de la communauté principale de l'une ou de l'autre des parties contractantes [...], qu'aux termes de l'article 129 tout mariage entre juifs, contracté sans l'observation des formalités prescrites par les articles précédents, est nul. »

célébrée par l'officier de l'état civil était nulle. Les époux ne pouvaient donc pas se soustraire à leur statut personnel religieux, pas même en France¹²⁶⁶.

Cette application de la théorie personaliste du conflit de lois connut un certain succès¹²⁶⁷, qui allait bientôt être bridé par des considérations nationalistes. Dès les débuts de cette jurisprudence, certains auteurs se sont interrogés, doutant de la conformité d'une telle solution à l'ordre public¹²⁶⁸. Il est vrai que la présence, dans les affaires purement civiles, de dispositions de droit pénal, jetait l'équivoque¹²⁶⁹. Un autre courant jurisprudentiel commença donc à se développer parallèlement, et qui rejetait, au nom de la contrariété à l'ordre public, les lois étrangères qui exigeraient une célébration religieuse. Peu à peu, les motivations des juges firent apparaître la notion de sécularisation du mariage, devenue « un principe d'ordre public en France »¹²⁷⁰, et même un « principe absolu »¹²⁷¹. L'idée que les étrangers devaient en France se soumettre aux exigences de la laïcité du droit privé se répandit, au point de remplacer totalement les anciennes conceptions personalistes¹²⁷². Loi de police s'appliquant avant l'examen de la règle de conflit¹²⁷³ ou exception

¹²⁶⁶ Trib. civ. Seine, 28 avr. 1906, *Mostickzer*, *Rev. crit. DIP* 1906. 751 : « Attendu que vainement on objecterait que la formalité du mariage religieux n'était pas nécessaire en raison de la règle *locus regit actum* posée dans l'article 47 du Code civil autrichien, qu'en soumettant leur union aux formes instituées par la loi française, les époux ne peuvent soustraire les conditions de sa validité à l'empire de leur statut personnel. »

¹²⁶⁷ Par ex., Trib. civ. Seine, 25 nov. 1907, *Edinson*, *Rev. crit. DIP* 1908. 242 ; *JDI* 1 ; 908. 1148 (soumettant des sujets russes de confession juive au statut personnel mosaïque). Sur ces décisions, cf. E. RALSER, *La célébration du mariage en droit international privé* (th. dactyl.), 1998, n° 259, p.197 et s.

¹²⁶⁸ J. PERROUD, note sous Trib. civ. Seine, 25 nov. 1907, *Edinson*, *JDI* 1908. 1148 : « l'ordre public français permettrait-il à un tribunal de se référer à une loi purement religieuse ? »

¹²⁶⁹ En ce sens, E. DREYFUS, concl. CA Paris, 17 nov. 1922, *Abramovitch*, *Rev. crit. DIP* 1922-23. 437, spéc. p. 439 : les règles de sécularisation « paraissent se rattacher aux dispositions de police visées à l'article 3 du Code civil, et impliquent la validité en France de la célébration purement civile en France du mariage de deux étrangers dont le statut personnel n'admettrait que la célébration religieuse ». Comp. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français* (par E. BARTIN), Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, 5^{ème} éd., t. VII, p. 408.

¹²⁷⁰ Trib. civ. Seine, 27 mai 1913, *Rozenzweig*, *Rev. crit. DIP* 1913. 857, concl. LAFON : « la sécularisation du mariage constituant un principe d'ordre public en France, on ne saurait accorder à des étrangers, dont la loi nationale ne reconnaît que la forme religieuse, mais qui, spontanément et dans leur propre intérêt [...] se sont soumis à la loi française, le droit de revendiquer ultérieurement le bénéfice de leur loi nationale, et de faire annuler une union contractée devant l'officier de l'état civil français suivant les formes régulières imposées par le Code civil. » Statuant dans le même sens : Trib. civ. Seine, 26 juin 1912, *Roitstein*, *Rev. crit. DIP* 1913. 134.

¹²⁷¹ Trib. civ. Seine, 10 déc. 1918, *Anker*, *Rev. crit. DIP* 1919. 120, concl. J. DUMAS : « Attendu en effet que le déclarer recevable en son action serait lui permettre de discuter devant les tribunaux français la validité d'un mariage régulièrement contracté devant l'officier de l'état civil en s'appuyant seulement sur les règles de sa loi religieuse, ce qui est interdit aux tribunaux français, à raison du principe absolu de la sécularisation du mariage en France ; attendu que ce principe doit être respecté alors même que la loi religieuse de l'étranger se confond comme pour les israélites russes avec la loi civile du pays dont ils ressortissent. »

¹²⁷² Par exemple, Trib. civ. Seine, 19 nov. 1920, *Georgian*, et Trib. civ. Orange, 11 déc. 1920, *Sautel*, *Rev. crit. DIP* 1922-1923. 306 : déclarant recevable la demande de divorce de l'épouse, restée française, car l'union avec l'étranger de confession israélite, non reconnue en Grèce (1^{ère} espèce) ni en Serbie (2^{ème} espèce), ne lui avait pas permis d'obtenir la nationalité de son mari, ce qui justifiait la compétence des tribunaux français.

¹²⁷³ Trib. civ. Seine, 7 janv. 1922, *Abramovitch*, *Rev. crit. DIP* 1922-23. 437, spéc. p. 442 : « Attendu que le principe de la sécularisation du mariage implique la validité en France de la célébration purement civile du mariage de deux étrangers dont le statut personnel n'admet que la célébration religieuse ; que la règle de la sécularisation du mariage se rattache aux lois de police qui, aux termes de l'article 3 du Code civil, obligent tous ceux qui habitent le territoire. » La nature

d'ordre public évinçant l'application normale de la loi étrangère¹²⁷⁴, les deux méthodes furent employées pour faire échec à ces lois confessionnelles étrangères. D'ailleurs, comment les époux étrangers « s'insurgeraient-ils, aujourd'hui, contre la loi de leur choix »¹²⁷⁵ alors que « c'est d'eux-mêmes, librement et volontairement, qu'ils ont adopté pour se marier les règles du Code civil »¹²⁷⁶ ?

358. L'affaire *Caraslanis*¹²⁷⁷. Insensiblement, le chef de compétence de la loi française se déplace : ce n'est plus l'ordre public qui est invoqué, mais la volonté des époux qui, en migrant vers l'ordre juridique français, se seraient volontairement soumis aux dispositions du droit français. Ce glissement produira un des plus grands malentendus du droit international privé français, puisqu'il aboutit à l'affaire *Caraslanis*, dans laquelle, pour des faits similaires à l'affaire *Mostickzer*, la Cour de cassation fonde la compétence de la loi française en se plaçant sur le terrain de la qualification des conditions de forme du mariage.

L'affaire est connue : des ressortissants grecs se marient devant l'officier de l'état civil français, sans faire suivre ce mariage d'une célébration religieuse, ce qui fait qu'au regard de leur loi nationale, le mariage est inexistant. La question, comme dans les affaires précédentes, était de savoir s'il fallait déclarer que l'union était valide ou nulle, c'est-à-dire s'il fallait appliquer la loi personnelle ou la loi française. Le choix de la loi personnelle résultait, ici comme auparavant, de l'application de la règle de conflit de l'état des personnes. Mais comment fonder l'application de la loi française ? Renonçant à évincer la loi étrangère par l'exception de l'ordre public international, et renonçant aussi à dire que les règles de sécularisation du mariage étaient des lois de police, la Cour de cassation choisit la voie la plus tortueuse. Elle déclare que la loi française est applicable au terme d'un raisonnement conflictuel, mais la règle de conflit qu'elle choisit est celle de l'adage *locus regit actum*, non la loi personnelle. Et comment choisit-elle cette règle de conflit ? Elle y parvient en donnant une qualification inédite à la condition de la loi grecque imposant la célébration religieuse. Désormais, pour la Cour de cassation française, la question de la célébration, qu'elle soit religieuse

de loi de police de la règle de sécularisation du mariage est confirmée en appel : « Attendu que la règle de sécularisation du mariage se rattache aux lois de police qui, aux termes de l'article 3 du Code civil, obligent tous ceux qui habitent le territoire. L'exigence d'une célébration civile du mariage ne dérive pas de la règle facultative formulée par l'adage *locus regit actum*, mais d'une prescription d'ordre public qui s'impose aux étrangers quelle que soit leur loi nationale. » Et CA Paris, 17 nov. 1922, *Abramovitch*, *Rev. crit. DIP* 1922-23. 437, spéc. p. 443.

¹²⁷⁴ Trib. civ. Seine, 6 déc. 1949, *Berger*, *D.* 1950. 103 (encore à propos d'époux serbes de confession juive) : « Mais attendu que cette règle de fond ne peut qu'être écartée par les tribunaux français [...] qu'il serait contraire à l'ordre public de contraindre des époux à célébrer contre leur volonté une union religieuse en France métropolitaine ; qu'en conséquence la loi française doit sur ce point être substituée à la loi de fond du mariage. »

¹²⁷⁵ J. DUMAS, concl. sous Trib. civ. Seine, 10 déc. 1918, *Anker*, *Rev. crit. DIP*. 1919. 120, spéc. 125.

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ Cass. civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Rev. crit. DIP* 1955. 723, note BATIFFOL ; *D.* 1956. 73, obs. CHAVRIER ; *JDI* 1955. 682, note SIALELLI ; *GAJDIP* n° 27 ; *JCP* 1956. II. 9328, note GUIHO.

ou civile, est une condition de forme du mariage, et non une condition de fond, et comme telle, elle échappe à l'emprise de la loi nationale¹²⁷⁸. Un nouveau rattachement lui est substitué : la forme des actes juridiques est régie par le lieu de la conclusion de l'acte ; désormais, on parlera de la *lex loci celebrationis* pour désigner la loi applicable à la célébration du mariage, condition de forme.

359. Les critiques doctrinales. La doctrine fut à peu près unanime pour condamner ce raisonnement. On lui a surtout reproché d'être biaisé : la méthode conflictuelle serait détournée pour atteindre un but, l'application de la loi française, afin d'assurer la laïcité du mariage¹²⁷⁹. Inspirée par un objectif politique, la règle de conflit perdrait la qualité de neutralité que la stricte méthode savignienne lui attache en principe.

Curieusement, ce détournement manifeste de la méthode conflictuelle a suscité chez certains auteurs, et parmi les plus éminents, un rejet de la laïcité. Batiffol l'a accusée d'être « anachronique »¹²⁸⁰ et, incitant à adopter une « conception plus souple de la laïcité »¹²⁸¹, il suggérerait

¹²⁷⁸ Arrêt préc. : « La question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond doit être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme. »

¹²⁷⁹ Y. LEQUETTE, *JDI* 1979. 353, spéc. 356 : « Dans l'affaire *Caraslanis*, la contrariété existant entre l'exigence d'une cérémonie religieuse et le principe de laïcité considéré comme d'ordre public international a pesé de manière déterminante sur la solution retenue : la qualification "forme" confère "l'appartenance de l'objectivité juridique" à une solution imposée par les principes politiques de l'État français. » Également, B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2018, n° 284, p. 250-251 : « Il arrive que la présentation du conflit de qualifications résulte d'une mise en forme contestable [...] Le principe consacré (à défaut d'être formellement exprimé) par l'arrêt *Caraslanis* est absolument général, et ne fait — en apparence du moins — aucune part au conflit de règles substantielles sous-jacent, qui constitue pourtant l'enjeu véritable d'un conflit de qualifications. Dans cette affaire, le droit grec consacrait une conception qui sacralise le mariage, donc touchant incontestablement au fond, et parfaitement intelligible en France. Le droit français pour sa part a adopté il y a plus de deux siècles une politique de laïcité, qui se refuse à considérer la moindre valeur civile au rite religieux. Sous couvert d'un conflit de qualifications, c'est donc un conflit de politiques législatives qui se présentait : si l'on a vu en France une question de forme dans la célébration religieuse du mariage, c'est parce que le droit interne refuse d'y voir autre chose qu'un acte civil et non en raison d'une nature des choses ; la solution doit donc être comprise, au moins en partie, comme une affirmation de l'ordre public français à l'encontre du fait religieux. »

¹²⁸⁰ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 1971, n° 425, p. 53 : « De fait la jurisprudence s'est sans doute ressentie d'une défiance, aujourd'hui anachronique, à l'égard du mariage religieux vu comme concurrent du mariage civil. » Dans le même sens, J. MESTRE, « Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel », *Rev. crit. DIP* 1977. 659, spéc. 698 : « Le fondement de ce caractère [d'ordre public de la célébration civile du mariage] ne se trouve sûrement plus aujourd'hui dans l'idée de laïcité de l'État français, que la doctrine a fréquemment mise en avant à l'époque de la séparation de l'Église et de l'État. L'ordre public évolue en fonction des idées et des mœurs, et il ne semble plus que de nos jours l'exclusion de tout élément religieux dans la formation du mariage soit un de ces principes moraux que l'application d'une loi étrangère ne saurait, en aucun cas, mettre en échec. Si un législateur étranger a cru devoir fonder sur d'autres bases la famille et le mariage, on ne voit pas en quoi les conceptions laïques de l'État français seraient véritablement atteintes par la célébration d'un mariage religieux d'étrangers sur notre territoire. »

¹²⁸¹ H. BATIFFOL, note sous Cass. civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Rev. crit. DIP* 1955. 723, spéc. p. 727 : « Une conception plus souple de la laïcité du mariage en France ne ferait pas obstacle à la reconnaissance du fait que la loi étrangère voit dans le caractère religieux du lien une question de fond [...] Il faut cependant reconnaître qu'une évolution, si elle est concevable, sera difficile, parce que l'idée est bien implantée dans la psychologie des juristes français que l'autorité civile se doit de permettre à tous de contracter un mariage civil. On voit que le problème déborde la question de pure

de n'appliquer les règles de la laïcité impérative qu'au mariage des Français¹²⁸². D'autres ont jugé « excessif le rôle que lui fait jouer la jurisprudence. »¹²⁸³. On a encore reproché à la laïcité de trahir sa vocation, « qui devrait tendre à respecter les croyances de chacun et non pas obliger les croyants [...] à employer les institutions purement civiles qui sont nécessaires pour les incroyants. »¹²⁸⁴. Renchérissant sur la vocation de la laïcité, on soutint, quarante ans plus tard, que « la neutralité exprimée dans le principe de laïcité devrait plutôt conduire à l'édiction d'une règle de conflit de lois parfaitement neutre. »¹²⁸⁵. La règle de conflit supposément neutre serait de faire de tous les éléments de la célébration du mariage des conditions de fond, et de leur appliquer une règle de conflit inédite, celle de l'autonomie de la volonté.¹²⁸⁶

désignation de la personne qualifiée pour recevoir les consentements. Il concerne un trait fondamental du mariage, mais qui s'exprime en une règle de forme, la compétence de l'autorité chargée de recueillir le consentement des époux. »
¹²⁸² H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2^{ème} éd., p. 524, cité par CHAVRIER, note sous Cass. civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, D. 1956. 73, spéc. p. 75 : « Il ne s'agit pas de s'incliner devant les catégories étrangères mais de décider que la loi française, si elle croit devoir faire abstraction pour les Français de l'élément religieux, sait lui assigner le caractère qui lui revient quand elle le rencontre dans une loi étrangère. »

¹²⁸³ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, coll. « Précis », 2013, 10^{ème} éd., n° 465, p. 437 : « Sans contester l'importance que revêt en droit interne le principe de laïcité, on peut juger excessif le rôle que lui fait jouer la jurisprudence en droit international [...] Enfin, s'il n'est pas question d'imposer à un officier d'état civil français la célébration d'un mariage en des formes autres que celles pour lesquelles il a été habilité, pourquoi ne pas valider des unions contractées en France selon les rites prévus par la loi nationale commune des époux étrangers en considérant que l'ordre social français est moins directement intéressé lorsqu'il s'agit pour un juge, comme dans l'hypothèse envisagée, de reconnaître un droit plutôt que de le créer ? »

¹²⁸⁴ CHAVRIER, note préc., p. 75 : « Il conviendrait aujourd'hui d'achever cette évolution et d'admettre, au moins dans les rapports internationaux, que la laïcité n'est pas laïcisme et qu'elle n'interdit pas de rendre à l'élément religieux sa valeur, qui, dans une institution comme le mariage, est certainement une valeur de fond et non pas seulement de forme. » D'après cet auteur, cette doctrine se réclamerait des auteurs les plus prestigieux : A. PILLET, *Traité pratique*, n° 259, AUDINET, *Cours à l'Académie de droit international*, 1926. I. 201 ; RIGAUD, « Le mariage religieux, ses effets en droit comparé, en droit international », *Bull. Institut catholique de Paris*, 25 janv. 1930, p. 18.

¹²⁸⁵ E. RALSER, *La célébration du mariage en droit international privé* (th. dactyl.), 1998, n° 242, p. 185-186.

¹²⁸⁶ E. RALSER, *op. cit.*, n° 484, p. 363 : « Il apparaît pourtant que le principe de laïcité pourrait très bien être assuré autrement que par une célébration exclusive devant l'officier d'état civil. » Et si l'on se demande comment, l'auteur donne sa conception, toute personnelle, de la laïcité, *ibid.*, n° 490, p. 367 : « Le pluralisme est le fondement principal de la nouvelle règle. Mais la nouvelle règle est également tirée du principe de la liberté matrimoniale, puisqu'elle donne aux époux la possibilité de conclure le mariage qui correspond le mieux à leurs conceptions. [...] Enfin, le pluralisme se justifie car le caractère facultatif que l'on reconnaîtrait à la règle serait parfaitement compatible avec l'idée de laïcité et constituerait une meilleure expression de la neutralité contenue dans le principe. Cette neutralité devrait s'étendre à la règle de conflit. Mais contrairement à ce qui est enseigné classiquement, la neutralité passerait ici par la possibilité d'un choix. » L'auteur propose un système d'enregistrement un peu *new age*, sans délégation de service public aux ministres des cultes — car cela risquerait de produire des discriminations — sans personne, en fait, pour procéder à l'enregistrement, *ibid.*, n° 492-493, p. 369 : « Pour ne pas alourdir la charge des ministres du culte, tout en conciliant respect des conditions exigées par la loi (notamment celle du lieu de célébration) et choix du rituel par les époux, un système d'enregistrement pourrait sérieusement être proposé. Sous réserve des formalités de publications qui, si elles étaient maintenues, devraient être effectuées avant toute cérémonie afin de permettre les éventuelles oppositions, l'enregistrement pourrait avoir lieu après la célébration, sur production d'une attestation du déroulement effectif de celle-ci. Le mariage ne pourrait produire d'effets civils qu'à la condition de cet enregistrement, mais celui-ci rétroagirait au jour de la célébration. Toutes les conditions qui sont déjà exigées pour le mariage seraient ainsi vérifiées, la seule différence se situant sur le terrain de la cérémonie, puisque l'on pourrait faire l'économie de la célébration civile. Ce système serait de surcroît en accord avec l'idée d'un contrôle, qui n'est réaliste que s'il est mené *a posteriori*. Toutefois, un délai pour l'enregistrement ne saurait être imposé, même si sans lui, aucun contrôle n'est possible. Si les autorités permettent et encouragent l'union libre, on ne saurait obliger les époux à se presser dans les bureaux de

Il semble donc que, du côté des détracteurs de la solution, la plus noire confusion règne sur le rôle que devrait jouer la laïcité en droit : certains l'accusent — et le grief n'est pas nouveau — de ne plus être en synchronie avec l'évolution supposée des rapports État-religions, tandis que d'autres lui reprochent de méconnaître la vraie vocation de la laïcité, qui serait de sauvegarder la liberté de conscience, entendue positivement.

Du côté des auteurs qui ont salué la solution, l'ordre n'est pas forcément meilleur. En effet, certains sont allés jusqu'à nier qu'elle avait été inspirée par des motifs de laïcité, préférant y voir une manière de garantir la liberté de conscience des époux¹²⁸⁷. L'on reconnaîtra, dans ces justifications, la conception négative de la liberté religieuse, qui avait été développée par les révolutionnaires pour faire accepter le divorce, mais il faut déplorer la confusion entre la laïcité du droit et la liberté religieuse, car, ainsi que nous avons tenté de le démontrer, les deux principes se sont développés séparément, et n'ont, de toute évidence, pas la même finalité¹²⁸⁸.

Enfin, il faut se réjouir de ce que certains auteurs ont reconnu dans l'arrêt *Caraslanis* la laïcité dans son strict rôle de séparation des puissances, et ont proposé de restituer à la laïcité du mariage la méthode de droit international privé qu'elle appelait. Ainsi, « s'il s'agit de faire respecter en France le monopole des officiers de l'état civil en matière de mariage parce qu'il exprime un principe fondamental de l'ordre juridique français, il faut constater que la règle qui l'institue, l'article 165 du Code civil, est une loi de police. »¹²⁸⁹. Le mérite d'un tel statut méthodologique serait de

l'Administration. ». Et l'auteur de conclure gaiement : « Le système serait avantageux sur tous les plans, car il permettrait, de plus, de concilier intérêts privés et intérêts publics. ». L'auteur ne s'arrête pas en si bon chemin : elle propose enfin une option de statut personnel, s'inspirant des anciennes options de législation du temps de l'indigénat, pour s'accorder plus parfaitement à l'autonomie de la volonté croissante du droit de la famille (*ibid.*, n° 497, p. 373).

¹²⁸⁷ En ce sens, v. M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux* (préf. Y. LEQUETTE), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005, n° 471, p. 445 : « l'intervention de l'ordre public pour repousser la loi étrangère ne reposerait pas tant, à notre sens, sur le principe de liberté matrimoniale ou sur le principe de laïcité, souvent invoqués dans les décisions de justice, que sur le principe de la liberté de conscience. » Également, J. MESTRE, « Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel », *Rev. crit. DIP* 1977. 659, spéc. n° 42, p. 689 : « Mais au lieu de l'ordre public de sécularisation du mariage, que la jurisprudence avait invoqué sous la III^{ème} République, quelques années seulement après la séparation de l'Église et de l'État, il est préférable de reconnaître l'existence d'un ordre public de liberté de conscience, fruit du double attachement de la société française à la liberté matrimoniale et à la liberté de pensée. »

¹²⁸⁸ Cf. *supra*, n° 316, 324, 339.

¹²⁸⁹ *GAJDIP*, n° 27, § 14, p. 261 et 262 : « On constate ainsi que c'est moins la nature de la question — comme le voudrait une pratique rigoureuse de la méthode conflictuelle — que les conséquences redoutées de l'application de la loi étrangère qui ont conduit à retrancher du domaine de la loi personnelle la question du caractère séculier ou religieux du mariage. Il est dès lors permis de se demander s'il n'eût pas mieux valu attribuer d'emblée à la solution le statut méthodologique que sa justification commande et faire ainsi l'économie de ce gauchissement qui tôt ou tard devait être dénoncé comme un subterfuge. De fait, s'il s'agit de faire respecter en France le monopole des officiers de l'état civil en matière de mariage parce qu'il exprime un principe fondamental de l'ordre juridique français, il faut constater que la règle qui l'institue, l'article 165 du Code civil, est une loi de police. »

« [fortifier], au besoin, près de l'opinion française, l'autorité d'une institution propre à notre droit (la sécularisation du mariage) en l'imposant aux étrangers. »¹²⁹⁰.

360. Épilogue de l'affaire *Caraslanis*. Les juges ont-ils obtempéré ? Le contentieux de la matière s'est sérieusement essoufflé, certainement parce que les pays qui l'alimentaient ont laïcisé leur droit. Toutefois, un jugement rendu dans les années 1980 peut servir d'épilogue à la question de la soumission du mariage des étrangers à la laïcité française. Dans cette affaire, les juges parisiens ont affirmé que « l'exécution en France d'un jugement prononçant l'annulation de son mariage contracté en France, au seul motif du défaut préalable de célébration religieuse heurte de front le principe de laïcité du mariage, principe essentiel du droit français, [...] est incompatible avec les exigences de l'ordre public français. »¹²⁹¹. La formulation laisse suggérer que la méthode utilisée est l'exception de l'ordre public international, évinçant la loi étrangère désignée au terme d'un cheminement conflictuel, et non la loi de police — mais c'est un détail : la mesure de laïcité impérative du mariage civil est de nouveau affirmée pour ce qu'elle est, sans dissimulation.

Encore faudra-t-il s'assurer qu'elle ne déborde pas des frontières assignées aux lois de police, qui sont essentiellement territoriales. Les mariages célébrés à l'étranger offriront à la laïcité impérative l'occasion d'une contre-épreuve.

¹²⁹⁰ P. LEREBOURS-PIGEONNIERE (par Y. LOUSSOUARN), *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1962, 8^{ème} éd., n° 443, p. 539 : « Pourquoi deux étrangers ne peuvent-ils pas procéder en France à un mariage soit privé, soit religieux, sans recourir à notre état civil, quand leur loi nationale commune autorise l'une de ces formes ? Si les articles 199 et 200 du Code pénal qui interdisent une célébration religieuse avant la célébration civile du mariage ne font aucune distinction entre le mariage des Français et ceux des étrangers, leur sanction est purement pénale. Finalement, c'est une considération d'ordre public qui subordonne le mariage des étrangers, en France, à la célébration par l'officier public français ou par le consul national, sous peine de nullité. [...] Cet exemple [...] est caractéristique d'un aspect de la notion [d'ordre public en droit international] qui, au-delà de la morale, fortifie, au besoin, près de l'opinion française, l'autorité d'une institution propre à notre droit (la sécularisation du mariage) en l'imposant aux étrangers. » P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de droit international privé*, n° 270, p. 294, cité par COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.* 1956. 1, spéc. n° 23, p. 52 : il y a « un droit incontestable pour chaque État de défendre l'autorité morale de ses caractères originaux », parce qu'il y aurait là « un aspect de la défense de son intégrité. » Et pour cet auteur, « parmi ces caractères originaux de l'ordre français, il ne paraît pas contestable qu'il faille placer l'existence du mariage civil, et, d'une façon plus générale, une séparation toute particulière du spirituel et du temporel. »

¹²⁹¹ TGI Paris, 7 avr. 1981, *Dame Didier c/ Benabdallah*, *Rev. crit. DIP* 1981. 510, note D. LEFORT ; *JDI* 1982. 699, note M.-L. NIBOYET.

B. La laïcité non étendue aux mariages célébrés à l'étranger

361. L'affaire *Zagha*¹²⁹². La question de la forme du mariage des Français à l'étranger fait l'objet d'une disposition du Code civil, l'article 171-1¹²⁹³, qui se présente comme la bilatéralisation des articles 63 et suivants du Code civil. Ainsi, si la loi étrangère du lieu de célébration admet la validité des mariages religieux, l'ordre juridique français les reconnaîtra. Une affaire a pourtant beaucoup fait parler d'elle, au sujet de la bilatéralisation de la règle de conflit *lex loci celebrationis*.

L'affaire *Zagha* ressemble aux affaires précédentes, à ceci près que les époux, de nationalité syrienne et de confession juive, s'étaient mariés en Italie en la seule forme religieuse, alors que la loi italienne exigeait, à cette époque, une célébration civile. Le lien avec l'ordre juridique français est relativement ténu, puisque la célébration religieuse, qui leur sert de mariage, n'a pas eu lieu en France : outre leur naturalisation française, intervenue en 1955, le lien avec l'ordre juridique français est surtout constitué par la compétence du juge français aux affaires matrimoniales. Celui-ci est saisi en 1966 par Mme Zagha d'une demande en contribution aux charges du ménage, ce à quoi M. Zagha répond en faisant valoir la nullité de l'union. En effet, leur mariage avait été célébré en 1924 en Italie, soit quelques années avant les accords de Latran qui reconnaissent des effets civils aux mariages célébrés religieusement. En application de la loi du lieu de célébration, applicable en vertu de la qualification qui prévaut depuis la jurisprudence *Caraslanis*, leur mariage était nul. Pourtant le Tribunal de Grande instance de Grasse, statuant sur l'affaire, juge le mariage valide. Il ne s'arrête pas à la loi substantielle italienne de l'époque, mais interroge la loi nationale commune des époux. Et la loi syrienne faisait produire aux mariages religieux des effets civils. Ce n'est que dans l'arrêt confirmatif d'appel que le juge s'expliquera sur la méthode employée permettant d'appliquer la loi syrienne.

En appel, une troisième personne intervient à l'instance : c'est la nouvelle épouse de Zagha. Ce dernier s'était libéré des chaînes pesantes de son premier mariage en procédant à une répudiation unilatérale, autorisée par le *Schulchan Arouch*, en la faisant constater par le tribunal rabbinique de Paris. S'estimant libéré, donc, de sa première femme, Zagha en a épousé une autre,

¹²⁹² TGI Grasse, 5 déc. 1967, *Zagha*, *JDI*. 1969. 82, note LEHMANN ; CA Aix-en-Provence, 21 janv. 1981, *Rev. crit. DIP* 1982. 297, note G. LEGIER et J. MESTRE ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1982, n° 81-1261, *Rev. crit. DIP*, 1983. 300, note J.-M. BISCHOFF ; *JDI* 1983. 595, note LEHMANN ; *D.* 1983. 431, note E. AGOSTINI.

¹²⁹³ C. civ., art. 171-1 : « Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre. »

toujours en la forme religieuse, en Israël. Celle-ci reprend l'instance, que Zagha ne pouvait plus poursuivre, l'autorité de la chose jugée s'opposant à ce qu'il dispute encore la question de la validité du premier mariage. Elle entend faire déclarer que le premier mariage était nul, et que le sien est valable. La cour d'appel, disions-nous, confirme le premier jugement, en déclarant que le premier mariage, contracté en Italie, est valable, et que, faute d'avoir été dissous, le second est en conséquence nul. Expliquant le raisonnement par lequel elle conclut à la validité du premier mariage, la cour d'appel commence par admettre que la *lex loci celebrationis* ne reconnaissait pas en principe la validité des mariages purement religieux, mais que s'agissant d'étrangers en territoire italien, la loi italienne faisait une exception, les étrangers pouvant se marier suivant les formes de leur loi nationale commune¹²⁹⁴. Et comme si l'application de ce renvoi au second degré ne suffisait pas pour fonder la compétence de la loi syrienne, la cour d'appel ajoute un motif à l'éviction de la loi substantielle italienne. Pour elle, la loi italienne, *lex loci celebrationis*, désignée par la règle comprise dans l'adage *locus regit actum*, ne devait pas s'appliquer impérativement, parce que la règle *locus regit actum* est en principe facultative. Si bien qu'un autre rattachement que celui du lieu de célébration pouvait lui être substitué, comme, en l'espèce, la loi nationale commune. De ces deux raisons d'appliquer la loi syrienne, nous n'examinerons que la seconde : le prétendu caractère facultatif de la *lex loci celebrationis*.

362. Controverses suscitées par l'arrêt Zagha. L'affaire a connu un dernier rebond : la Cour de cassation, par un arrêt de rejet, a confirmé la solution de la cour d'appel, avec une réserve cependant : elle ne s'est pas exprimée sur le caractère facultatif ou impératif de la règle de conflit¹²⁹⁵.

¹²⁹⁴ Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage, art. 7 : « Le mariage, nul quant à la forme dans le pays où il a été célébré, pourra néanmoins être reconnu comme valable, si la forme prescrite par la loi nationale de chacune des parties a été observée. » La France, qui avait signé cette convention, l'a dénoncée le 12 novembre 1913 : v. E. AGOSTINI, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1982, *Zagha*, D. 1983. 431, spéc. 433.

¹²⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1982, n° 81-12611, *Zagha* : « Mais attendu que, contrairement à ce qu'allègue le pourvoi, l'arrêt attaqué a bien fait application de la loi italienne désignée par la règle de conflit française pour régir les conditions de forme d'un mariage célébré en Italie ; Que, par une interprétation souveraine du contenu de cette loi, en vigueur en 1924, il a estimé qu'elle avait donné aux futurs époux, qui étaient l'un et l'autre de nationalité syrienne et de confession israélite, la possibilité de faire célébrer valablement leur mariage, en la forme religieuse prévue par leur statut personnel, le jeu de ce renvoi se justifiant en l'espèce, dès lors qu'il conduisait à l'application de la loi mosaïque aux formes de laquelle les intéressés avaient voulu se soumettre et qu'il validait leur union ; Que la cour d'appel a ainsi légalement justifié le chef de sa décision refusant d'annuler le mariage de 1924. »

De ce silence, une doctrine menée par Bischoff¹²⁹⁶, et devenue plutôt majoritaire¹²⁹⁷, a conclu que le caractère facultatif de la *lex loci celebrationis* avait été désavoué par la Cour de cassation, implicitement mais certainement. De sorte que la *lex loci celebrationis* serait impérative, même quand elle désigne une loi étrangère. Cette querelle un peu byzantine, nous renoncerions volontiers à y prendre part si elle n'avait pas, une nouvelle fois, soulevé des protestations contre la laïcité française, accusée de sortir de ses frontières.

¹²⁹⁶ J.-M. BISCHOFF, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1982, *Rev. crit. DIP* 1983. 300, spéc. p. 306 : « Le rejet du caractère facultatif de la règle *locus* s'agissant du mariage d'étrangers à l'étranger est patent, même s'il est implicite dans l'arrêt commenté. Certes l'on pourrait faire valoir que la Cour de cassation a évité de se prononcer expressément sur ce point, alors que le premier moyen invoqué par la demanderesse l'y invitait pourtant explicitement. Mais l'argument peut être retourné si l'on observe que précisément la cour s'est bien gardée de dire que le pourvoi n'était pas fondé à cet égard. Et pourtant c'était bien là la manière la plus simple et la plus directe de justifier la compétence de la loi nationale syrienne commune des époux pour régir la forme de leur mariage, ainsi que l'avait fait la cour d'appel. Recourir à la théorie du renvoi, dans un domaine d'où elle est normalement exclue et choisir ainsi la voie la plus compliquée et en même temps celle qui n'avait été indiquée qu'à titre subsidiaire par les juges du fond, n'est-ce pas admettre nécessairement que la voie directe et retenue à titre principal n'est pas praticable ? Cette interprétation *a contrario* est d'ailleurs confirmée de manière positive et dépourvue de toute ambiguïté par l'attendu fondamental selon lequel l'arrêt attaqué « a bien fait application de la loi italienne désignée par la règle de conflit française pour régir les conditions de forme d'un mariage célébré en Italie. » Il n'y a donc pas d'alternative, la règle de conflit française ne désigne qu'une seule loi en matière de condition de forme du mariage, et cette loi est la *lex loci celebrationis*, quel que soit le lieu de célébration (France ou pays étranger) et quelle que soit la nationalité des époux. »

¹²⁹⁷ M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005, p. 445, note 56 : pour l'auteur, il ne fait guère de doute que « la soumission de la forme du mariage à la maxime *locus regit actum* est même impérativement étendue aux mariages célébrés à l'étranger. ». Les manuels et traités de droit international privé sont généralement du même avis. Mentionnons, sans souci d'exhaustivité, T. VIGNAL, *Droit international privé*, Paris, Dalloz et Armand Colin, 2005, n° 250, p. 151 : « Faut-il alors maintenir le caractère impératif de la règle *locus regit actum*, qui pourra conduire à annuler le mariage, ou s'agissant d'un mariage intervenu à l'étranger et intéressant moins directement l'ordre juridique français, admettre l'application de la loi nationale des époux, la règle *locus regit actum* redevenant facultative, conformément au droit commun en matière d'actes juridiques ? Certaines juridictions du fond ont admis cette dernière solution [il cite la cour d'appel ayant rendu l'arrêt *Zagha*] mais la Cour de cassation ne les a pas suivies, préférant utiliser, dans la même affaire, le renvoi au second degré pour valider le mariage litigieux, ce qui sous-entend que le caractère impératif est maintenu même pour un mariage célébré à l'étranger, ce qui paraît excessif, les arguments en faveur de ce caractère impératif lorsque le mariage est célébré en France ne se retrouvant pas, au moins avec la même force, en cas de célébration à l'étranger. Il ne revient pas aux autorités françaises d'être à la remorque des autorités étrangères du lieu de célébration ; si ces dernières ne reconnaissent pas le mariage comme valable, elles pourront se prononcer en ce sens ; si elles ne le font pas, c'est qu'elles n'y ont pas d'intérêt majeur. » Également, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, coll. « Précis », 2013, 10^{ème} éd., n° 460, p. 442 : « Pour nous qui, dans l'hypothèse de mariages religieux célébrés en France entre étrangers, sommes hostiles à l'intervention de l'ordre public et qui contestons le caractère obligatoire reconnu par la jurisprudence à la compétence de la *lex loci celebrationis*, la validité des unions contractées à l'étranger dans les formes prévues par la loi nationale commune des époux devrait *a fortiori* être admise. » Plus prudent sur le supposé caractère impératif qui se dégagerait de l'arrêt *Zagha*, B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2018, n° 792, p. 664 : « Dans l'affaire *Zagha*, en particulier, a été admise la validité d'un mariage religieux célébré dans un pays tiers en la forme de la loi personnelle religieuse des époux, admise par la loi locale ; toutefois, la Cour de cassation a paru écarter le motif du caractère facultatif de la règle *Locus regit actum* en concurrence avec la loi personnelle, avancé par la cour d'appel, pour ne retenir que celui d'un renvoi de loi du lieu de célébration à la loi personnelle. Cette solution n'est pas en contradiction avec celle qui s'oppose à la célébration en France de mariages religieux. Les raisons qui militent pour la compétence exclusive des officiers d'état civil en France sont absentes lorsque le mariage a été célébré à l'étranger en une forme reconnue par le droit local, tandis qu'il est opportun de maintenir une union qui a développé ses effets. »

À en croire les commentateurs les plus virulents, la solution de l'arrêt *Zagha* serait dictée par les craintes d'un État vacillant devant les autorités religieuses, s'acharnant à imposer sa laïcité « à tout prix au-delà des frontières et au-delà du raisonnable »¹²⁹⁸. Le blâme est un peu fort. Qu'on nous permette, une fois n'est pas coutume, de prendre la défense du principe de laïcité, qui, contrairement à ce que soutiennent ses accusateurs, nous paraît parfaitement raisonnable et mesuré, au moins en ce qui concerne sa projection dans les mariages internationaux.

363. Sur la critique de la laïcité imposée à l'étranger. D'abord, et à supposer qu'il soit possible d'imputer à la Cour de cassation le raisonnement *a contrario* en vertu duquel la règle de conflit *lex loci celebrationis* serait impérative, quelle que soit la loi désignée, nous ne sachions pas qu'elle ait pour résultat d'imposer la laïcité à un ordre juridique étranger. Le résultat concret de l'affaire *Zagha* indique plutôt le contraire, car elle aboutit à appliquer la loi religieuse, *via* l'application de la loi syrienne, désignée par renvoi au second degré. Rappelons qu'en droit privé, la laïcité impérative consiste dans la neutralisation de la loi religieuse. Or, affirmer qu'une solution, dont le résultat est d'appliquer une règle religieuse, serait inspirée par des motifs de laïcité, cela n'a pas de sens. Sans doute, ce que l'auteur a voulu dire est qu'en affirmant le caractère impératif de la règle de conflit, la Cour de cassation s'assurait que pour les mariages célébrés en France, seule la loi française serait compétente, parce qu'elle le serait à titre impératif — résultat qui est déjà atteint par le jeu de l'ordre public international ou par celui de la loi de police. En somme, la solution *Zagha* serait inspirée de la maxime « qui peut le plus peut le moins. » Et il faut bien admettre que, s'il était confirmé, le moyen serait un peu maladroit, parce qu'il rendrait un rattachement impératif, y compris pour des situations dont le résultat n'intéresse pas l'ordre juridique français.

364. Sur le prétendu caractère impératif de la *lex loci celebrationis*. Mais pour faire ce reproche de maladresse à la Cour de cassation — une peccadille, en comparaison du grief de laïcité abusive — encore faut-il, ensuite, qu'elle ait vraiment entendu conférer à la *lex loci celebrationis* ce caractère impératif, même lorsqu'elle désigne une loi étrangère. Cette conclusion, déduite d'un

¹²⁹⁸ E. RALSER, *La célébration du mariage en droit international privé* (th. dactyl), 1998, n° 320, p. 242 : « Une voie bien compliquée a ainsi été choisie pour justifier dans cette espèce la validité du mariage, alors qu'il suffisait de redonner à la règle *locus regit actum* son caractère facultatif, du moins pour les mariages célébrés à l'étranger. Cette position rigoureuse est sans doute ici encore la marque de l'autorité étatique qui cherche, aujourd'hui encore, à s'affirmer face aux autorités religieuses, et à imposer le modèle qu'il a instauré. S'il ne peut imposer ce modèle, lorsque le mariage est célébré à l'étranger, il redoute néanmoins une extension trop massive de la volonté individuelle et il tente de corriger, au-delà des années, le manque de vigilance de l'État du lieu où le mariage a été conclu. C'est encore le principe de laïcité que l'on cherche à imposer à tout prix au-delà des frontières et au-delà du raisonnable. Il n'est pas certain en effet que la solution eût été la même dans le cas inverse d'un mariage laïque célébré dans un État imposant une célébration religieuse [...] Signe des temps, l'acharnement de l'État à imposer ce principe de laïcité, lorsqu'il ne se justifie pas, est également signe de ses craintes. »

silence de la Haute juridiction¹²⁹⁹, nous paraît discutable. En effet, l'utilisation du renvoi au second degré confère, *de facto*, au rattachement de la loi de célébration un rattachement supplémentaire, celui de la loi nationale commune des époux. Et pour choisir entre ces deux rattachements, le juge a pris en compte la volonté des parties. Ainsi, la Cour de cassation dit bien que « le jeu de ce renvoi se justifiant en l'espèce, dès lors qu'il conduisait à l'application de la loi mosaïque *aux formes de laquelle les intéressés avaient voulu se soumettre* et qu'il validait leur union. »¹³⁰⁰. Or, peut-on soutenir qu'en donnant le pouvoir à la volonté des parties de choisir entre deux rattachements prévus par la *lex loci celebrationis*, celle-ci soit encore impérative ? À tout le moins, il convient d'admettre qu'elle n'est pas une règle de conflit exclusive. L'impérativité serait épuisée par la désignation d'un ordre étranger ; et si celui-ci laisse aux époux la faculté de choisir entre deux rattachements, le choix des parties — qui en l'espèce, permettrait de valider un mariage qui avait duré trente-six ans — s'imposera au juge français. Convenons-en : la *lex loci celebrationis* n'est impérative que dans le sens où elle doit produire ses effets une fois, pour le juge du for français, qui examinera « impérativement », si l'on veut, la loi du lieu de célébration du mariage. Au-delà, c'est à l'ordre juridique désigné de poursuivre, en validant ou invalidant le mariage, en fonction de ses propres règles de conflit relatives à la célébration, qu'elles soient plurielles, facultatives ou laissées à l'autonomie de la volonté des parties.

365. En résumé. Il semble donc que la doctrine se soit montrée injustement sévère avec la jurisprudence *Zagha*. La laïcité du mariage, constamment affirmée dans l'ordre interne avec le maintien de l'incrimination du ministre du culte célébrant, a indubitablement des projections dans les relations internationales, mais contrairement à ce qui lui est reproché, elle se cantonne strictement à un principe d'application territoriale. Les Français se mariant à l'étranger ne sont pas tenus de procéder à une célébration civile si la loi étrangère ne l'impose pas ; cette obligation n'existe qu'en France. Et si l'on peut critiquer la jurisprudence en la matière, c'est seulement pour ne pas avoir osé affirmer que cette obligation découlait d'une loi de police, et non d'une règle de conflit impérative lorsqu'elle désigne la loi française. Ces impuretés méthodologiques ont l'air de découler d'un certain manque d'audace dans l'affirmation de la laïcité impérative du mariage. Au vu des remises en question qu'il suscite, ce manque d'audace est préoccupant, mais il pourrait l'être

¹²⁹⁹ J.-M. BISCHOFF, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1982, *Rev. crit. DIP* 1983. 300, spéc. p. 306, préc. Également, E. RALSER, *La célébration du mariage en droit international privé* (th. dactyl), 1998, n° 303, p. 230 : « La Cour de cassation, quant à elle, écarte le caractère facultatif de la règle *Locus Regit Actum* pour les mariages d'étrangers en pays tiers. » Certes, dit-elle, la Haute juridiction « n'expose pas explicitement cette solution, mais le recours à la théorie du renvoi dans une matière où il est théoriquement exclu conduit à interpréter sa décision en ce sens. »

¹³⁰⁰ Nous soulignons.

bien davantage en ce qui concerne les effets du statut personnel, comme le divorce, qui pourtant doit être considéré — laïcité impérative oblige — comme un droit insusceptible de renonciation.

§ 2 L'impossible renonciation au divorce

366. Ordre interne et ordre international. Le destin du divorce fut à peu près le même que celui de la célébration du mariage. Sa mise à l'épreuve en droit interne ne servit qu'à le renforcer, contre une certaine conception de la liberté religieuse en droit interne **(I)** et contre l'application de lois prohibitives dans les relations privées internationales **(II)**.

I. Le ferme maintien du divorce en droit interne

367. Affermissement du divorce comme institution de laïcité impérative. La principale mise en cause du divorce, dans l'ordre interne, résulte d'une proposition d'option restreinte de statut catholique, restée célèbre dans les annales du droit civil **(A)**. Loin de céder à ce qui se présentait comme une revendication identitaire, le législateur a au contraire œuvré à affermir le divorce, supprimant les dernières causes d'indissolubilité des mariages, amenant progressivement à faire du divorce un droit fondamental **(B)**.

A. La proposition d'option restreinte de statut catholique

368. Proposition des frères Mazeaud. Le divorce fut remis à l'épreuve en 1937, par une proposition de Savatier¹³⁰¹. Reprise en 1945 par Léon Mazeaud¹³⁰² et défendue devant la Commission de réforme du Code civil par son frère Henri¹³⁰³, la proposition prétendait offrir aux catholiques une option de législation, permettant à ceux qui voulaient fonder leur mariage conformément aux préceptes du droit canonique, de contracter un mariage indissoluble. Exaltant, avant l'heure, la liberté individuelle, c'est un système d'option qui est proposé : « que chacun choisisse » ! Ceux qui voudraient contracter un mariage indissoluble n'auraient qu'à le dire, tandis que ceux qui s'engageraient tout en désirant « conserver la clef du divorce » n'auraient qu'à se taire. Les réformateurs ont donc soin de préserver celui dont la volonté est moins ferme, car « il ne faut pas contraindre ; il ne faut pas forcer à réclamer la clef. Le silence gardé par les époux sur l'indissolubilité vaudra mariage dissoluble. À ceux qui veulent l'indissolubilité de la réclamer devant

¹³⁰¹ R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, LGDJ, 1937, 1^{ère} éd., p. 33.

¹³⁰² L. MAZEAUD, « Solution au problème du divorce », *D.* 1945. chron. 11.

¹³⁰³ Contre-projet soumis par H. MAZEAUD à la Commission de révision du Code civil, séance du 5 déc. 1947, *Travaux de la Commission*, III, p. 498 et s.

l'officier de l'état civil. »¹³⁰⁴. Ce projet, dont les commentateurs ultérieurs ne manqueront pas de dire qu'il tendait à remettre en cause la laïcité de notre droit, a été repoussé par la Commission de révision du Code civil¹³⁰⁵.

369. La revendication identitaire masquée. Chose curieuse : ce n'est pas sous la forme d'une option de statut personnel religieux que ses défenseurs l'ont présentée. Et, plus étonnamment encore, ce n'est pas en affirmant défendre la laïcité que la Commission a motivé son rejet. Ce double silence mérite un approfondissement.

Le projet se présentait comme une « solution au problème du divorce »¹³⁰⁶, qui ne niait pas qu'avant d'être un problème, le divorce était un acquis de la « lutte menée contre l'Église ». L'embarras, dit Léon Mazeaud, est que « la famille française est [...] un groupe éphémère » ; qu'« elle se brise au caprice de ses membres », ce qui nuit au « peuple [qui] vaut par le nombre et la qualité des hommes ». Rappelant que « toute cohésion réside dans la perpétuité », qu'« un groupe ne vit qu'en se croyant immortel », il propose une solution à la faiblesse prévisible du peuple français, qui consiste à « charpenter fortement la famille ». Sa solution, dit-il, concilie à la fois les acquis de la lutte de l'État contre l'Église, tout en permettant à ceux qui le « veulent [de] bâtir sur un roc que n'entameront pas les tempêtes possibles [...] en contractant] un mariage perpétuel ». C'est donc moins une promotion ouverte des sacrements de l'Église qui est affichée, qu'une manière de préserver « la qualité des hommes [...] nombreux et forts » — qualité qui serait assurée, soit dit en passant, par ceux qui auront été « charpentés » par une famille indissoluble.

Présentée oralement devant la Commission de révision du Code civil, la conciliation paradoxale de la laïcité et de l'indissolubilité du mariage ne pouvait résister à la contradiction. Henri

¹³⁰⁴ L'auteur propose de réécrire certains articles du Code civil :

Article 75, § 6 : « L'officier de l'état civil avisera les futurs époux que, s'ils entendent contracter un mariage indissoluble par le divorce, ils doivent en faire la déclaration. »

Article 75, § 7 : « L'officier de l'état civil recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, et, s'il y a lieu, contracter un mariage indissoluble par le divorce. En cas de déclarations affirmatives concordantes, il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage et il en dressera acte sur-le-champ. »

Article 229 : « Le mariage ne pourra être dissous que si, lors de la célébration, les parties n'ont pas déclaré contracter un mariage indissoluble par le divorce. »

Et les dispositions relatives à la séparation de corps :

« Que les époux aient ou non déclaré, lors de la célébration, contracter un mariage indissoluble par le divorce, il leur sera loisible de former une demande en séparation de corps pour l'une des causes qui justifient une demande en divorce. »

« Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, mais à la condition que, lors de la célébration, les époux n'aient pas déclaré contracter un mariage indissoluble par le divorce, le jugement sera de droit converti en un jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux. »

¹³⁰⁵ Le projet déposé par Henri Mazeaud a été repoussé par neuf voix contre deux.

¹³⁰⁶ L. MAZEAUD, « Solution au problème du divorce », *D.* 1945. chron. 11.

Mazeaud déclare que son contre-projet doit servir à « sauver la famille »¹³⁰⁷, mais il admet que c'est l'affaire des « convictions de chacun » : « je crois, dit-il, qu'il est bon que les époux sachent, quand ils se marient, si vraiment celui avec lequel ils se marient a la même conception que celle qu'ils se font du mariage. »¹³⁰⁸. Interrogé sur la probabilité d'un nombre infime d'amoureux qui contracterait un mariage dissoluble par divorce, Henri Mazeaud désigne ces candidats comme « tous ceux à qui les convictions n'imposent pas le mariage indissoluble »¹³⁰⁹, ce qu'un de ses contradicteurs résume par un interdit religieux¹³¹⁰, qui ne s'imposerait en théorie qu'aux catholiques convaincus. Comment, en effet, ne pas reconnaître dans les candidats au mariage indissoluble les catholiques de France ? Après des prétextes et des silences, il finit par l'admettre franchement : il s'agit d'introduire dans le droit étatique la possibilité de se conformer au sacrement de l'Église catholique¹³¹¹. Et, apparemment irrité par les objections du Président, il soulève une question à laquelle il est regrettable que la Commission n'ait pas donné de réponse claire : « Est-ce vraiment contraire à l'intérêt de la nation qu'il y ait un mariage indissoluble ? Y a-t-il une considération d'ordre public qui s'y oppose »¹³¹² ?

370. Considération de laïcité impérative inavouée. Les objections d'ordre psychologique¹³¹³ ainsi que celles, moins visibles, qui anticipaient les effets pervers qui ne

¹³⁰⁷ Contre-projet soumis par H. MAZEAUD à la Commission de révision du Code civil, séance du 5 déc. 1947, *Travaux de la Commission*, III, p. 498, spéc. p. 500.

¹³⁰⁸ *Ibid.*

¹³⁰⁹ *Ibid.*, p. 504.

¹³¹⁰ *Ibid.*, p. 506 : « Si votre religion — car au fond, c'est là le problème — vous empêche de vous remarier, vous ne vous remarierez pas ; vous pouvez toujours, même si votre conjoint vous a imposé un divorce que vos convictions ne vous permettaient pas de demander, vous considérer comme lié par les liens du mariage vis-à-vis de lui »)

¹³¹¹ Qu'on nous permette de reproduire ce fragment de dialogue (*ibid.*, p. 509) :

M. Mazeaud : « Il y a des personnes qui estiment qu'en conscience — selon leurs convictions religieuses, si vous voulez — elles ne peuvent pas contracter un mariage dissoluble : vous portez atteinte à la liberté de ces personnes en les obligeant à contracter un mariage dissoluble. »

M. le Président : « Jamais l'Église n'a dit que les personnes qui à l'heure actuelle contractent en France un mariage qui, d'après la législation française, est dissoluble, commettent un péché. »

M. Mazeaud : « On leur dit que le mariage civil n'a aucune valeur. »

M. Le Président : « L'Église ne reconnaît pas la valeur de ce mariage : les catholiques s'y soumettent parce que, juridiquement, c'est nécessaire, mais ils se considèrent en conscience comme liés par leur mariage religieux, tant que leur mariage religieux n'est pas annulé... »

¹³¹² *Ibid.*, p. 510. Une réponse fut hasardée par M. Houin : « La question est la même que celle qui se pose pour les vœux monastiques perpétuels », qui, ajoute-t-il pour parfaire la comparaison, « ne sont pas reconnus par la loi. »

¹³¹³ *Travaux de la Commission*, III, p. 498, spéc. p. 500 : Ces objections d'ordre psychologique ont été soulevées dès la présentation du texte à la Commission par la plupart des contradicteurs. Niboyet déclare qu'il « ne voit pas très bien comment, au moment du mariage, un conjoint pourrait, moralement, ne pas prendre l'engagement de ne pas divorcer. S'il ne prenait pas cet engagement, la situation ne serait-elle pas étrange ? » Ancel (*ibid.*, p. 504), répondant à l'argument des convictions religieuses, déclare quant à lui que « dans l'expérience judiciaire, les divorces sont dans la majorité des cas le résultat d'unions malheureuses et non pas d'idées préconçues contre l'indissolubilité du mariage. »

manqueraient pas de se produire — créer des sacrilèges, disait Delépine¹³¹⁴, fabriquer des anticléricaux, ajoutera Carbonnier¹³¹⁵ — ne contiennent pas cette grande cause d'ordre public, l'intérêt primordial de la nation, qui s'opposait à la création d'une option de statut personnel religieux. Est-ce parce que cette option de statut « aurait abouti à soumettre au droit canonique une très grande majorité de Français »¹³¹⁶ qu'elle a été rejetée ? La question du nombre a certainement été déterminante. Néanmoins, un autre aspect, d'une importance qui nous semble au moins égale à l'aspect statistique, a été laissé dans l'ombre à l'époque, et n'a que rarement été souligné, alors qu'il est, « en réalité, l'objection décisive contre la réforme suggérée ».¹³¹⁷ C'est la rupture de l'unité du droit français de la famille : « l'adoption de la proposition discutée eût signifié, sur un point essentiel, une abdication partielle de l'ordre civil. »¹³¹⁸. Et, contre cette abdication, la laïcité impérative s'érige comme un rempart. Ceux qui l'ont défendue, pourtant, s'en sont cachés.

La progression de la laïcité impérative n'en sera pas moins évidente, en ce qui concerne cet acquis révolutionnaire du droit de divorcer.

¹³¹⁴ *Id.*, p. 510 : « Étant donné que la plupart des jeunes gens se marient religieusement, un grand nombre d'entre eux seront amenés à commettre un sacrilège, parce que l'Église leur refusera le mariage s'ils n'ont pas déclaré contracter un mariage indissoluble. »

¹³¹⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, « La famille. Les incapacités », Paris, PUF, 12^{ème} éd., 1983, n° 51, p. 148 : « le risque de la formule faussement pluraliste serait de fabriquer des anticléricaux. » Ce qui fit dire à Atias que le souci de Carbonnier était, paradoxalement, la protection de l'Église catholique : v. Ch. ATIAS, « Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce », *JCP G* 1984. I. 3151, n° 6 : « C'est en invoquant le souci de protéger l'Église catholique que M. le Doyen Carbonnier rejeta la proposition de créer deux types de mariage civil dont l'un seulement serait indissoluble, et l'autre susceptible de dissolution par divorce. Dès lors que la première forme aurait pu être suivie d'un mariage catholique et que le goût des cérémonies religieuses ne va pas toujours de pair avec la foi, "le risque de la formule faussement pluraliste serait de fabriquer des anticléricaux" parmi ceux qui auraient choisi le mariage indissoluble pour pouvoir "se marier à l'église" et se repentiraient ensuite de cette décision. »

¹³¹⁶ V. PARISOT, *Les conflits internes de lois* (préf. P. LAGARDE), IRJS Éditions, coll. « André Tunc », t. XLVI, 2013, vol.1, p. 347 : « C'est ainsi que l'idée d'un mariage indissoluble pour les catholiques et d'un mariage dissoluble par divorce pour les dissidents et les incroyants, qui a pu paraître comme étant équitable, a néanmoins dû être rejetée car elle aurait abouti à soumettre au droit canonique une très grande majorité de Français qui, pour reprendre la formule de Carbonnier, ne sont rattachés à l'Église romaine "que par un conformisme des quatre saisons de la vie, et qui n'entendent recevoir que comme rite de passage ce que le prêtre entend leur conférer comme sacrement." »

¹³¹⁷ P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.* 1956. 1, spéc. n° 19, p.45 : « En réalité, l'objection décisive contre la réforme suggérée est dans la rupture qui serait apportée à l'unité du Droit français du mariage. Le droit civil renoncerait à avoir une conception sur le contenu de l'institution la plus fondamentale de l'ordre social. Il abandonnerait en partie une compétence que Portalis avait affirmée avec tant de grandeur, et une conscience si haute de l'ordre civil : "les lois civiles doivent interposer leur autorité entre les époux, entre les pères et les enfants ; elles doivent régler le gouvernement de la famille." L'adoption de la proposition discutée eût signifié, sur un point essentiel, une abdication partielle de l'ordre civil. »

¹³¹⁸ *Ibid.*

B. La progression du droit au divorce

371. Suppression de la clause d'exceptionnelle dureté¹³¹⁹. La progression du droit au divorce s'est d'abord illustrée par la suppression de la clause d'exceptionnelle dureté. Cette concession qui avait été faite aux catholiques, à côté de la séparation de corps, disparaîtra bientôt du droit français¹³²⁰. En théorie, « la clause de dureté n'[était] pas clause de conscience »¹³²¹ : il ne suffisait pas de se déclarer catholique et attaché au dogme de l'indissolubilité du mariage pour faire valablement opposition au prononcé du divorce ; encore fallait-il que l'époux apporte la preuve des conséquences moralement désastreuses sur sa vie de divorcé. Principalement invoquée par l'époux catholique¹³²², la clause de dureté produisait rarement les effets qui en étaient attendus. C'est que, permettant de donner une réalité au dogme de l'indissolubilité du mariage, la clause de dureté heurtait la conscience laïque des magistrats français¹³²³, qui dès lors en faisaient un usage extrêmement parcimonieux¹³²⁴. Sa suppression, en 2004, vint donc consacrer un état du droit où elle ne pouvait guère être invoquée avec succès.

Quelle appréciation donner de la disparition de la clause d'exceptionnelle dureté du droit français ? Un coup d'œil en droit comparé, vers l'Allemagne, dont la tradition en la matière diffère beaucoup de la tradition laïque française, incline à y voir un effet de la marée montante de la laïcité impérative. En Allemagne, dont on rappellera utilement l'ancienne tradition du *cujus regio ejus religio*¹³²⁵, la clause d'exceptionnelle dureté perdure, si bien que certains époux, réunissant les preuves du caractère « exceptionnellement dur » de la rupture, pourront donner force de loi au dogme

¹³¹⁹ Sur la clause de dureté, analysée non comme témoin de ce que le divorce serait une institution de la laïcité impérative, mais comme témoin de la suppression d'une éventuelle norme de relevance légale, cf. *supra* n° 141.

¹³²⁰ C. civ., anc. art. 240, abrogé par la L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 : « Si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, le juge rejette la demande.

Il peut même la rejeter d'office dans le cas prévu à l'article 238. »

¹³²¹ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, LexisNexis, 2013, 2^{ème} éd., n° 1624, p. 1017.

¹³²² Mais pas seulement, puisqu'il est arrivé que l'exceptionnelle dureté soit opposée à des conjoints d'autres confessions demandant le divorce, comme la religion protestante : v. CA Besançon, 24 juin 1986, cité par P. BARBIER, « Le divorce, la religion et l'exceptionnelle dureté au sens de l'article 240 du Code civil », *Gaz. Pal.* 1987. 1. doctr. p. 273 ; et la religion juive : v. CA Paris, 16 mars 1978, *JCP G* 1978. II. 18964, obs. R. LINDON.

¹³²³ V. à ce sujet l'étude de sociologie judiciaire sur l'invocation de la clause de dureté : Ch. ATIAS, « Les convictions religieuses dans la jurisprudence en matière de divorce », *JCP G* 1984. I. 3151, n° 7-14. Pour lui, les motivations véritables qui inspiraient les juges pour faire obstacle, presque systématiquement, à cette clause, étaient que « Le divorce entraîne des inconvénients normaux [...] Par conséquent, dès lors qu'il est normal, en France, d'être catholique, et non moins normal de divorcer, nul ne peut se prévaloir de la qualité de catholique pour refuser le divorce au nom de ses convictions [...] Par là se vérifie que la laïcité est surtout utilisée pour imposer la loi de l'État laïc aux religions pratiquées par les citoyens. »

¹³²⁴ Sur cette jurisprudence, v. M. PENDU, *Le fait religieux en droit privé* (préf. F. KERNALEGUEN), Paris, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », t. XXIX, 2008, n° 72 et s., p. 48.

¹³²⁵ Cf. *supra*, n° 311 et s.

d'indissolubilité du mariage¹³²⁶. En ce sens, certains auteurs jugeront que l'abrogation, en France, de la clause de dureté est « une preuve éclatante du recul de l'influence de la religion, spécialement catholique, dans l'édition des normes applicables aux relations familiales »¹³²⁷, tandis qu'en Allemagne, le maintien pourrait être inspiré par la tradition ancienne du pluralisme des statuts religieux.

372. L'émergence d'un droit fondamental au divorce. En tant qu'institution de la laïcité impérative, le divorce échappe aux matières disponibles du droit de la famille. À cette analyse, il est possible d'en substituer une autre : le divorce serait devenu un droit fondamental¹³²⁸. À ces deux raisons de renforcer le divorce dans l'ordre interne, une conséquence doit être rattachée : la jurisprudence « Cours Sainte-Marthe »¹³²⁹, dans laquelle l'institutrice de l'école confessionnelle avait renoncé à sa liberté matrimoniale, pourrait, au premier regard, être devenue obsolète. Sans que la nature exclusivement contractuelle de la norme de relevance soit démentie — au contraire, puisque la contractualisation croissante du droit de la famille tend à lui donner une portée de plus en plus étendue — la libre disposition de la faculté de divorcer pourrait être entravée par le passage du divorce dans la laïcité impérative. Le divorce, devenu un symbole fort de la laïcité impérative, ne pourrait donc plus valablement faire l'objet d'une renonciation par la voie contractuelle, sanctionnée comme telle par le droit. Les entraves au prononcé du divorce, y compris celles qui auront été librement consenties, ne pourront sans doute pas avoir la même force que par le passé.

Pour autant, les engagements allant dans le sens d'une restriction au divorce seraient-ils dépourvus de conséquence en droit ? Se pose ainsi la question de la licéité d'un tel engagement, et

¹³²⁶ Ainsi, l'Allemagne, qui n'a qu'une seule cause de divorce, l'échec du mariage, admet que le divorce puisse exceptionnellement être refusé sur le fondement d'une clause de dureté. Tel est le sens du § 1568 du BGB « Die Ehe soll nicht geschieden werden, obwohl sie gescheitert ist, wenn und solange die Aufrechterhaltung der Ehe im Interesse der aus der Ehe hervorgegangenen minderjährigen Kinder aus besonderen Gründen ausnahmsweise notwendig ist oder wenn und solange die Scheidung für den Antragsgegner, der sie ablehnt, auf Grund außergewöhnlicher Umstände eine so schwere Härte darstellen würde, dass die Aufrechterhaltung der Ehe auch unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers ausnahmsweise geboten erscheint. »

¹³²⁷ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, LexisNexis, 2013, 2^{ème} éd., n° 1623, p. 1016.

¹³²⁸ C'est une interprétation possible de la décision du Conseil constitutionnel, 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC, § 5 : « En premier lieu, selon l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression". Selon son article 4 : "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi". Il résulte de ces dispositions une liberté pour chacun de se marier ainsi qu'une liberté de mettre fin aux liens du mariage, composantes de la liberté personnelle. Il est cependant loisible au législateur d'apporter à la liberté de mettre fin aux liens du mariage des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. »

¹³²⁹ Sur cette jurisprudence, cf. *supra*, n° 71 et s.

celle de la sanction de son inexécution. Une réponse catégorique est délicate à donner. Hasardons tout de même quelques éléments de réponse. Certes, le divorce est devenu un des grands symboles de laïcité impérative. Pour confirmer son entrée dans ce domaine, les récents développements en droit interne tendent à en faire un droit fondamental¹³³⁰. Et, de toute évidence, le droit au divorce fait partie de ces droits fondamentaux partiellement aménageables par contrat — comme la liberté religieuse. À la fois institution de laïcité impérative et droit fondamental, ces deux qualités censées se renforcer se contredisent néanmoins dans l'aménagement contractuel qui peut être donné par le titulaire de ce droit. Le paradoxe mérite d'être souligné : son statut nouveau de droit fondamental permettrait de réintégrer les renonciations au divorce dans le droit civil, mais par la petite porte, grâce à l'autonomie personnelle qui sert d'élément modérateur à l'absolutisme des droits fondamentaux. Pourtant, les renonciations à la faculté de divorcer ne peuvent s'opposer au prononcé du divorce : tout au plus auront-elles des conséquences pécuniaires pour le renonçant. Si l'affaire du « Cours Sainte-Marthe » se posait à nouveau, aujourd'hui, devant les tribunaux, la sanction serait sans doute quelque peu atténuée.

Devenu, en droit interne, une institution de laïcité impérative se parant des traits d'un droit fondamental, le divorce n'a pas pu être remis en cause par les revendications portées par les droits fondamentaux individuels. Son ferme maintien en droit interne a des conséquences en droit international privé.

II. Le droit au divorce projeté dans les relations internationales

373. Le droit au divorce internationalement reconnu. La voie ouverte par la jurisprudence relative à la laïcité du mariage a, peut-être, rendu plus évidentes les réactions de l'ordre juridique français contre les statuts personnels prohibant le divorce. Dès 1922, il s'agissait de permettre aux ressortissants français — au moins eux — de bénéficier des lois françaises autorisant ce mode de dissolution du lien conjugal. L'arrêt *Ferrari* « devenait l'illustration d'un courant d'idées qui tendait à soumettre à la loi française toute institution matrimoniale dès que l'une des parties était française. »¹³³¹. L'idée de l'ordre public de proximité n'est pas loin. Après un détour

¹³³⁰ V. Cons. const., 29 juill. 2016, déc. préc. En ce sens également, v. J. GARRIGUE, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2018, 2^{ème} éd., coll. « HyperCours », n° 316 et s., qui relève que le législateur n'est désormais plus libre de poser des restrictions au droit au divorce. Toutefois, l'auteur se garde de déclarer qu'il s'agit d'un droit fondamental. Comp. Cour EDH, 18 déc. 1986, req. n° 9697/82, *Johnston c/ Irlande*, JDI 1987. 812, *GACEDH*, 5^{ème} éd, n° 48 : il n'existe pas de droit fondamental au divorce. V. aussi Cour EDH, 14 juin 2011, req. n° 15001/04, *Ivanov et Petrova c/ Bulgarie* ; Cour EDH, 10 janv. 2017, req. n° 1955/10, *Babiarz c/ Pologne*.

¹³³¹ Cass. civ., 6 juillet 1922, *Ferrari*, *GAJDIP*, n° 12, p. 109, § 3. Il s'agissait de soumettre la demande de conversion d'une séparation de corps, prononcée en Italie, à la loi française, loi de la nationalité de l'épouse.

par la jurisprudence *Rivière-Tarnid*¹³³², par laquelle la loi française devait s'imposer avec un peu moins d'autorité et sans doute plus de respect de l'exigence de continuité de l'état des personnes, la Cour de cassation a expressément décidé que les lois n'admettant pas le divorce ni la séparation de corps devaient être évincées en raison de leur contrariété à l'ordre public international¹³³³. Prenant le relais de ces correctifs assurant à la loi française un empire étendu, la loi du 11 juillet 1975 a édicté une règle de conflit dont la facture a suscité des commentaires étonnés¹³³⁴. L'article 310 du Code civil, devenu l'article 309, est une règle de conflit unilatérale, dont les rattachements « en cascade » ne dissimulent pas leur but : « favoriser l'intégration des ménages étrangers de statut personnel prohibitif [...], mais aussi de répandre le plus largement possible les bienfaits des nouvelles dispositions de droit substantiel. »¹³³⁵. Mais, contre les statuts prohibitifs, la multiplication des rattachements n'assuraient pas au droit français une emprise infaillible. Aussi fut-il jugé nécessaire, pour assurer l'éviction systématique de ces lois si contraires à ce domaine de laïcité impérative, de convoquer l'ordre public de proximité¹³³⁶, pour permettre à un Français domicilié en France de divorcer. La Haute juridiction n'a pas été avare de moyens pour assurer le rayonnement international de sa législation favorable au divorce. Et quoiqu'à la même époque, la Cour européenne des droits de l'homme ait expressément jugé qu'il n'existait pas de droit fondamental de divorcer¹³³⁷, il ne fait aucun doute que c'est vers un tel statut que la *favor divortii* a

¹³³² Cass. civ., 17 avr. 1953, *Rivière, GA* n° 26, *Rev. crit. DIP* 1953. 412, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1943. 860, note PLAISANT, *JCP* 1953. II. 7863, note BUCHET ; *RabelsZ* 1955. 520, note FRANCESCakis : cet arrêt avait fait de la nationalité commune le rattachement de principe, et à défaut de nationalité commune, le divorce devait être régi par la loi du domicile. Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1961, *Tarnid, D.* 1961. 437, 3^{ème} esp., note HOLLEAUX ; *Rev. crit. DIP* 1961. 547, note BATIFFOL ; *JDI* 1961. 734, note GOLDMAN : ce second arrêt, quant à lui, vient préciser la notion de domicile, à une époque où la femme était réputée domiciliée de plein droit chez son mari, exigeant que la loi du domicile soit celle du lieu où les époux sont « tous deux intégrés au milieu local par un établissement effectif dans le même pays. » À défaut, dit la Cour de cassation, la loi applicable au divorce devra être celle du for.

¹³³³ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1963, *Patino, GAJDIP* n° 38-39 ; *Rev. crit. DIP*, 1964. 532, note P. LAGARDE ; *JDI* 1963. 1016, note MALAURIE ; *JCP* 1963. II. 13365, note MOTULSKY (sur le premier arrêt) : « Mais attendu que les juges du fond ont, à bon droit, admis que l'application des règles de conflit françaises, en combinaison avec le contenu de la loi bolivienne, par eux souverainement appréciée sans dénaturation, comme l'a été d'autre part la portée du renvoi par elle statué à la législation espagnole et limité à la seule question de l'admissibilité du divorce, avait pour résultat l'impossibilité à la fois et du divorce et de la séparation de corps ; qu'en présence de semblable situation, contraire à l'ordre public international français, l'arrêt attaqué a pu prononcer la séparation de corps par substitution de la loi du for aux droits étrangers normalement compétents. »

¹³³⁴ Ph. FRANCESCakis, « Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international », *Rev. crit. DIP* 1975. 553.

¹³³⁵ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2017, n° 757, p. 171 : « Le champ considérable ainsi reconnu à la loi du for du fait de la conjugaison des deux premiers alinéas de l'article 309, justifié au regard des propres objectifs du législateur à l'époque où les ménages immigrés étaient fréquemment interdits de divorce au regard de leurs lois nationales, apparut cependant excessif par la suite — et sous ce seul aspect même — au vu des réformes de droit substantiel intervenues depuis dans les pays voisins. Fut ainsi mise en doute la portée indirecte de l'article 309, al. 2, susceptible de se retourner contre les ménages de statut personnel étranger désormais permissif qui, domiciliés en France, avaient exercé leur liberté de divorcer à l'étranger. »

¹³³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avr. 1981, *De Iturralde de Pedro, JDI* 1981. 812, note D. ALEXANDRE.

¹³³⁷ Cour EDH, 18 déc. 1986, req. n° 9697/82, *Johnston c/ Irlande, JDI* 1987. 812, *GACEDH*, 5^{ème} éd, n° 48 : il n'existe pas de droit fondamental au divorce. Comp. Cour EDH, 9 oct. 1979, req. n° 6289/73, *Airey c/Irlande* : les États qui

dirigé la législation relative au divorce. Les actuelles règles de conflit de lois en la matière, issues du Règlement européen Rome III¹³³⁸, ne désavouent pas cette faveur au divorce, au contraire. Abandonnant à la volonté des parties le choix de la loi du divorce¹³³⁹, le Règlement prévoit qu'en l'absence de clause d'*electio juris*, le juge devra appliquer la loi désignée suivant des rattachements « en cascade »¹³⁴⁰. La faveur au divorce se manifeste dans la manière dont la loi est choisie : sera effectivement appliquée la loi qui autorise le divorce.

374. Incertitudes quant à l'effet de la volonté des époux sur le divorce international. Le fait que la réglementation européenne prenne le relais de la loi française dans l'établissement de ce nouveau droit fondamental permet d'oublier l'exception que représente, en général, toute référence à la laïcité. Toutefois, certaines incertitudes demeurent. Ni la Cour européenne des droits de l'homme ni la Cour de justice de l'Union européenne n'ont encore explicitement consacré ce droit fondamental au divorce¹³⁴¹. Sans doute, « pour que la question se pose avec éclat, il faudrait un requérant se prétendant victime d'une législation nationale tellement restrictive qu'elle ne lui permette pas de retrouver sa liberté. »¹³⁴². Mais justement, il n'existe plus

prohibent le divorce ont une obligation positive d'offrir aux époux une procédure leur permettant d'être dispensés de leur devoir de cohabitation, et ce, au nom de la protection de la vie privée ou familiale.

¹³³⁸ Règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, dite « Règlement Rome III ».

¹³³⁹ Règlement préc., art 5. 1 : « Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes :

- a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou
- b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou
- c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou
- d) la loi du for. »

¹³⁴⁰ Règlement préc., art. 8 : « À défaut de choix conformément à l'article 5, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État :

- a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
- b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
- c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
- d) dont la juridiction est saisie. »

¹³⁴¹ V. M. FARGE, « La gestation d'un droit fondamental au divorce en Europe ? », *RDLF* 2012, chron. n° 19 : « pour le droit de divorcer, la Cour européenne ne ferait vraisemblablement plus preuve de la même retenue. Au regard de l'évolution des législations européennes et de la propension de la Cour européenne à des interprétations évolutives, il est probable que les juges Strasbourgeois consacraient aujourd'hui le droit de divorcer. L'occasion risque de ne pas leur en être donnée puisque le droit de divorcer fait désormais consensus. » Dans le même sens, v. P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 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 corps », *Rev. crit. DIP* 2011. 291, n° 42 : « C'est clairement, alors même que le texte n'entend harmoniser que les règles de conflit de lois, imposer une certaine vision substantielle du divorce, donc du mariage, aux États membres participants : le « droit au divorce » doit être consacré. »

¹³⁴² M. FARGE, art. préc.

d'État de l'Union européenne qui prohibe le divorce, Malte étant le dernier pays à avoir intégré dans son droit la possibilité de divorcer par un référendum de 2011.

Une dernière incertitude relative à la fondamentalisation du droit au divorce doit être mentionnée. S'il était érigé comme tel par la Cour européenne des droits de l'homme, les articles 8 et 12 se prêtant à une telle consécration, ce droit fondamental individuel serait-il susceptible d'aménagements par contrat entre les parties ? Le Règlement Rome III invite à la contractualisation du divorce, au moins quant au choix de la loi qui lui sera applicable. On a pu s'interroger sur la désignation, dès le contrat de mariage, de la loi applicable au divorce. *Quid* des époux qui, souhaitant condamner cette éventuelle issue de leur union, désigneraient une des dernières lois à prohiber le divorce¹³⁴³ ? Cette hypothèse serait la même, exactement, que celle qu'avaient proposée les frères Mazeaud à la Commission de révision du Code civil en 1948 : la clause renfermerait un genre d'option de statut religieux, transposée aux relations conjugales internationales. Le Règlement bloque cette contractualisation du statut religieux, donnant une vocation subsidiaire au droit du for lorsqu'une loi prohibitive avait été désignée par les parties¹³⁴⁴. Si ce genre de correctif à l'absolutisme des droits fondamentaux était reconnu dans les relations conjugales internationales, il est certain qu'il serait impuissant à faire échec au prononcé du divorce, les époux « seraient-ils mus par leurs convictions religieuses »¹³⁴⁵. Mais cette contractualisation serait-elle totalement dépourvue d'effets de moindre ampleur ? La question est ouverte.

375. En résumé. En droit interne, le divorce a pu être remis en question, mais sans jamais rencontrer le moindre succès. Ainsi, l'intégration, en droit français, d'une option partielle de statut religieux, proposée par les frères Henri et Léon Mazeaud, a été vigoureusement repoussée par la Commission de révision du Code civil. Dans l'ordre interne, l'institution du divorce n'a cessé d'être défendue, et l'observation vaut également dans l'ordre international. Un silence, toutefois,

¹³⁴³ Actuellement, il semble que les derniers États à prohiber encore le divorce soient les lois d'Andorre, de la République dominicaine, des Philippines, de certains États islamiques pour les minorités chrétiennes, du Liban et de la Syrie, et bien sûr du Vatican.

¹³⁴⁴ Règlement préc., art 10 : « Lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique. » Reste que le Règlement n'entend pas obliger les juges d'un État qui ne connaît pas le divorce à divorcer des époux : c'est la fameuse « clause maltaise », contenue à l'article 13 du Règlement, qui dispose que : « Aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement. »

¹³⁴⁵ D. BUREAU et H. MUIR WAT, *Droit international privé*, t. II, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2017, n° 758-3, p. 174 : « Il a été relevé à cet égard qu'au-delà des précisions visant à lutter contre les lois discriminatoires, le Règlement n'admettait ainsi le respect de la volonté qu'en faveur du divorce, mais non pas à son encontre : il est en effet interdit à des époux, seraient-ils mus par leurs convictions religieuses, de choisir une loi rendant leur mariage indissoluble, et seulement susceptible de relâchement par la voie de la séparation de corps. »

doit être souligné : l'évolution des règles de droit interne et des règles de conflit de lois vers la consécration d'un droit fondamental au divorce a permis à l'ordre juridique français de faire l'économie d'une justification en termes de laïcité. Si le divorce est une institution de la laïcité impérative, ses défenseurs l'ont toutefois toujours défendu en se taisant.

Conclusion de la section 1

376. Deux monopoles légaux exprimant une fonction régalienne. De l'étude de la jurisprudence et de la loi, et peut-être plus encore de l'étude des propositions de lois rejetées et de celle des lois maintenues, il ressort que le législateur et le juge français ont constamment défendu les institutions de la laïcité impérative contre la tentation du pluralisme juridico-religieux. Ainsi, la célébration du mariage est-elle de la compétence exclusive de l'ordre étatique. Contre le ministre du culte qui méconnaîtrait ce monopole étatique, et prétendrait unir des époux selon son droit, l'incrimination, vieille de deux siècles, n'a jamais été abrogée. De même, le divorce est disponible pour tous les Français, quelle que soit leur confession. Contre ceux qui voudraient introduire une option restreinte de statut personnel, introduisant l'indissolubilité du mariage en droit français, le législateur a maintenu le cap : nul pluralisme juridico-religieux ne saurait être introduit en droit français de l'état des personnes. Le maintien ferme de l'incrimination du ministre du culte célébrant, et le maintien non moins tenace du divorce en droit français, en ont fait des monopoles légaux, par lesquels s'exprime la laïcité impérative.

Ces verrous de la laïcité impérative maintiennent donc l'unité du droit contre les velléités d'un vieux concurrent irrédentiste, l'ordre religieux, défendant ainsi la fonction régalienn

377. Une laïcité impérative silencieuse. Pourtant, nous ne cacherons pas une certaine réserve quant à la pérennité de ces solutions. Certes, elles ont été affirmées et confirmées sans relâche, mais en manquant terriblement d'audace. N'oublions pas que le législateur et le juge n'ont que rarement osé justifier leurs solutions en termes de laïcité. Et l'on ne peut que s'interroger : pourquoi la véritable *ratio legis* de ces solutions est-elle si fréquemment tue ? Le doyen Savatier avait hasardé une réponse à cette question, au sujet de l'option de statut personnel religieux. Pour lui, la cause doit être recherchée dans « le complexe d'infériorité d'un droit laïcisé à l'égard des exigences religieuses »¹³⁴⁶, qui réveillerait chez le législateur « une crainte insupportable : l'Église ne serait-elle pas plus forte que lui ? Il lui apparaît en effet que cette défense par l'Église, de sa conception de l'indissolubilité, bien que restreinte à ses fidèles, prend figure d'attaque à un droit laïque, et d'usurpation cléricale. La réaction de l'État est instinctive. Il ne peut admettre avoir tort, dans sa législation, même si, socialement et par hypothèse, l'Église a raison. »¹³⁴⁷. Cette explication, quoiqu'un peu trop partisane à notre goût, contient un élément utile pour comprendre ce silence

¹³⁴⁶ R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, LGDJ, 1963, 2^{ème} éd., p. 73.

¹³⁴⁷ *Ibid.*

qui confine à la pudeur. Ce silence tient à un accord tacite de ne pas déchirer le voile, derrière lequel se laisserait apercevoir « la face de la gorgone du pouvoir »¹³⁴⁸. En discutant à perte de vue des droits fondamentaux des individus, dont le respect commanderait le maintien ou la suppression de telle ou telle règle, le débat se déporte sur d'aimables aspects, sans que l'épée du pouvoir à l'état brut vienne jamais trancher le nœud gordien. Mais au fond de ces discussions, il n'y a pas d'autre raison que purement politique, pris dans son sens le plus strict de pouvoir dans la cité. Il s'agit toujours de réaffirmer le pouvoir exclusif de l'État, contre un ordre religieux, dont la puissance est soupçonnée de surpasser celle de l'État. La grâce dont la laïcité a bénéficié jusqu'à présent est que, dans toutes ces controverses, elle n'ait jamais eu besoin de s'affirmer trop fort pour préserver les domaines qu'elle avait conquis. Il n'est cependant pas dit que cette grâce durera.

Aussi, certains commentateurs ont tiré de pessimistes conclusions des propositions d'option de statut personnel, jugeant que l'unité du droit de la famille était irréversiblement ébréchée. Il n'y aurait « plus aucune raison de refuser à tout groupe ayant un certain poids et en faisant la demande, l'élaboration d'un statut particulier qui devrait dans un cas offrir un cadre d'union conforme au droit canonique, dans un autre au droit hébraïque ou musulman. »¹³⁴⁹. Le jugement est un peu sévère, mais il faut bien reconnaître qu'en proposant une option de statut religieux, les frères Mazeaud ont été visionnaires en ayant pressenti, longtemps en avance, la force exponentielle qui aller porter l'individualisme dans les décennies à venir¹³⁵⁰. Aussi bien est-ce à une demande croissante de revendications identitaires que la laïcité impérative devra répondre. C'est

¹³⁴⁸ H. Kelsen, « Diskussionsrunde zu den Berichten », in *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 Reichsverfassung* (dir. E. Kaufmann, H. Nawiasky, A. Hensel et O. Bühler), Berlin/Leipzig, de Gruyter, 1927, p. 53, spéc. p. 54-55 : « Die Frage, die auf das Naturrecht zielt, ist die ewige Frage, was hinter dem positiven Recht steckt. Und wer sucht, der findet fürchte ich, nicht die absolute Wahrheit einer Metaphysik noch die absolute Gerechtigkeit eines Naturrechts. Wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schliesst, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen. »

¹³⁴⁹ C. Duvert, *Sectes et droit* (préf. F. Terré, post. Ph. Théry), Aix-en-Provence, PUAM, 2004, note n° 118, p. 393 : « On peut souligner [...] à propos du contrat d'union civile que s'est ainsi ouverte une brèche dans l'unicité du mariage civil, de manière parfaitement identique à celle que proposait d'ouvrir le projet Mazeaud. Le droit reconnaît en effet dorénavant, à côté du seul statut qu'il proposait jusqu'alors sous la forme du mariage, une autre forme d'association à deux personnes, emportant, comme le mariage, droits et obligations. Il n'y a alors plus aucune raison de refuser à tout groupe ayant un certain poids et en faisant la demande, l'élaboration d'un statut particulier qui devrait dans un cas offrir un cadre d'union conforme au droit canonique, dans un autre au droit hébraïque ou musulman. »

¹³⁵⁰ En réalité, il s'agit d'un détournement de la liberté individuelle, en témoigne cet extrait de dialogue : v. Contre-projet soumis par H. Mazeaud à la Commission de révision du Code civil, séance du 5 décembre 1947, *Travaux de la Commission*, III, p. 498, spéc. p. 508-509 :

M. Mazeaud : « Je donne le choix entre deux formes de mariage, c'est sur ce point que j'exerce ma liberté : je dois dire que je choisis telle ou telle forme. Si je veux, quoi qu'il arrive plus tard, m'engager à ne pas contracter un nouveau mariage, à rester indéfiniment uni par les liens du mariage, je suis libre de le faire. »

M. Niboyet : « Mais non, vous n'êtes pas libre. Vous n'êtes pas libre de vous engager en matière d'état des personnes et vous ne pouvez pas renoncer à un droit par anticipation. » [...]

M. Mazeaud : « Nous ne pouvons pas interdire le divorce parce que nous porterions atteinte à la liberté de ceux pour qui, justement, le mariage doit être dissoluble. »

donc en s'inscrivant dans cette tradition de la laïcité impérative, souvent silencieuse et défendue par des gardiens qui n'en ont qu'une conscience sourde, que les juridictions françaises ont affirmé leur monopole en matière de statut personnel.

Section 2 : Le monopole juridictionnel sur l'état des personnes

378. Compétence exclusive ambiguë en matière de divorce. Le pouvoir exclusif de l'État de dissoudre le lien conjugal aurait dû être affirmé avec la même clarté que l'avait été le pouvoir d'unir des époux. Dans une culture où le parallélisme des formes a son importance, comme c'est le cas de la culture juridique française, ce monopole étatique aurait dû être explicitement formulé, et ce d'autant plus que Napoléon avait fait dire que « dorénavant nulle répudiation ou divorce ne pourra être fait selon les formes établies par les lois de Moïse qu'après que le mariage aura été dissous par les tribunaux compétents, et, dans les formes voulues par le Code civil. »¹³⁵¹. Pourtant, il n'existe pas d'incrimination du « ministre du culte divorçant », répondant en miroir à l'incrimination du « ministre du culte célébrant ». Cette lacune, compréhensible si l'on se souvient que les domaines de la laïcité impérative se sont dessinés par rapport au culte dominant, le catholicisme, s'est révélée problématique à l'égard des autres cultes, qui connaissent le divorce et qui ont progressivement pris de l'importance en France. Elle a donc été comblée partiellement par le droit civil, qui a fait de la dissolution du lien conjugal une prérogative exclusive des juridictions étatiques. Dissipant l'ambiguïté qui pouvait exister relativement à l'état des étrangers de statut confessionnel, la Cour de cassation a donc affirmé que la compétence juridictionnelle en matière de divorce était, en France¹³⁵², exclusivement étatique (§ 1). Cet état du droit devait changer avec le phénomène croissant de la contractualisation du droit de la famille. L'admission du divorce par consentement mutuel a laissé croire que le divorce était devenu une matière disponible, réglable selon les préférences particulières des époux. De là vint l'idée d'un divorce prononcé par un arbitre religieux (§ 2).

¹³⁵¹ J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du conseil d'État*, t. XVI, p. 121 : « La répudiation, permise par la loi de Moïse, n'est valable qu'autant qu'elle opère la dissolution absolue de tous les liens entre les conjoints, même sous le rapport civil ; que d'après les dispositions du Code civil qui régit les Israélites comme Français et Italiens, le divorce n'était consommé qu'après que les tribunaux l'ont ainsi décidé par un jugement définitif, il suit que la répudiation mosaïque n'aurait pas le plein et entier effet qu'elle pourrait avoir, puisque l'un des conjoints pourrait se prévaloir contre l'autre du défaut d'intervention de l'autorité civile dans la dissolution du lien conjugal ; c'est pourquoi, en vertu du pouvoir dont il est revêtu, le grand-sanhédrin statue et ordonne comme point religieux : que dorénavant, nulle répudiation ou divorce ne pourra être fait selon les formes établies par la loi de Moïse qu'après que le mariage aura été dissous par les tribunaux compétents, dans les formes voulues par le Code civil. En conséquence, il est expressément défendu à tout rabbin, dans les deux États de France et du royaume d'Italie, de prêter son ministère dans aucun acte de répudiation ou de divorce, sans que le jugement civil qui le prononce, lui ait été exhibé en bonne forme, déclarant que tout rabbin qui se permettrait d'enfreindre le présent statut religieux serait regardé comme indigne d'en exercer à l'avenir les fonctions. »

¹³⁵² Exclusivité qui ne préjuge pas, bien entendu, de l'octroi de l'*exequatur* aux décisions émanant de tribunaux religieux sis à l'étranger.

§ 1 L'irrelevance des décisions des juridictions religieuses

379. L'arrêt *Levinçon*¹³⁵³. L'incompétence des tribunaux religieux avait déjà été tranchée en principe par le Grand Sanhédrin convoqué par Napoléon, mais elle pouvait avoir été limitée au cas des seuls Français. En 1905, année où fut rendu l'arrêt *Levinçon*, la question n'avait pas encore été posée pour ce qui concernait le divorce des étrangers de statut confessionnel. La laïcité toute récente du droit public n'eut pas les conséquences évidentes qu'on lui donne aujourd'hui, et il semble que sa consécration officielle par la loi du 9 décembre 1905 ait quelque peu embrouillé les esprits. La Cour de cassation a donc cru être parfaitement fidèle au « principe de la séparation des matières civiles [...] l'une des bases de la législation française »¹³⁵⁴, en déclarant que, s'agissant de connaître d'une action en divorce d'étrangers de statut confessionnel, elle devait déclarer que les tribunaux étatiques étaient incompétents¹³⁵⁵. C'est donc sur cette compréhension originale de la laïcité — qui « ébranle la conception classique de la laïcité »¹³⁵⁶ — que la Haute juridiction a déclaré que la demande en divorce formée par la femme était irrecevable.

L'arrêt a, évidemment, soulevé des critiques indignées. S'il pouvait s'expliquer « à l'époque par le succès des idées personalistes de Mancini »¹³⁵⁷, on lui a reproché en particulier de consacrer « une démission difficilement acceptable »¹³⁵⁸ de la part de l'ordre étatique, qui l'amenait à perpétrer un déni de justice. Pour l'éviter, il fallait reconnaître, sur le territoire français, la légitimité des juridictions religieuses. C'est ainsi que fut comprise, dans un premier temps, la solution. Les autorités religieuses ont donc assumé la tâche de prononcer les divorces des étrangers dont les tribunaux civils ne pouvaient connaître en raison de l'appartenance religieuse des parties, jusqu'à ce qu'une lettre du Garde des Sceaux, en 1908, « mît fin à cette pratique assurément singulière »¹³⁵⁹,

¹³⁵³ Cass, civ., 29 mai 1905, *Levinçon*, *Rev. dr. int.* 1905. 518, obs. FALCIMAIGNE ; *JDI* 1905. 1006.

¹³⁵⁴ CA Paris, 17 mars 1902, *D.* 1903. 2. 49, note BARTIN.

¹³⁵⁵ Cass. civ., 29 mai 1905, *Levinçon*, préc. : « Attendu [...] que le divorce des israélites, comme leur mariage, est exclusivement régi par la loi religieuse et consiste essentiellement dans la rupture du lien religieux ; qu'il ne peut résulter que d'une décision de l'autorité rabbinique, qui a seule qualité pour dissoudre comme pour célébrer l'union conjugale de ses coreligionnaires [...] que la défense faite par nos lois à nos tribunaux de s'ingérer dans les matières religieuses élève alors une fin de non-recevoir absolue contre l'action dont ils sont saisis ; qu'on ne saurait argumenter en sens contraire de la règle de la neutralité de l'État français envers les divers cultes, au point de vue des intérêts civils de leurs adhérents, d'où résulte entre autres conséquences le caractère purement civil du mariage ; que cette règle, qui gouverne uniquement les mariages soumis à la loi française, ne fait pas obstacle à ce que nos tribunaux déduisent d'un mariage religieux contracté entre deux étrangers les conséquences juridiques qu'il implique à leur égard, d'après la loi qui régit leur état. »

¹³⁵⁶ CHAVRIER, note sous Cass, civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, *D.* 1956. 73, spéc. 74.

¹³⁵⁷ *GAJDIP*, n° 27, § 12.

¹³⁵⁸ P. GANNAGE, « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *RCADI* 1979, t. CDXIV, p. 403.

¹³⁵⁹ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. II, 1983, 7^{ème} éd., n° 448, p. 89, note 3.

et parfaitement contraire à la laïcité¹³⁶⁰. Cet égarement des juridictions françaises a été de courte durée : la solution de l'arrêt *Levinçon* a été assez peu suivie en pratique¹³⁶¹, et rapidement abandonnée en raison de sa contrariété à l'ordre public international, qu'elle heurtait d'ailleurs à de nombreux égards¹³⁶².

380. Nullité des décisions des tribunaux religieux en matière d'état. L'arrêt *Zagha*¹³⁶³, qui statue également sur la compétence juridictionnelle, a été assez peu commenté à cet égard, sans doute parce que la solution n'avait plus rien d'extraordinaire. Les juges d'appel, rappelons-le, avaient déclaré que le divorce, dont *Zagha* avait obtenu l'enregistrement auprès du *Beth Din* de Paris, était sans incidence sur la validité de son premier lien matrimonial, qui subsistait, faute d'avoir été régulièrement dissous¹³⁶⁴. C'est dire si le prononcé du divorce est l'apanage exclusif de l'État, « l'indisponibilité de l'état conjugal expliquant que [...] les actes de dissolution du mariage d'autorités religieuses accomplis sur le territoire français [soient] privés d'effet au regard de l'ordre

¹³⁶⁰ Critiquant la solution sur la laïcité : H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit* (th. dactyl.), n° 319-325, p. 387 - 392 : « Le principe de laïcité n'a de sens [...] que dans le système du for. La substitution des tribunaux du for aux autorités religieuses ne rencontre plus alors d'obstacle. » V. également L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé* (préf. Y. LEQUETTE), PUAM, 2004, n° 281-282 : « D'une part, déclaré d'ordre public interne le principe de laïcité aurait dû également être reconnu d'ordre public international, ce qui aurait permis d'évincer la loi confessionnelle russe et de lever l'obstacle résultant du défaut de pouvoir des juges français pour l'appliquer. »

¹³⁶¹ En ce sens, *Rép. Dalloz dr. int.*, V° « Divorce et séparation de corps », par P. HAMMJE, n° 19. Mais il faut relever un arrêt rendu par la chambre des requêtes, statuant dans le sens de l'arrêt *Levinçon* : Cass. req., 20 juill. 1911, *Fenkel*, S. 1912, 1, p. 132. V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. II, 1983, 7^{ème} éd., n° 448, p. 91, note 11 : avant l'abandon définitif de la solution, les juges du fond avaient trouvé un moyen de se déclarer compétents pour divorcer des époux étrangers de statut confessionnel, en sollicitant l'avis des ministres du culte, dont « l'intervention [...] sera assimilée à l'avis d'un expert ».

¹³⁶² H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. II, 1983, 7^{ème} éd., n° 448, p. 90 : les auteurs en font une critique qui s'étale sur plusieurs pages. Après avoir relevé le déni de justice qui allait fatalement en résulter, ils relèvent ainsi une mauvaise qualification de l'institution du divorce, devant être une question de forme et non de fond, et surtout, une mauvaise méthode de qualification, « la Cour de cassation a fait prévaloir la qualification étrangère sur la qualification française, contrairement aux principes généralement admis sur les conflits de qualifications. »

¹³⁶³ Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1982, n° 81-1261, *Zagha*, *Rev. crit. DIP*, 1983. 300, note J.-M. BISCHOFF ; *JDI* 1983. 595, note LEHMANN ; *D.* 1983. 431, note E. AGOSTINI.

¹³⁶⁴ Comp. CA, 7 juill. 1959, *JDI* 1960. 814 ; *Rev. crit. DIP* 1960. 354, note LOUSSOUARN : à propos d'un acte de répudiation enregistré par l'imam de la mosquée de Paris, la cour avait déclaré que « les actes juridictionnels ne peuvent être accomplis en France que par les tribunaux français et suivant les formes juridictionnelles françaises [...] notamment, les actes accomplis en France (auraient-ils par pure hypothèse le caractère juridictionnel au regard de la loi étrangère) devant une autorité incompétente sur le territoire français en vue de constater la dissolution d'un mariage sont au regard de la loi française inopérants ». V. également Trib. civ. Seine, 25 avr. 1938, *Rev. crit. DIP* 1939. 103, note H. BATIFFOL : « l'autorité religieuse ne détient aucune parcelle d'autorité civile en France. » Et Trib. civ. Toulouse, 8 juin 1938, *Rev. crit. DIP* 1939. 105 : « Attendu sur la compétence *ratione materiae* qu'il y a lieu de faire application aux époux Anklewicz de leur statut personnel [...] attendu, cependant quant aux règles de forme, que les lois de procédure françaises s'appliquent aux ressortissants étrangers, qu'il appartient donc à un tribunal civil français de connaître du divorce entre israélites polonais alors même que leur loi nationale admettrait que le divorce devrait être prononcé suivant une procédure religieuse ; que cette règle générale est renforcée par l'existence du statut du grand Sanhédrin homologué par décret impérial du 17 mars 1808 et qui interdit aux rabbins de prononcer un divorce avant que les tribunaux civils ne l'aient eux-mêmes prononcé [...] »

juridique français, y compris lorsque ces autorités sont consulaires. »¹³⁶⁵. La nullité des décisions des tribunaux religieux ne se limite pas, d'ailleurs, qu'à ce qu'ils pourraient dire de l'état des personnes : par exemple, la discipline religieuse obéit à une procédure relevant de l'organisation des religions, et les décisions qui y sont prises sont absolument sans aucun effet sur les juridictions étatiques¹³⁶⁶. L'affirmation vaut pour les procédures qui peuvent être engagées entre membres du clergé, comme les scandales des abus sexuels commis dans l'Église¹³⁶⁷, tout comme les procédures engagées pour connaître d'affaires civiles impliquant des laïcs¹³⁶⁸. Ces décisions religieuses n'ont que la valeur que l'ordre étatique leur attache : normative dans le cadre de l'utilisation de la norme de relevance contractuelle¹³⁶⁹, ou simplement factuelle¹³⁷⁰, mais jamais l'autorité de la chose jugée¹³⁷¹, faute pour les juridictions religieuses de se voir reconnaître un quelconque pouvoir dans l'ordre étatique.

¹³⁶⁵ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2017, p. 165, n°753-1, note 2 : ces auteurs relèvent une « absence curieuse de symétrie entre le mariage et le divorce sur ce point [qui] traduisait une conception encore très étatisante de ce dernier, au rebours de l'évolution du droit positif comparé et européen, lequel tend plutôt vers la généralisation d'un droit subjectif au divorce-formalité. » V. également CA Versailles, 23 mars 1995, *Rev. crit. DIP* 1996. 699, note H. GAUDEMET-TALLON (l'acte de divorce dressé par un consul étranger en France ne peut recevoir l'exequatur).

¹³⁶⁶ P. COULOMBEL, « Le droit privé devant le fait religieux », *RTD civ.* 1956, p. 1, spéc. p. 28.

¹³⁶⁷ Cass. crim., 17 déc. 2002, n° 02-83.679.

¹³⁶⁸ CA Rennes, 2 févr. 1953, *RTD civ.* 1953. 365, note P. HEBRAUD et P. RAYNAUD : dans cette affaire relative à une action en restitution de dépôt fait à une congrégation non autorisée, l'évêque avait proposé à la depositaire d'agir devant les officialités, afin que, munie de la décision, elle puisse se prévaloir de sa force exécutoire. Pour la cour d'appel, « la déclaration de la dame Fermion, tendant à obtenir la restitution du dépôt, a retenu très sérieusement l'attention de l'évêché de Saint-Brieuc, qui, par lettre du 27 septembre 1948, proposait à celle-ci de "déférer la controverse devant l'officialité diocésaine, aux fins de faire preuve de ses allégations", et faisait à la depositaire l'offre inacceptable de constituer un tribunal à cet effet. »

¹³⁶⁹ C'est ainsi que le concours des décisions rendues par le *Beth Din* peut être utile dans le domaine très circonscrit de la certification *cashier*.

¹³⁷⁰ Cass. crim., 17 déc. 2002, n° 02-83.679, succinctement commenté par R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD civ.* 2003. 575 : sur le sort d'une pièce à conviction d'un procès instruit par les officialités, parallèlement à la procédure pénale, et qui mettait en cause un membre d'une congrégation religieuse, accusé de pédophilie. La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la chambre de l'instruction, qui avait annulé la perquisition, au motif que « la recherche d'une possible preuve, dans le dossier de la procédure canonique, pour être utilisée dans la procédure pénale laïque, plus protectrice des droits de la personne mise en cause, peut être analysée comme un procédé déloyal, aboutissant à faire échec aux règles de celle-ci, et aux droits de la défense. » Pour R. Libchaber, cette utilisation des pièces de la procédure ecclésiastique traduit un genre de confusion des ordres, voire un empiètement : « On aurait pu s'attendre à ce que le système juridique étatique ignore l'existence et les résultats de la procédure canonique ouverte, l'ordre juridique ecclésial n'étant pas reconnu à la façon d'un ordre étatique. Or l'attitude du juge est très éloignée d'une telle indifférence. On comprend qu'il ne puisse abdiquer sa compétence en faveur de l'institution ecclésiastique, qui serait chargée de rendre la justice. Mais pourquoi saisir les pièces de la procédure, en adoptant par ce geste même une attitude d'une extrême confusion ? La perquisition traduit un certain dédain à l'égard de la dignité du tribunal, au moment même où la saisie rend hommage à l'efficacité de ses techniques [...] La procédure canonique est instrumentalisée par l'ordre juridique étatique, qui la soumet et l'utilise tout ensemble. »

¹³⁷¹ Comp. Cour EDH, 20 juill. 2001, n° 30882/96, *Pellegrini*, *AJDA* 2001. 1060, chron. J.-F. FLAUSS ; *Rev. crit. DIP* 2004. 106, note L.-L. CHRISTIANS ; *RTD civ.* 2001. 986, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *RTDH* 2002. 464, note J.-P. COSTA ; *Gaz. Pal.* 23 juill. 2002, p. 2, note L. SINOPOLI. V. E. DIENI, « L'arrêt *Pellegrini contre Italie* de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Dr. canonique*, 51/1, 2001. 141.

L'habitude est si bien prise que l'idée d'ériger des tribunaux arbitraux religieux pour prononcer les divorces — ce que, peut-être, l'usage de la norme de relevance contractuelle rendrait possible — n'a pas encore germé dans les esprits français.

§ 2 La question du divorce devant les tribunaux arbitraux religieux

381. Droit prospectif. Ce que les Français n'ont pas encore été tentés de faire **(II)**, la culture anglo-saxonne le pratique déjà — avec un succès toutefois mitigé **(I)**.

I. Le succès mitigé des tribunaux arbitraux religieux à l'étranger

382. Les degrés de contractualisation du tribunal arbitral. Il existe, au moins théoriquement, deux niveaux dans l'érection des tribunaux arbitraux religieux. Le premier consiste à confier le règlement du divorce à l'arbitre religieux au moment où naît la volonté de séparation. C'est la convention d'arbitrage. Le second niveau a été imaginé par la communauté juive new-yorkaise lors de l'élaboration de la « clause Liberman »¹³⁷², pour parfaire les solutions relatives au *gueth* : c'est la clause compromissoire, stipulée au moment du mariage, et qui désigne le rabbin compétent en cas de séparation. Ce second degré de contractualisation de l'état des personnes n'a pas encore été atteint, à notre connaissance, par les États sécularisés dont nous dresserons un rapide panorama¹³⁷³.

383. Libéralisme affiché au Royaume-Uni. Sans doute est-ce le Royaume-Uni qui donne à l'autonomie de la volonté les pouvoirs les plus étendus en matière de contractualisation des croyances religieuses. Les tribunaux arbitraux religieux y ont acquis un véritable droit de cité, prononçant des divorces dont les effets civils sont reconnus dans l'ordre étatique britannique¹³⁷⁴, organisant les conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales du divorce, et statuant parfois en matière successorale¹³⁷⁵. Cette faculté est souvent présentée comme un aboutissement de

¹³⁷² Cf. *supra*, n° 95.

¹³⁷³ V. *Hirsch v. Hirsch* 4 A.D. 3d 451 (453), 774 NYS 2d 48 NY (2004) : dans cette décision du 17 févr. 2004, la division d'appel de la cour suprême de New-York a jugé que cette clause compromissoire était nulle, et la sentence arbitrale de nul effet.

¹³⁷⁴ Plus de 90 % des affaires portées devant les tribunaux arbitraux charaiques concernent des divorces : en ce sens, v. L. BLACKSTONE, « Courting Islam : Practical Alternatives to a Muslim Family Court in Ontario », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 31 (2006), p. 207, spéc. p. 219 : « Since its formation in 1982, the Council has presided over 4,500 cases, over 95 percent of them related to matrimonial problems. »

¹³⁷⁵ N. BIALOSTOZKY, « Volition and Religion : A Rights-Based Appraisal of Islamic Arbitration in England », in *Approches juridiques de la diversité culturelle* (dir. M.-C. FOBLETS et N. YASSARI), Leiden/ Boston, Martinus Nijhof Publishers, 2013, p. 603, spéc. p. 608.

l'autonomie individuelle¹³⁷⁶. Pourtant, un bref regard sur la chronologie ayant précédé l'émergence de ces tribunaux permet d'envisager cette tolérance sous un angle sensiblement différent.

Côté musulman, les premières revendications identitaires se sont fait entendre au Royaume-Uni en 1975¹³⁷⁷ : c'est l'année où l'Union des organisations musulmanes a proposé d'incorporer au droit étatique une loi portant droit musulman de la famille¹³⁷⁸. Le rejet de la proposition n'eut pas pour effet d'étouffer ce particularisme religieux, porté en particulier par les musulmans originaires du sud-est asiatique. Au contraire, encouragées par une politique protectrice des minorités¹³⁷⁹ et par la promotion du droit informel et des modes alternatifs de résolution des conflits, certaines communautés musulmanes se sont organisées totalement à la marge des instances étatiques. Un des résultats de cette organisation se trouve dans les *Shari'a councils*, ou conseils charaïques, qui se sont attribué la compétence de trancher les litiges des musulmans issus d'une même communauté, principalement en droit de la famille¹³⁸⁰. Il faut dire qu'à l'époque, dans les années 1980, on louait la vertu de ces modes alternatifs de règlement des litiges — médiation,

¹³⁷⁶ Pour une justification purement idéologique de cette tolérance, v. N. BIALOSTOZKY, art. préc., spéc. p. 618 : « The emphasis placed on individual autonomy is in fact the very principle that allows people in England to resolve disputes through arbitration. Arbitration as a binding process relies on the freedom of contract [...] Inherent in this freedom is the right to agree to arrangements that deviate from statutory entitlements. » Également, B. CHELINI-PONT, « L'expérience des cours d'arbitrage islamique en Grande-Bretagne », *Annuaire Droit et religions*, 2015-2016, vol. 8, PUAM, p. 171 et s., not. p. 172 et 176 : « Dans ce pays, au pragmatisme légendaire et à la pointe des études et de la réflexion sur le multiculturalisme, il existe des Conseils judiciaires "islamiques" [...] L'idée généreuse de ne pas "briser" dans les populations venues d'ailleurs et en même temps de religion musulmane, leurs propres repères identitaires, sert de soutien à la légitimité très libérale des conseils d'arbitrage islamique. »

¹³⁷⁷ En 1971, la législation relative à l'immigration, d'accueillante, se fit sévère, n'admettant que l'arrivée de travailleurs dont le contrat stipulait une durée déterminée. En 1974, le parti nationaliste British National Party avait proposé le rapatriement de tous les non-blancs. Malgré cela, les immigrants arrivaient plus nombreux encore, en raison du droit au regroupement familial. Le 1981 British Nationality Act entreprit d'y mettre fin, en exigeant de distinguer, pour le droit au regroupement familial, entre les mariages « sincères » et les mariages arrangés en vue de l'émigration — distinction impossible à mettre en œuvre. Sur ce climat, v. J. R. BOWEN, *On British Islam, Religion, Law, and Everyday Practice in Shari'a Councils*, Princeton et Oxford, Princeton University Press, 2016, p. 11 et s.

¹³⁷⁸ La charia anglaise, également connue sous le nom arabe de *angrezi sharia* (l'expression vient de l'anthropologue W. Menski) était une proposition de l'Union des organisations musulmanes (« Union of Muslim Organizations », UMO). Sur ce rejet, v. L. N. BLACKSTONE, « Courting Islam : Practical Alternatives to a Muslim Family Court in Ontario », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 31 (2006), p. 207, spéc. p. 216 et s.

¹³⁷⁹ En ce sens, S. BANO, *Muslim Women and Shari'ah Councils. Transcending the Boundaries of Community and Law*, Palgrave Macmillan, 2012, p. 85 : « The history of Shari'ah councils in Britain can be traced to the development of Muslim organizations during the 1970s and 1980s with the emergence of religious and ethnic diversity and the introduction of multicultural policies to accommodate such "difference". »

¹³⁸⁰ N. BIALOSTOZKY, « Volition and Religion : A Rights-Based Appraisal of Islamic Arbitration in England », in *Approches juridiques de la diversité culturelle* (dir. M.-C. FOBLETS et N. YASSARI), Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 603, spéc. p. 607 : « Since 1982, Islamic Law councils in England have presided over thousands of family disputes. Modelled after the Jewish *beth din* [...] the majority of disputes presented to the councils involve marital matters, specifically divorce. »

conciliation, arbitrage — ces alternatives étant censées être plus accessibles et plus proches des citoyens¹³⁸¹.

Le succès de ce *soft law* est connu ; en revanche, les rapports alarmés de certains sociologues et anthropologues du droit le sont moins¹³⁸². Ils déploreraient qu'une contre-société d'une ampleur inconnue se développait dans l'ombre, loin des tribunaux étatiques. Ils s'inquiétaient de ce que la justice informelle qui était rendue violait parfois les droits les plus élémentaires des parties au procès, et que, ce qui paraît plus inquiétant, pour certaines communautés religieuses, ce droit n'était plus une alternative parmi d'autres, mais était devenu une sorte de droit commun¹³⁸³. Cette doctrine proposait ainsi de « ré-étatiser » la justice ainsi rendue, en promouvant l'arbitrage. Ce mode de résolution des conflits présentait l'avantage, pour les parties, d'obtenir une sentence obligatoire devant toutes les juridictions du pays¹³⁸⁴, et pour les tribunaux étatiques, de s'assurer du respect minimal des droits fondamentaux, condition de l'*exequatur*.

C'est dans ces circonstances que l'*Arbitration Act* fut adopté en 1996. Son adaptation pour l'arbitrage religieux a été envisagée par le Parlement, qui a rappelé les conditions de l'*exequatur*,

¹³⁸¹ En ce sens, S. BANO, *op. cit.*, p. 235-236 : « Over the past 40 years the practice of resolving matrimonial disputes outside the sphere of formal legal adjudication has gained renewed impetus among legal practitioners, policymakers and more recently socio-legal scholars [...] Working in tandem with individuals, state law and local communities, ADR has therefore been perceived for many years as the natural space where conflicts can be amicably resolved. This increase in “informalism” has generally been perceived as a positive development against the overarching power of state law which in turn can have a social transformative role in “law” and “legal relations” in promoting access to justice. »

¹³⁸² Il s'agit des travaux de I. Yilmaz, de R. Shah-Kazemi et particulièrement de Werner Menski, synthétisés par S. BANO, *op. cit.*, p. 54-55 : « He went on to develop his work to illustrate both the dangers and problems associated with what was then largely described as “ethnic minority laws” practised under the rubric of state law. In particular he argued that state ignorance of such practices left vulnerable parties with little if any legal protection and allowed some individuals within groups to circumvent the law in order to promote personal interests at the expense of more vulnerable members. More importantly perhaps, he argued that the consequences of this had led to privatized unofficial and de-regularized systems of religious laws operating in private which undermined both the authority and recognition of state law. And while promoting the principle of diversity in law and the diverse ways in which individuals seek to resolve matrimonial disputes, he argued that the law must evolve to recognize multiple systems of dispute resolution that more specifically include rather than exclude personal systems of family law that are based upon the lived social experience of individuals. »

¹³⁸³ Certains éléments vont dans ce sens, en particulier le fait qu'une nouvelle discipline se développe en Angleterre : la spécialité de certains avocats de conflits de lois entre le droit musulman et le droit anglais de la famille, dans les cas de conflits internes de lois : v. S. BANO, *op. cit.*, p. 222-223 : « As mentioned earlier, today we have an emerging body of legal practitioners (for example the solicitor Aina Khan and the barrister Ahmad Thompson) specialising in the conflicts-of-law scenario generated by Islamic law and English legal principles both in national and international context. »

¹³⁸⁴ En effet, les juridictions étatiques ont entendu souligner la différence entre la sentence d'un tribunal arbitral et la décision d'un conseil islamique, seule la première étant revêtue de la force exécutoire. C'est ce qui résulte de la décision *Al Midani & Anor v. Al Midani et autres*, 1999 WL 477406 (QBD (Comm Ct), [1999] CLC 904. Dans cette affaire, il était question d'un testament établi d'après l'expertise de droit musulman d'un conseil islamique sis à Londres. La validité de ce testament a été mise en cause par une partie, qui a saisi les juridictions étatiques aux fins de faire dire que le conseil islamique n'était pas un tribunal arbitral, puisque toutes les parties n'avaient pas consenti à être liées par sa décision, et qu'en conséquence, le droit musulman des successions ne devait pas s'appliquer. Sur cette affaire, v. S. BANO, *op. cit.*, p. 229.

notamment un écrit justifiant du consentement libre et éclairé des parties au litige et la conformité de la sentence aux droits fondamentaux¹³⁸⁵. Depuis 2007, il existe en Grande-Bretagne cinq tribunaux arbitraux islamiques officiellement établis, qui statuent selon le droit musulman, élaborant peu à peu, d'après une méthode de néo-*ijtihad*¹³⁸⁶, une coutume de charia anglaise, appelée *angrezi shariat*¹³⁸⁷. Leurs sentences sont réputées se conformer aux conditions de l'*exequatur* exigées par l'*Arbitration Act*¹³⁸⁸.

La justification idéologique apportée à l'existence de ces tribunaux arbitraux doit donc être un peu tempérée. Certes, la compétence de ces tribunaux arbitraux religieux résulte d'une technique contractuelle, dont l'usage coïncide souvent avec la mise en œuvre d'un certain libéralisme. Mais il n'est pas tout à fait exact de prétendre que leur établissement est né d'une politique ouvertement favorable aux droits religieux : on pourrait tout aussi bien soutenir que l'institutionnalisation des tribunaux arbitraux religieux résulte d'une tentative des tribunaux étatiques de retrouver un peu de contrôle sur la contre-société qui se développait.

384. Reprise de contrôle sur les tribunaux arbitraux en Amérique du Nord. Le Royaume-Uni n'aurait pas été le seul État, en la matière, à tenter de changer brusquement de cap. Bien avant lui, dans les années 1960, les États-Unis auraient encouragé ce mode alternatif de règlement des conflits dans la même perspective : retrouver un peu de contrôle sur des communautés organisées en autarcie, en particulier les communautés chinoise et juive de New York¹³⁸⁹. Aujourd'hui, certains États fédérés des États-Unis interdisent l'application du droit

¹³⁸⁵ S. BANO, *op. cit.*, p. 239-240 : l'auteur rapporte les propos du sous-secrétaire d'État, Bridget Prentice, qui, devant la Chambre des communes, a précisé, en oct. 2008, que : « If, in a family dispute dealing with money or children, the parties to a judgement in a Shari'ah council wish to have this recognized by English authorities, they are at liberty to draft a consent order embodying the terms of the agreement and submit it to an English court. This allows English judges to scrutinize it to ensure that it complies with English legal tenets. »

¹³⁸⁶ Nouvelle interprétation de la charia ; *ijtihad* signifie « interprétation ».

¹³⁸⁷ Expression de l'anthropologue W. MENSKI « Angrezi shariat : Glocalised plural arrangement by migrants in Britain », *Law vision*, 2008, p. 10 : « *angrezi shariat* or *angrezi dharma* as pluralist legal constructs in the realm of unofficial law, created over time by various ethnic minority communities in Britain in culture-specific ways. »

¹³⁸⁸ Il s'agit en particulier des § 66 à 71, en ligne : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>. En outre, les règles régissant ces tribunaux arbitraux sont présentées sur le site internet du tribunal arbitral musulman, en ligne : <http://www.matribunal.com/rules.php>. Une explication en est donnée par N. BIALOSTOZKY, « Volition and Religion : A Rights-Based Appraisal of Islamic Arbitration in England », in *Approches juridiques de la diversité culturelle* (dir. M.-C. FOBLET et N. YASSARI), Leiden/ Boston, Martinus Nijhof Publishers, 2013, p. 603, spéc. p. 609 : « As provided by its procedural rules, Muslim arbitration tribunals consist of at least one Islamic law scholar and one solicitor or barrister of England and Wales as well as the 'recognized Schools of Islamic Sacred Law', but acknowledge that their overriding objective is to settle disputes insofar as possible in accordance with Quranic Injunctions and Prophetic Practise as determined by the recognized Schools of Islamic Sacred Law. »

¹³⁸⁹ En ce sens, S. BANO, *Muslim Women and Shari'ah Councils. Transcending the Boundaries of Community and Law*, Palgrave Macmillan, 2012, p. 237 : « In his early research into the formation of such tribunals during the early twentieth century, Auerbach (1983) describes the role of tribunals within the Chinese community in New York as maintaining close-knit ties within the community and ensuring assimilation was being resisted while tracing the origins of the Jewish

étranger, non seulement par les tribunaux arbitraux mais aussi par les tribunaux étatiques¹³⁹⁰, ce qui peut paraître surprenant au regard des objectifs de droit international privé¹³⁹¹.

Le même changement de cap, un peu moins brusque, eut lieu en Ontario. Dans cette province du Canada, les tribunaux arbitraux musulmans avaient été autorisés avec beaucoup de libéralisme au début des années 1990¹³⁹², non pas tant pour satisfaire les revendications identitaires qui s'étaient fait entendre du côté musulman¹³⁹³ que pour décharger les tribunaux étatiques étouffant sous le contentieux de droit de la famille¹³⁹⁴. Les modes alternatifs de règlement des conflits y étaient, là aussi, à la mode. L'utilisation de l'*Arbitration Act* de 1991 en droit de la famille se présentait donc comme une solution idéale, répondant à toutes les exigences à la fois. Sans la publicité enthousiaste qui en avait été faite, en 2003, par l'*Islamic Institute of Civil Justice*¹³⁹⁵, l'usage de la charia par ces tribunaux arbitraux musulmans serait peut-être passé plus discrètement. Alarmé par le grondement médiatique et associatif autour de ces tribunaux arbitraux, le premier ministre commanda à l'ancien procureur général, Mme Marion Boyd¹³⁹⁶, un rapport sur ces pratiques. Les

Conciliation Board in similar terms. In the 1960s in the USA there were a number of government initiatives supported by various funding programmes that aimed to resolve conflicts within communities. The aim of such programmes was not empowerment within the community *but instead the courts were given powers to intervene in local communities via local ADR mechanisms to ensure state control and accountability.* » (nous soulignons).

¹³⁹⁰ Les États de l'Alabama, de l'Arkansas, de l'Arizona, de la Louisiane, du Kansas, du Mississippi, de la Caroline du Nord, de l'Oklahoma, du Dakota du Sud, du Tennessee et de Washington interdisent ainsi l'application du droit étranger, même aux tribunaux étatiques. V. le *National Conference of State Legislatures*, mis à jour le 17 août 2017, en ligne : <https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/2017-legislation-regarding-the-application-of-foreign-law-by-state-courts.aspx> L'État du Dakota du Sud interdit plus spécifiquement l'application des « dispositions d'un Code religieux » (*S. D. Cod. Laws*, section 19-8-7 : « No court, administrative agency, or other governmental agency may enforce any provisions of any religious code »), interdiction jugée fantaisiste en doctrine : en ce sens, P. KINSCH, « Le rôle du politique en droit international privé », *RCADI*, vol. 402, 2019, p. 208.

¹³⁹¹ Mentionnons un amendement constitutionnel proposé par l'Oklahoma, visant à prohiber spécialement l'application de la charia : United States Court of appeal, 10th circuit, 10 janv. 2012, *Awad v. Ziriax*, 670. F.3d 1111 (2012), § 1118 : « The Courts provided for in subsection A of this section, when exercising their judicial authority, shall uphold and adhere to the law as provided in the United States Constitution, the Oklahoma Constitution, the United States Code, federal regulations promulgated pursuant thereto, established common law, the Oklahoma Statutes and rules promulgated pursuant thereto, and if necessary the law of another state of the United States *provided the law of the other state does not include Sharia Law*, in making judicial decisions. The courts shall *not look to* the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts *shall not consider international law or Sharia Law*. The provisions of this subsection shall apply to all cases before the respective courts including, but not limited to, cases of first impression. » (nous soulignons).

¹³⁹² *Arbitration Act* de 1991.

¹³⁹³ L. BLACKSTONE, « Courting Islam : Practical Alternatives to a Muslim Family Court in Ontario », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 31 (2006), p. 207 : d'après l'auteur, les plus sérieuses revendications en faveur d'une autonomie des musulmans ontariens (qui confine à la sécession) viennent de S. Mumtaz Ali et A. Whitehouse, *Oh! Canada! Whose Land, Whose Dream?*, The Canadian Society of Muslims, 1991.

¹³⁹⁴ L. BLACKSTONE, art. préc., spec. p. 232 et s.

¹³⁹⁵ Il s'agit encore de Syed Mumtaz Ali, président de la Société canadienne des musulmans, en ligne : <http://muslimcanada.org/darulqadanews.html>. De nombreux journaux se sont fait le relais de cette utilisation des tribunaux arbitraux : v. *The Guardian*, « Sharia Law in Canada, almost », 8 févr. 2008, en ligne : <https://www.theguardian.com/news/blog/2008/feb/08/sharialawincanadaalmost>.)

¹³⁹⁶ M. BOYD, *Dispute Resolution. Protecting Choice, Promoting Inclusion*, 20 déc. 2004, dit « Rapport Boyd », en ligne : <http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/9000/249159.pdf>.

protestations avaient été nombreuses, à en croire le rapport, et visaient essentiellement à préserver les droits des parties faibles¹³⁹⁷. Le rapport, sans s'opposer à l'existence de tribunaux arbitraux confessionnels ni à l'application du droit religieux, recommandait seulement d'ajouter des garanties pour la préservation des droits des parties. Il s'agissait essentiellement de mesures visant à s'assurer de l'existence d'un consentement libre et éclairé des parties à la convention d'arbitrage, en incitant en particulier à la publication du corpus des règles religieuses sur lesquelles l'arbitre prévoyait de se fonder pour trancher le litige¹³⁹⁸. En février 2006, le Parlement ontarien alla plus loin que l'avis du rapport : par le *Family Statute Law Amendment Act*¹³⁹⁹, il fut fait défense aux tribunaux arbitraux statuant dans les matières familiales d'appliquer autre chose que le droit canadien de la famille. C'était, bien entendu, une manière de tuer dans l'œuf les tribunaux arbitraux religieux que de leur interdire d'appliquer la charia, ce qu'on ne manqua pas de relever outre-Manche¹⁴⁰⁰.

385. Diversité des mesures de lutte contre les ghettos. Ces trois exemples, du Royaume-Uni, des États-Unis d'Amérique et de l'Ontario, illustrent la gamme sur laquelle peut jouer l'ordre juridique étatique pour endiguer les phénomènes redoutés de contre-société, en luttant contre une de ses parties émergées, les juridictions religieuses. L'Ontario et les États-Unis ont cru pouvoir prononcer des interdictions à l'adresse de ces tribunaux¹⁴⁰¹ ; le Royaume-Uni s'est contenté d'une sorte de contrôle *a posteriori* sur eux. Ces mesures reflètent évidemment des philosophies sous-jacentes fort distinctes. Pourtant, qu'elles s'apparentent au protectionnisme américain ou au libéralisme britannique, elles ont toutes un point commun, dont l'importance mérite d'être soulignée pour notre propos : ces réactions de l'ordre juridique étatique ne peuvent avoir d'effet

¹³⁹⁷ Rapport Boyd préc., section 4 « Summary of consultations », p. 29 et s.

¹³⁹⁸ Rapport Boyd préc., p. 134, recommandation n° 9 : « The Arbitration Act should be amended to permit a court to set aside an arbitral award in a family or inheritance matter if: (d) applicable, a party did not receive a statement of principles of faith-based arbitration. » V. également, recommandations n° 12, 16 et 17 sur la loi religieuse applicable au litige : toutes ces recommandations convergent vers un surcroît de transparence. Signalons encore la recommandation visant à développer les instances religieuses en partenariat officiel avec l'État, afin que l'information soit le mieux répandue possible, recommandation n° 43 : « The Government of Ontario should encourage and fund community organizations who run arbitration services to develop information materials about rights and obligations under religious law. »

¹³⁹⁹ *Family Statute Law Amendment Act*, 2006, S.O. 2006, c. 1 - Bill 27. L'amendement modifie l'*Arbitration Act* de 1991, limitant la loi applicable : « "Family arbitration" means an arbitration that [...] (b) is conducted exclusively in accordance with the law of Ontario or of another Canadian jurisdiction. »

¹⁴⁰⁰ En ce sens, N. BIALOSTOZKY, « Volition and Religion : A Rights-Based Appraisal of Islamic Arbitration in England », in *Approches juridiques de la diversité culturelle* (dir. M.-C. FOLETS et N. YASSARI), Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 603, spéc. p. 620 : « As in Ontario, a complete proscription of Islamic law arbitrations would likely mean the abolition of all faith-based arbitrations in England. »

¹⁴⁰¹ Sur l'inconstitutionnalité de telles prohibitions, v. A. SARIS, « Tribunaux religieux en contexte québécois et canadien », in *Revue juridique Thémis*, 2006, p. 353, spéc. p. 399 et s. L'auteur envisage les différents régimes possibles concernant les tribunaux arbitraux religieux : celui de l'interdiction pure et simple, celui de la complémentarité et celui de l'ignorance. Elle range le régime ontarien dans le régime de la complémentarité, ce qui est relativement discutable, étant donnée la disposition prohibitive résultant du *Family Law Statute Amendment Act* de févr. 2006.

que parce que les individus, bien qu'intégrés dans leur communauté religieuse, reconnaissent une certaine autorité à l'ordre étatique. Cette autorité, ils la recherchent en sollicitant l'*exequatur* des sentences arbitrales obtenues. C'est précisément parce que l'ordre juridique britannique comptait sur ces demandes qu'il a pu promouvoir les tribunaux arbitraux religieux, et imposer de cette manière le respect des conditions qui sont attachées à l'*exequatur*. Et c'est probablement parce que les États-Unis et l'Ontario croyaient pouvoir compter sur un surcroît d'obéissance qu'ils ont édicté des mesures d'interdiction¹⁴⁰².

Très différente est l'hypothèse où les demandes de reconnaissance étatique sont inexistantes. Ce phénomène, justement parce qu'il échappe à toute juridicité étatique, est difficile à appréhender par le juriste¹⁴⁰³. C'est donc sur le terrain de la sociologie que certains universitaires se sont placés pour le cerner¹⁴⁰⁴. En Allemagne, un auteur¹⁴⁰⁵ a tenté de se renseigner sur ces justices religieuses authentiquement parallèles, qui évitent tout point de contact avec l'ordre juridique étatique. Sont évoqués des arbitrages dont les sentences, si l'on en croit les conditions d'extorsion du consentement des parties à la convention d'arbitrage, n'obtiendraient vraisemblablement jamais l'*exequatur* auprès des tribunaux étatiques. Sommet de la stratégie d'évitement, mentionnons l'exemple de deux actions concurrentes, une devant un tribunal étatique, l'autre devant un tribunal arbitral religieux. À mesure que l'affaire se règle devant l'arbitre religieux, la première action est abandonnée par la partie civile, et si elle a été ouverte par l'action publique, les témoins se rétractent ou sont frappés d'amnésie¹⁴⁰⁶. Ce dédoublement des voies judiciaires, dont la licéité est douteuse, n'est pas sans rappeler ce qui, dans le domaine, représente sans doute le cauchemar de l'État : la

¹⁴⁰² Comp. S. BOLLEE, « Retour au Cap des Tempêtes », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 65, spéc. p. 70 et s., n 8 et s. L'auteur évoque la « puissance hypnotique » du droit (c'est-à-dire, pour l'auteur, de l'ordre juridique étatique) qui seule permet, *in fine*, d'assurer sa prééminence sur les autres phénomènes normatifs qui parcourent la société.

¹⁴⁰³ Le phénomène a cependant acquis une intensité suffisante pour susciter des études juridiques : v. par exemple F. HÖTTE, *Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit. Angloamerikanische Rechtspraxis, Perspektive für Deutschland*, Tübingen, Mohr Siebeck, coll. « Jus ecclesiasticum », 2013, vol. 104, spéc. p. 195 et s. ; F. WITTEK, « Paralleljustiz in ethnischen Minderheiten ? Die bundesdeutsche Perspektive », in *Migration, Familie und Vermögen. Vom Europäischen Erbrecht bis zu binationalen Ebenen* (dir. A. DEIXLEN-HÜBNER et M. SCHAUER), Autriche, LexisNexis, coll. « Zak Spezial », 2014, p. 91 et s. Pour cet auteur, les tribunaux arbitraux religieux n'ont pas d'existence en Allemagne (art. préc., p. 97), et il se montre très prudent sur l'ampleur du phénomène de cette justice parallèle (*ibid.*, p. 104).

¹⁴⁰⁴ Rapport du ministère de la Justice de Bavière, *Paralleljustiz — Abschlussbericht*, 1^{er} nov. 2012 (non publié), cité par F. WITTEK, art. préc., spéc. p. 104, note 71.

¹⁴⁰⁵ J. WAGNER, *Richter ohne Gesetz. Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat*, Berlin, Ullstein, 2011. L'auteur, juriste de formation, auteur d'une thèse en droit pénal sur les limites constitutionnelles à la liberté de pensée et ancien professeur de droit pénal à la *Freie Universität* de Berlin, est devenu journaliste dans certains quotidiens (notamment la *Süddeutsche Zeitung*) dont la réputation n'est pas entachée, à notre connaissance, de propagation de *fake news*.

¹⁴⁰⁶ J. WAGNER, *op. cit.*, p. 18 et s. L'auteur y rapporte le témoignage d'un juge d'instruction, au sujet d'une affaire de règlement de compte, qui n'a jamais pu finir l'instruction, celle-ci se terminant par la comparution de l'imam qui servait d'arbitre, qui s'est déclaré compétent « pour tous les litiges intervenant entre les musulmans de la commune », sa réputation s'étendant sur tout le territoire fédéral.

concurrence d'un ordre juridique mafieux¹⁴⁰⁷. À ce niveau de conflictualité, l'ordre étatique ne peut plus compter que sur son arsenal de droit pénal pour reprendre la main sur les litiges, s'il prend le parti de les considérer comme des domaines relevant de sa compétence exclusive. Encore faut-il que les infractions arrivent à sa connaissance, ce qui suppose que le « contre-ordre juridique »¹⁴⁰⁸ se formant dans son sein ne soit pas parvenu à un degré de cohésion tel que les individus ne puissent plus s'en extraire, comme cela peut être le cas dans l'ordre mafieux.

386. En résumé. Quel enseignement retirer de ces exemples de sociologie juridique et de droit comparé ? Sans doute seulement un rappel de bon sens, appliqué à la légistique : avant de revendiquer l'exclusivité sur un domaine, le législateur étatique doit s'assurer de son autorité et du degré de soumission qui peut être attendu des individus. Ainsi, l'arbitrage religieux offre les garanties étatiques qui accompagnent le contrôle de l'*exequatur*. Mais encore faut-il que les individus sentent la nécessité d'une reconnaissance étatique de l'arbitrage religieux qu'ils ont sollicité, ce en quoi ils se soumettent à l'ordre étatique. Qu'ils répudient ce cadre, et les tribunaux religieux auxquels ils demandent satisfaction seront dépourvus de juridicité. Le législateur étatique, pour retrouver le contrôle sur les voies judiciaires, n'aura plus qu'à puiser dans son arsenal pénal, et, peut-être, interdire le recours à ces tribunaux occultes.

La France, pour l'heure, ne connaît pas ce genre de dilemme — pas, du moins, pour ce qui regarde l'arbitrage religieux en droit de la famille.

II. L'éventuel arbitrage religieux en droit français de la famille

387. L'illicéité de l'arbitrage en matière familiale. La matière familiale échappe, sans ambiguïté possible, aux matières « arbitrables ». Les articles 2059 et 2060 du Code civil sont à ce sujet parfaitement clairs : le premier indique que les conventions d'arbitrage ne peuvent porter que sur des droits disponibles¹⁴⁰⁹ et le second illustre les matières exclues, citant expressément le divorce¹⁴¹⁰. Il n'existe donc pas de *faransi shariat* pratiquée par des tribunaux arbitraux dont les sentences prétendraient à l'*exequatur*¹⁴¹¹. Vu du Canada, on dira que c'est une des nombreuses

¹⁴⁰⁷ Sur cet ordre juridique, v. D. VILLEGAS, *L'ordre juridique mafieux. Étude à partir du cas de l'organisation criminelle colombienne des années 1980 et 1990* (préf. N. MOLFESSIS), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2018.

¹⁴⁰⁸ D. VILLEGAS, *op. cit.*, p. 292 et s.

¹⁴⁰⁹ C. civ., art. 2059 : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. »

¹⁴¹⁰ C. civ., art. 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. »

¹⁴¹¹ Quant à savoir s'il existe un droit informel, pratiqué loin des regards des juridictions étatiques, nos recherches ne permettent pas même de le soupçonner.

stratégies de l'État français visant à décourager la formation des communautés religieuses sur le territoire¹⁴¹².

Pourtant, l'idée d'introduire l'arbitrage en matière familiale se réclame d'une tradition ancienne, pré-napoléonienne. Très présente dans l'ancien droit, la pratique de l'arbitrage en droit de la famille, tant patrimonial qu'extrapatrimonial, n'a pas été combattue par le législateur révolutionnaire, puisque le décret du 20 septembre 1792, souvent rencontré au cours de cette étude, imposait même un arbitrage forcé dans certaines causes de divorce¹⁴¹³. Lors de la période révolutionnaire, l'usage de l'arbitrage se justifiait par la méfiance qu'inspirait la justice étatique, accusée d'être contre-révolutionnaire¹⁴¹⁴. L'interdiction qui frappe aujourd'hui la matière familiale ne remonte qu'à une décision du Conseil des Cinq cents de l'an IV de la Révolution¹⁴¹⁵, qui a limité l'arbitrage à la seule matière commerciale, avant que cette définition de l'« arbitrabilité » du litige n'entre définitivement en droit français, d'abord par le Code de procédure civile de 1806¹⁴¹⁶, avant de se retrouver, après sa refonte en 1973, dans le Code civil. L'interdiction s'est ainsi justifiée par la préservation « dans notre système juridique d'une cohérence interne sur les questions d'ordre familial, afin d'éviter l'explosion des mœurs mal maîtrisées. »¹⁴¹⁷. La question de la réintroduction de l'arbitrage en droit extrapatrimonial de la famille devait retrouver de l'actualité avec la contractualisation du droit de la famille, spécialement l'élargissement du divorce par consentement mutuel et la diminution, voire la disparition du rôle du juge judiciaire en la matière¹⁴¹⁸.

¹⁴¹² *Dispute Resolution. Protecting Choice, Promoting Inclusion*, 20 déc. 2004, « Rapport Boyd », p. 82 : « France does not allow the State to officially support any exemption for or special representation of immigrant or national minorities. Consequently, strategies are employed for individual integration into the French state, while the formation of “communities” of immigrants is highly discouraged. »

¹⁴¹³ D. du 20 sept. 1792, art. 18 : « À l'égard du divorce fondé sur les autres motifs déterminés indiqués dans l'article 4 du § I^{er} ci-dessus, le demandeur sera tenu de se pourvoir devant les arbitres de famille, en la forme prescrite dans le Code de l'ordre judiciaire pour les contestations entre mari et femme. » Et art. 19 : « Si, d'après la vérification des faits, les arbitres jugent la demande fondée, ils renverront le demandeur en divorce devant l'officier du domicile du mari, pour faire prononcer le divorce. » V. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du conseil d'État*, t. IV, p. 560.

¹⁴¹⁴ En ce sens, C. JALLAMION, « Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier », *Ann. His. Révolution française*, 2007, p. 69 : « Signe de la volonté politique de le substituer [l'arbitre] à la justice étatique, la Constitution du 24 juin 1793 va jusqu'à qualifier les juges d'« arbitres publics. » Sur ce sujet, v. également : J.-J. CLERE, « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) », *Revue de l'arbitrage*, 1981, p. 16.

¹⁴¹⁵ En ce sens, B. MALLET-BRICOUT, « Arbitrage et droit de la famille », *Dr. et patrimoine*, mai 2002. 59.

¹⁴¹⁶ Anc. C. proc. civ., art. 1003 et 1004. Aux termes du premier : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. » Aux termes du second : « On ne peut compromettre sur les dons et legs d'alimens, logement et vêtemens ; sur les séparations d'entre mari et femme, divorce, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication du ministère public. »

¹⁴¹⁷ B. MALLET-BRICOUT, art. préc.

¹⁴¹⁸ *Ibid.* : « Le rôle du juge tend à s'amoindrir dans la proposition de loi puisqu'il ne ferait que constater le divorce pour altération irrémédiable des relations conjugales et réglerait les effets du divorce seulement à défaut d'accord entre les parties. Dans ce contexte, pourquoi ne pas autoriser les parties à recourir à un arbitrage si elles le souhaitent, ce qui ne

Depuis longtemps, la doctrine considère que les réserves d'ordre public de l'article 2060 du Code civil coïncident avec le caractère indisponible des droits. Le divorce ou la capacité ou toute autre illustration des matières intéressant l'ordre public, énumérées à l'article 2060 peut, si la loi change sa nature pour en faire un droit disponible, devenir l'objet d'une convention d'arbitrage. Tel sera peut-être le destin du prononcé du divorce par consentement mutuel. Celui-ci pouvant désormais être compris dans une convention, la doctrine s'est posé la question du rôle éventuel d'un arbitre — et nous précisons : d'un arbitre religieux. La réflexion doit se séparer suivant que le divorce est interne **(A)** ou international **(B)**.

A. L'arbitrage religieux des divorces internes

388. Le maintien probable de l'illicéité de la clause compromissoire. Les époux peuvent-ils désigner un arbitre pour régler leur divorce ? La clarté de l'article 2060 du Code civil impose une réponse négative. Pourtant, la compréhension de cette disposition, comme simple illustration de certains droits indisponibles, et les derniers développements du droit de la famille incitent à une réponse prudente. En effet, une question écrite a été posée au Garde des Sceaux concernant le domaine de la clause compromissoire de l'article 2061 du Code civil. À la question de savoir si des particuliers pouvaient stipuler une telle clause dans une relation contractuelle non-professionnelle, la réponse donnée par le Garde des Sceaux fut positive¹⁴¹⁹. Son application, cependant, aux relations contractuelles de famille n'a été envisagée que par la doctrine, qui a imaginé une clause compromissoire dans les divorces par consentement mutuel¹⁴²⁰. Une contradiction doit

ferait que confirmer la tendance au déclin du rôle de l'autorité judiciaire en la matière ? Après tout, si le législateur souhaite décharger le juge étatique de certains aspects de la procédure de divorce, il pourrait aussi envisager d'ouvrir cette procédure à l'arbitrage, comme cela est déjà le cas en droit américain. »

¹⁴¹⁹ Réponse n° 98313, *J.O.* 16 mai 2017, p. 3621 : « L'article 2061 dispose que lorsque l'une des parties contracte en dehors de son activité professionnelle, la clause compromissoire ne peut lui être opposée. En effet, lorsque l'une des parties a contracté en dehors de son activité professionnelle, elle se trouve en général dans une situation déséquilibrée par rapport à l'autre, qui a contracté dans le cadre de son activité professionnelle. Le professionnel dispose le plus souvent de moyens financiers plus élevés que le consommateur ou le non professionnel. Pour rétablir l'équilibre entre les parties, le second alinéa de l'article 2061 prévoit donc que la partie qui a contracté en dehors de son activité professionnelle ne peut se voir opposer la clause, afin qu'elle ne soit pas contrainte, une fois le litige né, de recourir à l'arbitrage, mais qu'elle puisse le décider en connaissance de cause. Concrètement, une fois le litige né, cette partie peut choisir de s'engager, ou de ne pas s'engager, dans la procédure arbitrale. En revanche, si elle décide de s'engager dans cette procédure, celle-ci devient obligatoire pour elle, ainsi bien sûr que la sentence prononcée par l'arbitre ou le collège arbitral. La situation n'est en principe pas la même lorsque toutes les parties, et non l'une d'entre elles, contractent en dehors de leur activité professionnelle. Ce type de relation n'est pas, a priori, affecté par le déséquilibre économique inhérent à la relation professionnel/non professionnel. Dans ce cas, le second alinéa de l'article 2061 n'est donc pas applicable; les parties sont liées par la clause qu'elles ont acceptée. L'inopposabilité prévue dans la rédaction actuelle de l'article 2061 du code civil ne s'applique donc pas dans les trois situations évoquées: un arbitrage entre deux particuliers, personnes physiques; un arbitrage entre deux non-professionnels, personnes morales et un arbitrage entre un « non-professionnel », personne morale et un particulier, personne physique. »

¹⁴²⁰ J.-B. RACINE, « L'arbitrabilité des litiges en droit de la famille », *Droit et Patrimoine* n° 275, déc. 2017, p. 26 : pour l'auteur, il ne fait aucun doute que cette réponse « couvrirait le domaine des contrats conclus au sein de la famille. »

cependant être relevée : par hypothèse, la désignation d'un arbitre n'a lieu d'être que dans les litiges. Or, un divorce litigieux a perdu sa nature contractuelle ; n'étant plus un droit disponible, il retourne à la compétence exclusive des juges judiciaires. L'on pourrait imaginer insérer une clause compromissoire dans la relation contractuelle avant que le litige ne se fasse jour. Il faudrait se reporter en amont, par exemple au début de la séparation, voire au moment du contrat de mariage : mais il est connu qu'à ces deux instants, les droits des parties ne sont pas disponibles¹⁴²¹. Les parties ne peuvent donc pas compromettre.

En réalité, la seule voie par laquelle une autorité religieuse pourrait se voir dotée du pouvoir de divorcer des époux se situe dans une hypothèse qui est au carrefour du divorce contentieux et du divorce par consentement mutuel. Le cas a été imaginé par la doctrine, dans ce qu'elle qualifie de « clause de conciliation positive ».

389. La clause de conciliation positive religieuse. La clause de conciliation positive se définit de la manière suivante : « Elle se distingue de la conciliation traditionnelle par l'existence d'un avis émis par le conciliateur et par le fait que cet avis peut devenir obligatoire. Elle se distingue de l'arbitrage par le fait que cet avis n'est pas une sentence. Mais elle lui ressemble en ce que les parties à la convention préalable à la conciliation conviennent d'adhérer à cet avis si elles ne saisissent pas un juge d'État [...] dans un délai donné, transformant ainsi l'avis, non pas en sentence, mais en contrat. »¹⁴²². L'avantage de cette clause de conciliation positive réside dans le fait qu'elle permet « de régler des litiges portant sur des droits indisponibles chaque fois qu'il est permis de faire un contrat portant sur ces droits (par ex. le règlement des modalités d'exercice de l'autorité parentale par des parents séparés sur des mineurs.) »¹⁴²³. Cet avis n'est ni un jugement ni une sentence : « c'est une proposition de contrat par acceptation tacite par les parties. »¹⁴²⁴.

La proposition se combine très bien, il faut l'admettre, avec une conciliation religieuse. L'autorité religieuse prendrait le rôle de conciliateur ; elle proposerait une convention de divorce, établie selon la loi religieuse qu'elle professe. Si les époux ne saisissent pas le juge étatique, c'est qu'ils décident d'adhérer à la décision du conciliateur. La question qui reste à éclaircir consiste dans

¹⁴²¹ Ainsi, pour le caractère indisponible des droits des parties avant le prononcé du divorce, v. Cass. civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-23531 ; *LPA* 2017, n° 256, p. 19, obs. P.-L. NIEL ; *JCP* 2017, n° 49, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 40, p. 20, obs. Th. DONVILLE ; *Procédures* 2017, n° 271, note M. DOUCHY-OUUDOT ; *RJPF* 2017, n° 11, p. 26, obs. Th. GARE ; *AJ Fam.* 2017. 592, obs. J. HOUSSIER ; *Dr. Fam.* 2017, comm. 245, S. TORRICELLI-CHRIFI, et comm. 220, J.-R. BINET.

¹⁴²²A. DEPOND, « Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *JCP* 2015. 429.

¹⁴²³ *Ibid.*

¹⁴²⁴ *Ibid.*

l'homologation de la convention par le juge : celui-ci peut-il s'opposer à une convention établie conformément à la loi religieuse ? L'article 232 du Code civil, qui pose les conditions de l'homologation, indique que le magistrat saisi de l'homologation de la convention de divorce devra s'inquiéter, outre de vérifier que le consentement est exempt de vices, de savoir si la convention de divorce préserve suffisamment les intérêts des enfants et ceux des deux époux¹⁴²⁵. Que la convention mentionne sa conformité à la loi religieuse n'est pas en soi un motif de refus d'homologation. Et qu'elle émane d'une autorité religieuse n'est pas davantage un motif de refus, si les conditions relatives au consentement sont remplies — mais il n'est pas improbable qu'une telle œuvre émanant d'une autorité religieuse excite le soupçon du juge saisi.

Il existe donc un moyen pour que les autorités religieuses s'intercalent entre les époux et le juge, dans le prononcé du divorce. La voie, pourtant, est très mince : le maillage du droit étatique est étroitement serré, bien que la loi du 18 novembre 2016 l'ait un peu assoupli, laissant une plus grande place à l'autonomie des parties, par laquelle les autorités religieuses pourront entrer en lice. Peut-on s'attendre à ce qu'une chambre d'arbitrage et de conciliation religieuse se développe, rattachée, par exemple, au *Beth Din* ou à la Mosquée de Paris, à l'instar de la chambre d'arbitrage et de conciliation qui se développe actuellement¹⁴²⁶ et qui, comme cette dernière, serait composée de notaires et d'avocats, spécialisés, pour moitié, en droit français de la famille, et en droit religieux de la famille ? La voie semble ouverte.

Il y a loin, cependant, entre cette place ménagée aux autorités religieuses, et les arbitrages religieux, comme ceux que tolère le Royaume-Uni : dans le cas de la clause de conciliation positive, le contrôle du juge va bien au-delà de celui de l'*exequatur*. Le Code de procédure civile n'exige qu'une chose de la sentence arbitrale, pour que le juge judiciaire la déclare exécutoire : sa conformité à l'ordre public¹⁴²⁷. L'article 232 du Code civil, en revanche, exige de porter une attention particulière aux parties à la convention, ce qui peut aboutir à un débat contradictoire, alors que ce genre de débat n'est pas prévu pour l'*exequatur* d'une sentence arbitrale¹⁴²⁸.

¹⁴²⁵ C. civ., art. 232 : « Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé.

Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. »

¹⁴²⁶ A. DEPONDT, art. préc.

¹⁴²⁷ C. proc. civ., art. 1488 : « L'*exequatur* ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public. L'ordonnance qui refuse l'*exequatur* est motivée. »

¹⁴²⁸ C. proc. civ., art. 1487, al. 2 : « La procédure relative à la demande d'*exequatur* n'est pas contradictoire. »

Le divorce international serait-il susceptible de laisser une place plus importante à l'arbitre religieux ?

B. L'arbitrage religieux des divorces internationaux

390. Implications du divorce déjudiciarisé sur le monopole étatique. Remarquant que l'admission d'un divorce sans juge était de nature à altérer les solutions du droit international privé « en transformant les conflits de juridictions en conflits d'autorités dès lors qu'aucune compétence juridictionnelle n'existe par hypothèse pour un acte privé, et que celle du notaire n'est soumise à aucune condition de proximité géographique »¹⁴²⁹, certains auteurs ont cru que la voie était ouverte à l'arbitrage des divorces internationaux sur le sol français¹⁴³⁰. Sans revenir à l'objection formulée plus haut, et qui consiste à dire que l'intervention d'un arbitre n'a pas lieu d'être dans le cas d'un divorce par consentement mutuel, et qu'il n'est pas invité dans un litige où les droits sont encore indisponibles¹⁴³¹, nous nous contenterons de nous intéresser à la compétence éventuelle qui serait laissée à un arbitre religieux pour divorcer des époux, et qui résulterait de la combinaison des dispositions de la loi du 18 novembre 2016¹⁴³² et de celles du Règlement Rome III, relatif à la loi applicable au divorce.

La question se pose assez simplement : les époux peuvent-ils, dans le cadre d'un divorce international, dissoudre leur union sans juge, et indiquer soumettre leur divorce à une loi religieuse, qui serait appliquée par un arbitre religieux ? Une telle combinaison des deux textes, la loi du 18 novembre 2016 et le Règlement Rome III, paraît douteuse. En effet, l'examen de la loi de 2016 indique que dans le cadre du divorce sans juge, la loi française seule est applicable, ce qui est de nature à exclure la faculté des époux de désigner la compétence d'une loi religieuse. Quelques éléments permettent de s'en convaincre.

¹⁴²⁹ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2017, n° 753-1, p. 166.

¹⁴³⁰ J.-B. RACINE, « L'arbitrabilité des litiges en droit de la famille », *Droit et Patrimoine* n° 275, déc. 2017, p. 26 et s. : « Au demeurant, l'article 2060 C. civ. n'est applicable qu'en matière d'arbitrage interne. Lorsque l'arbitrage est international, seul l'ordre public international tel qu'interprété par les juges peut rendre inarbitrable un litige. Dans cette situation, ne peut-on pas considérer qu'un divorce international serait arbitrable ? Certes, la définition de l'arbitrage international contenue à l'article 1504 CPC s'applique malaisément aux questions personnelles et familiales (en ce qu'il se réfère aux intérêts du commerce international). Mais la difficulté n'est pas insurmontable. Il serait possible de déduire l'internationalité de l'arbitrage des éléments d'extranéité tirés de la nationalité et du domicile des intéressés. Rien ne dit alors que le divorce international ne serait pas arbitrable. De même, un divorce prononcé par la voie arbitrale à l'étranger et dont les effets seraient recherchés en France devrait, là encore, faire l'objet d'un contrôle de l'arbitrabilité au regard du seul ordre public international. Il serait dès lors possible de donner effet en France à un tel divorce. »

¹⁴³¹ Cf. *supra*, n° 388.

¹⁴³² L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, « Loi de modernisation de justice pour le XXI^{ème} siècle ».

D'abord, le divorce par acte privé de l'article 229-1 et s. du Code civil est contresigné par des avocats, et les avocats dont il est question doivent être inscrits à des barreaux français, ce qui suppose qu'ils offrent un conseil de droit français, non de droit islamique ou hébraïque ou protestant¹⁴³³. Ensuite, l'autorité qui enregistre le divorce est un notaire : il ne peut s'agir d'un imam ou d'un rabbin ou d'un pasteur. Enfin, les conditions auxquelles la convention de divorce doit se conformer, celles qui figurent à l'article 229-3 du Code civil, font référence aux modes de liquidation du régime matrimonial et du calcul de la prestation compensatoire. Ce sont donc les dispositions du Code civil français qui sont applicables.

En réalité, ce cas de divorce par acte sous signature privée contresigné par les avocats des parties laisse encore moins de place à la normativité religieuse que celui de la convention matrimoniale confiée à l'homologation par le juge. L'internationalité du divorce n'y change rien, puisque c'est le droit français qui s'applique. Il semble donc que la jurisprudence *Zagba*¹⁴³⁴, dans laquelle la cour d'appel avait jugé que la répudiation rabbinique était privée d'effets, ne soit pas abandonnée : une autorité religieuse, fût-elle désignée conventionnellement par les époux, n'a pas de compétence pour prononcer leur divorce. Le domaine de laïcité impérative repris après l'égarement de la jurisprudence *Levinçon*¹⁴³⁵ n'est en rien cédé à l'ordre juridique religieux.

391. En résumé. Alors que dans certains États du monde anglo-saxon, les tribunaux arbitraux religieux peuvent prononcer des divorces, en France, le pouvoir de la volonté individuelle n'a pas encore atteint ce stade. Ainsi, ni le droit interne ni le droit international privé français ne permettent aux époux de confier à des autorités religieuses le soin de prononcer la dissolution de leur lien conjugal, quand bien même ces autorités auraient-elles été désignées de leur commun accord.

¹⁴³³ *Contra*, v. P. HAMMJE, « Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas du divorce sans for », *Rev. crit. DIP* 2017. 143 : « Ainsi, l'accès à ce nouveau divorce privé français est ouvert à tout couple, même s'il ne présente et n'a jamais présenté aucun lien avec la France. Ainsi, un couple italo-japonais, marié en Italie et résidant aux États-Unis pourrait choisir de divorcer par consentement mutuel extrajudiciaire en France, en recourant pour ce faire à des avocats étrangers. »

¹⁴³⁴ Cf. *supra*, n° 361 et s.

¹⁴³⁵ *Ibid.*

Conclusion de la section 2

392. La fin éventuelle d'un domaine de compétence exclusive. Dans l'ordre étatique français, les décisions émanant des juridictions religieuses sont privées d'effets, quelle que soit la matière dans laquelle les juges religieux se prononcent. L'irrélevance qui frappe les décisions des tribunaux religieux est générale ; et en particulier, les époux ne peuvent désigner un tribunal arbitral pour prononcer leur divorce.

Toutefois, deux phénomènes combinés, la contractualisation du droit de la famille et l'autorité des droits fondamentaux, finiront peut-être par avoir raison du monopole étatique sur l'état des personnes. Le versant juridictionnel de ce monopole subit déjà les effets de la contractualisation, sans encore connaître le télescopage avec l'autonomie personnelle. Pour autant, si ce domaine devait être perdu à la laïcité impérative, il serait automatiquement gagné à la laïcité dispositive, qui ne donne compétence à la normativité religieuse que si les cadres préétablis par la loi sont respectés. Au sujet du prononcé du divorce, le maillage du droit étatique reste très serré ; les espaces par lesquels les autorités religieuses pourraient espérer se faufiler sont extrêmement restreints. Pour l'heure, le droit est ainsi fait que le prononcé du divorce, s'il s'avère être l'œuvre d'une autorité religieuse, devra subir un contrôle bien plus strict que celui de l'*exequatur*. Si bien que la contractualisation du droit de la famille, diminuant incontestablement l'étendue du domaine de la laïcité impérative, ne le jette pas pour autant dans un libéralisme outrancier : la laïcité dispositive, elle aussi, a sa puissance. Les tribunaux arbitraux religieux sont donc encore loin de pouvoir officier paisiblement sur le sol de la République.

Conclusion du chapitre 2

393. Inlassable confirmation des institutions de la laïcité impérative. Le bilan des institutions de la laïcité impérative est, pour le XX^{ème} siècle, plutôt positif. Le monopole étatique sur l'état des personnes, tant légal que juridictionnel, a été maintenu et confirmé avec une cohérence à toute épreuve, parfois contre l'avis d'une doctrine éminente. En outre, ces acquis de la laïcité impérative ont toujours scrupuleusement respecté une limite territoriale, maîtrisant excellemment le jeu des frontières et fournissant, à ce propos, l'essentiel de la matière qui a servi de base à toute la théorie moderne du droit international privé. Ainsi, contrairement à l'inquiétude formulée par le doyen Carbonnier — « Les frontières s'emmêlent et s'effacent, mais le principe de laïcité a du mal à y redécouvrir ses repères »¹⁴³⁶ —, nous serions tentée de conclure sur une toute autre note : pour avoir réussi à maintenir sans fléchir les institutions de la laïcité impérative, résistant aux tentations du pluralisme juridico-religieux, la jurisprudence et le législateur doivent être salués.

Le ciel de la laïcité impérative n'est pourtant pas sans nuage. En effet, un malentendu s'est progressivement installé : la laïcité est souvent confondue avec la liberté religieuse. Or, selon l'acception reçue de la liberté religieuse, les conséquences en droit privé peuvent être radicalement différentes. La conception négative de la liberté religieuse, qui implique de ne pas être déterminé juridiquement par son appartenance religieuse, exige l'établissement d'un droit étatique laïc ; mais cette conception ne conduit nullement à la protection des monopoles légaux et juridictionnels sur l'état des personnes. Quant à la conception positive de la liberté religieuse, elle plaiderait plutôt en faveur de l'introduction du pluralisme juridico-religieux. Face à ce dilemme, le législateur français ne s'est pas expliqué, préférant murer la laïcité impérative dans le silence. La laïcité impérative du droit privé a donc poursuivi l'œuvre des révolutionnaires, silencieusement.

394. Un conflit normatif et une compétence exclusive étatique. Pourtant, si les explications claires manquent, quelques points communs méritent d'être soulignés : toutes les occasions auxquelles les mesures de laïcité impérative ont été réaffirmées, en matière d'état des personnes, concernaient un conflit normatif, mettant directement en cause un des acquis révolutionnaires, par lesquels le législateur avait voulu affirmer la prééminence du droit étatique. Ces éléments — un conflit normatif, une compétence exclusive de l'État — constitueront une base solide pour donner à la laïcité impérative son cadre traditionnel.

¹⁴³⁶ J. CARBONNIER, « La laïcisation de l'état civil » (1999), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 189, spéc. p. 194.

Conclusion du titre 1

395. Cadre traditionnel des mesures de laïcité impérative. Deux siècles ont donné à l'état des personnes les caractères d'une institution vénérable de la laïcité impérative. Conçue au départ comme une solution au problème de la création d'un « État dans l'État », la laïcité de l'état des personnes devait résorber les factions religieuses dans le corps civique. Substituant à l'ancienne unité religieuse l'unité de la nation, le législateur révolutionnaire et consulaire a cru nécessaire de faire du domaine de l'état des personnes une compétence exclusive de l'État, imposant à l'Église catholique et aux autres cultes de renoncer à toute influence. Cette compétence exclusive, affirmée en droit interne, a été confirmée tout au long au XX^{ème} siècle dans les relations internationales. Face aux revendications individuelles, exigeant, contre le droit étatique, le respect des statuts religieux, le juge et le législateur ont sans cesse défendu la compétence exclusive du droit étatique sur l'état des personnes, repoussant, par des silences, des abstentions et des rejets, la tentation du pluralisme juridico-religieux en droit français.

L'histoire semble avoir posé un cadre, qui se caractérise d'abord par la finalité commune de ces mesures de laïcité impérative : toutes tendent à faire obstacle à la constitution d'un « État dans l'État ». Le cadre se caractérise ensuite par un domaine d'intervention étroitement circonscrit : les mesures de laïcité impérative n'interviennent qu'en matière d'état des personnes, pour trancher un conflit internormatif en faveur du droit étatique. Ce domaine suppose donc une relation de droit privé disputée entre les deux systèmes normatifs. Il faut y insister : la concurrence est frontale ; la norme religieuse contredit directement la norme étatique ; l'une ne saurait être appliquée que si l'autre est exclue. Dans ce cadre, l'ordre juridique français refuse le jeu des normes de relevance, et affirme sa compétence exclusive.

396. Extension à d'autres domaines. La matière de l'état des personnes, en droit français, constitue donc le domaine traditionnel de la laïcité impérative. Et s'il en est ainsi, c'est certainement parce que la matière est sensible : tolérer le pluralisme juridico-religieux dans les relations de famille risque d'amener, plus directement qu'ailleurs, à la création d'un « État dans l'État ».

Pourtant, la lutte au sujet de la laïcité de l'état des personnes a aujourd'hui perdu en intensité. Le mariage est délaissé par une majorité de personnes, rendant vain le combat entre les deux puissances ; l'ordre étatique ne garde plus aussi jalousement qu'autrefois son monopole sur le divorce. Si des désaccords entre les deux ordres subsistent, ce ne sont guère que des frottements.

Toutefois, l'occasion d'étendre ces domaines traditionnels est donnée dans les frottements produits avec les religions nouvellement établies. Et, de fait, leur présence insuffle un élan nouveau à l'esprit laïc, tenté de pousser plus loin les frontières des domaines de la laïcité impérative.

Titre 2 : Les domaines nouveaux de la laïcité impérative

397. Cadre traditionnel de la laïcité impérative. Le législateur peut-il légitimement augmenter le nombre des mesures de laïcité impérative ? Dans un domaine où la Cour européenne des droits de l'homme lui reconnaît encore une importante marge d'appréciation, le peuple français est en principe souverain. Cependant, au-delà de la légitimité démocratique, ce qui manque, pour apprécier la légitimité de nouvelles mesures de laïcité impérative, c'est un cadre théorique officiel dans lequel ces mesures pourraient être replacées.

Les développements qui précèdent ont permis d'identifier un cadre. Bien qu'il n'ait rien d'officiel, il n'en est pas moins utile pour comprendre la finalité et le domaine d'intervention traditionnellement assignés à la laïcité impérative du droit privé. Elle est ainsi appelée à jouer en matière d'état des personnes, afin de couper court à l'élévation d'un conflit internormatif, en imposant l'application exclusive du droit étatique. Cet exclusivisme vise à éviter la création d'un « État dans l'État ». Dans ce cadre, donc, le législateur a désigné quelques points dans lesquels il se réserve une compétence exclusive : la célébration du mariage, la capacité de divorcer. S'il est possible d'imaginer qu'en d'autres domaines la normativité religieuse soit repoussée avec une vigueur identique, l'on pourrait s'attendre à ce qu'il soit question, comme dans le domaine traditionnel, d'une authentique concurrence normative et du risque corrélatif de la création d'un « État dans l'État ».

398. Domaine dissimulé et domaine contestable. Il existe une jurisprudence fournie en droit international privé fidèle au cadre évoqué, et qui touche l'état des personnes. Dans ces affaires, le conflit est toujours porté par une relation de famille, pour laquelle la loi religieuse étrangère aurait vocation à s'appliquer — on retrouve l'hypothèse de concurrence normative. Mais l'application de ces normes conduirait au résultat que redoutait le législateur français : la constitution d'une communauté religieuse fonctionnant en vase clos — on retrouve la finalité de la constitution d'un « État dans l'État ». La doctrine s'est peu attardée à systématiser cette jurisprudence, qui, pourtant, témoigne d'une réaction de rejet systématique de la part du juge étatique à l'encontre de certaines normes religieuses.

En revanche, d'autres manifestations nouvelles de laïcité impérative s'éloignent de la tradition. Tel serait le cas, par exemple, de la tendance de l'Exécutif à généraliser les restrictions à la liberté d'association, au nom de la laïcité. Tel serait encore le cas des propositions de lois visant à étendre l'obligation de neutralité religieuse aux salariés des entreprises de droit privé. Bien qu'elles

se disent inspirées de la volonté de freiner la diffusion du communautarisme religieux dans la société civile — ce qui revient à prévenir la constitution d'un « État dans l'État » — ces mesures sortent du cadre traditionnel. Elles n'ont pas pour effet d'assurer la prééminence du droit étatique. Agissant au-delà de la sphère du droit, elles posent des restrictions aux libertés individuelles alors que la menace contre l'ordre public n'apparaît pas toujours clairement — ce qui les rend contestables.

Il convient donc d'examiner les hypothèses dans lesquelles le juge neutralise, sans l'expliquer, la loi religieuse étrangère dans le but de prévenir la constitution d'un « État dans l'État » — faisant émerger un domaine dissimulé de la laïcité impérative en droit international privé (**chapitre 1**) — et celles qui restreignent la liberté religieuse des individus au nom de la laïcité, alors que la prééminence du droit étatique n'est pas en cause — ce qui indique un domaine contestable de la laïcité impérative (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : Un domaine dissimulé en droit international privé

399. Les lois religieuses assurant la cohésion communautaire des familles. Certaines lois étrangères d'origine religieuse ont une charge politique spéciale. Au service d'un ordre public confessionnel, elles tendent à assurer la cohésion de la communauté religieuse qu'elles protègent — cohésion qu'elles assurent en particulier par l'édiction de discriminations fondées sur la religion. Il arrive que, dans le cadre d'un conflit international de lois, elles aient vocation à s'appliquer, en vertu de la règle de conflit française. Or, sorties de leur contexte d'origine, pour être appliquées dans l'ordre étatique français, ces lois tendent à reconstituer en France la communauté religieuse qu'elles servent, créant ainsi un « État dans l'État ». Bien que ce risque ne soit pas nommément désigné par les juridictions françaises, il est systématiquement évité : de tous temps, lorsqu'il était confronté aux déclinaisons musulmanes de ces lois, le juge a trouvé le moyen de les neutraliser, faisant primer, sans l'affirmer, une considération de laïcité impérative en matière d'état des personnes. Cette éviction systématique prend son importance si l'on se souvient que d'autres règles du droit musulman, comme la polygamie et la répudiation, ont été regardées avec une certaine bienveillance par le juge français, alors qu'elles étaient censées rendre l'Islam « plus étranger à notre âme que n'importe quel autre système de droit. »¹⁴³⁷.

Une distinction entre les règles religieuses semble se dessiner d'elle-même : à l'intérieur des règles religieuses du statut personnel, il y aurait celles qui tendraient à reconstituer un « État dans l'État » (**section 1**) et auxquelles les tribunaux français ont toujours fait obstacle, permettant de préserver, dans le domaine de l'état des personnes, la laïcité impérative (**section 2**) — tandis que les autres règles religieuses, inoffensives au regard de la laïcité impérative, ont bénéficié du relativisme culturel.

Section 1 : L'existence de lois religieuses reconstituant un « État dans l'État »

400. Sélection limitée. Bien qu'il existe une grande quantité de lois religieuses qui, dans l'histoire du droit, ont eu pour objectif d'assurer la cohésion intra-communautaire, nous ne présenterons que celles dont les juges français ont souvent été amenés à connaître (§ 1), avant de les analyser par l'effet qu'elles risquent de produire : la reconstitution d'un « État dans l'État » (§ 2).

¹⁴³⁷ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage » (1950), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 202, spéc. p. 218.

§ 1 Présentation succincte

401. Les lois religieuses visées. Il est vrai qu'« à certains égards le droit musulman n'a plus aucune réalité »¹⁴³⁸ parce qu'il n'existe plus à l'état pur : les pays d'Islam ne constituent pas une unité, leur droit n'est pas uniforme. Ce constat s'accompagne souvent d'un avertissement à l'adresse du juriste occidental : « le juge occidental ne peut [...] se contenter de considérations générales pour déterminer son comportement à l'égard des lois de pays d'Islam. »¹⁴³⁹. Pourtant, l'objectif de cette présentation est moins de cerner l'exacitude avec laquelle ces institutions du droit musulman sont appliquées dans leurs ordres étatiques d'origine que d'en exposer les grands traits. Seuls ces grands traits jouent de façon décisive sur la perception que s'en font les juridictions françaises. Il convient donc d'assumer une approche résolument « orientaliste »¹⁴⁴⁰.

Quatre institutions de droit musulman retiendront notre attention, parce que les tribunaux français ont régulièrement eu à en connaître, et à se prononcer sur les effets à donner à ces règles : les empêchements confessionnels, qui ont pour effet de limiter le choix des conjoints pour contracter mariage **(I)**, d'exclure certains parents de la vocation successorale **(II)**, ou d'exclure des parents candidats à l'adoption ou au recueil d'enfants en *kafala* **(III)** ainsi que les règles organisant la garde de l'enfant musulman, également appelée la *badhana* **(IV)**.

I. L'empêchement religieux à mariage

402. La règle. Les musulmans ne peuvent, en principe, épouser des païens ; la prohibition vaut pour les deux sexes. Le fondement scripturaire de cette règle figure dans le Coran : « N'épousez pas les femmes polythéistes avant qu'elles croient. »¹⁴⁴¹. Lorsqu'il est question de s'unir

¹⁴³⁸ A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI* 2003. 721, spéc. p. 725.

¹⁴³⁹ A. MEZGHANI, art. préc., p. 730.

¹⁴⁴⁰ B. DUPRET et L. BUSKENS, « De l'invention du droit musulman à la pratique contemporaine », in *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique* (dir. B. DUPRET), Paris, La Découverte, coll. « Recherches », 2012, p. 9, spéc. p. 12 : « La compréhension orientaliste du droit musulman était guidée par les expériences régionales de colonisation. Dans chaque région, les chercheurs entreprenaient de "découvrir" les configurations spécifiques de coutumes et de règles, et de les faire entrer dans le moule positiviste. Ainsi en va-t-il du 'amal au Maroc, le droit kabyle en Algérie, de l'*Anglo-Muhammadan Law* en Inde britannique ou de l'*adatrecht* en Indonésie. Ces appréhensions régionales du droit musulman et de sa relation aux coutumes étaient donc marquées par les traditions nationales de gouvernance et de science juridique. Il n'est donc guère étonnant que l'image du droit musulman maghrébin chez les auteurs français reflète la conception civiliste française, tandis que l'*Anglo-Muhammadan Law* procède manifestement de la *Common law* britannique. »

¹⁴⁴¹ *Coran*, « La Vache », II, 221 : « Et n'épousez pas les femmes associatrices tant qu'elles n'auront pas la foi, et certes, une esclave croyante vaut mieux qu'une associatrice même si elle vous enchante. Et ne donnez pas d'épouses aux associateurs tant qu'ils n'auront pas la foi, et certes, un esclave croyant vaut mieux qu'un associateur même s'il vous enchante. Car ceux-là [les associateurs] invitent au Feu ; tandis qu'Allah invite, de par Sa Grâce, au Paradis et au pardon. Et Il expose aux gens Ses enseignements afin qu'ils se souviennent ! » Le terme *associateur* renvoie au polythéisme

à un chrétien ou à un juif, l'empêchement change en fonction du sexe du conjoint musulman. Ainsi, l'homme musulman peut épouser une chrétienne ou une juive, mais la réciproque n'est pas vraie : la musulmane ne peut en principe épouser qu'un musulman¹⁴⁴². Là encore, le fondement scripturaire se trouve dans le Coran¹⁴⁴³.

403. La ratio legis. La raison d'un empêchement confessionnel à géométrie variable suivant le sexe du conjoint musulman se trouve très simplement dans la crainte que la femme musulmane « ne se laisse influencer et n'en arrive à se convertir à la religion de son mari »¹⁴⁴⁴, alors que l'homme, dont on présuppose « la supériorité [...] dans le groupe familial »¹⁴⁴⁵, ne court pas le même risque. Au contraire, en épousant une *kitabiyja* (gens du Livre), « on espère même que la situation plus haut envisagée sera renversée au profit de l'Islam et qu'il résultera de ce mariage une acquisition pour la *Umma*. »¹⁴⁴⁶. L'interdiction frappant la femme sert donc à éviter le « risque de perte morale et matérielle pour la communauté musulmane »¹⁴⁴⁷, risque qui n'existait pas, à l'époque de la révélation du Coran, pour les hommes.

404. L'existence de la règle dans les législations modernes. Il semble que tous les codes contemporains aient intégré cette prohibition, à l'exception du Code de statut personnel tunisien¹⁴⁴⁸. D'après certains auteurs, le silence de ce dernier ne serait « cependant pas [significatif]

(traduction donnée par L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1987, n° 323, p. 277-278).

¹⁴⁴² G.-H. BOUSQUET, *Le droit musulman*, Paris, Armand Colin, 1963, p. 103 : « La règle est la suivante : aucun mariage n'est possible avec les idolâtres, et une musulmane ne peut épouser qu'un musulman. Le musulman, lui, peut épouser une juive, ou une chrétienne (avec des variantes selon les rites.) »

¹⁴⁴³ *Coran*, « La Table Servie », V, 5 : « Vous sont permises, aujourd'hui, les bonnes nourritures. Vous est permise la nourriture des gens du Livre, et votre propre nourriture leur est permise. (Vous sont permises) les femmes vertueuses d'entre les croyantes, et les femmes vertueuses d'entre les gens qui ont reçu le Livre avant vous, si vous leur donnez leur *mabr*, avec contrat de mariage, non en débauchés ni en preneurs d'amantes. Et quiconque abjure la foi, alors vaine devient son action, et il sera dans l'au-delà, du nombre des perdants. » V. également L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *ibid.* : « Au I^{er} siècle de l'Hégire, il était également permis d'épouser les Sabéennes. À partir du II^{ème} siècle, l'autorisation est retirée. La femme musulmane ne peut épouser qu'un Musulman. »

¹⁴⁴⁴ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *ibid.*

¹⁴⁴⁵ L.-A. BARRIERE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Éditions universitaires de Dijon, 1993, n° 77, p. 95.

¹⁴⁴⁶ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *ibid.*. Dans le même sens (entre autres), v. M. CHARFI, « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », *RCADI*, 1988, p. 411 : « On pouvait espérer que la non-musulmane ayant épousé un musulman, étant une femme des "gens du Livre", donc monothéiste, et de ce fait religieusement proche, allait, un jour ou l'autre, se convertir à l'Islam. »

¹⁴⁴⁷ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *ibid.*

¹⁴⁴⁸ En ce sens, L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *ibid.*, qui citent, sans souci d'exhaustivité : l'art. 17 du Code irakien ; l'art. 48, al. 2 du Code syrien. Pour le droit marocain, la prohibition qui figure désormais à l'article 39-5° du Code de la famille, v. *JCI Droit comparé*, fasc. 20 « Maroc. Statut personnel : droit commun. Capacité, mariage, filiation », par F. SAREHANE, 2013, § 130. Quant au droit algérien, la prohibition se trouve à l'article 30 du Code de la famille : v. *JCI Droit comparé*, fasc. 20 « Algérie - Droit de la famille : Mariage, divorce, filiation capacité », par K. SAÏDI, juill. 2016, § 37).

de l'abrogation de la norme, principe fondamental préexistant et toujours appliqué. »¹⁴⁴⁹. En effet, la version arabe de l'article 5 du Code de statut personnel tunisien pose « qu'il ne doit pas y avoir entre les futurs époux d'empêchements "charaïques" »¹⁴⁵⁰. Cette formule permettait de compléter les empêchements à mariage énumérés à l'article 14 du même code, ce que fit la Cour de cassation tunisienne dans une décision restée célèbre, l'arrêt *Houria*¹⁴⁵¹, en décidant que l'empêchement de la femme musulmane d'épouser un non-musulman entache le mariage d'une nullité absolue¹⁴⁵². Les termes employés par la Cour de cassation tunisienne soulignent l'importance de l'empêchement, puisqu'elle aurait « considéré [...] que le mariage de la musulmane avec un non musulman est l'un des péchés les plus graves au regard de la loi musulmane qui entache ledit mariage d'une nullité absolue. »¹⁴⁵³. La solution fut reconduite par les juges du fond, au moins jusqu'en 2013¹⁴⁵⁴.

Les empêchements religieux à succession connaîtront une fortune légèrement différente.

II. Les empêchements religieux à succession

405. La règle. Le droit musulman classique est réputé assez fourni en matière successorale. D'abord, les sources scripturaires du Coran et des hadith indiquent une solidarité entre musulmans. Le *fiqh* a déduit de la sourate « Le Repentir », qui déclare que « les croyants et les croyantes sont alliés les uns des autres »¹⁴⁵⁵, une disposition successorale, en vertu de laquelle le lien d'alliance créé par la communauté de foi va jusqu'à établir, en l'absence d'héritiers, « une sorte de parenté religieuse entre les musulmans, sur le fondement de laquelle on admet l'existence d'une

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*

¹⁴⁵⁰ S. ABIDA, « Les pouvoirs du juge tunisien en droit de la famille », in *Changing God's Law: the Dynamics of Middle Eastern Family Law* (dir. N. YASSARI), Londres, Routledge, coll. « Islamic Law in Context », 2016, p. 153, spéc. p. 161 : à côté de l'article 5 du CSP, qui peut renvoyer aux prohibitions religieuses, il existe un article 14, qui énumère les empêchements à mariage, « et qui n'inclut guère parmi eux la disparité au culte musulman ».

¹⁴⁵¹ Cass. civ. tunisienne, 31 janv. 1966, n° 3384, *Rev. tunisienne de droit*, 1968. 115, note E. DE LAGRANGE, cité par Y. LEQUETTE, « Le conflit de civilisations à la lumière de l'expérience franco-tunisienne », in *Mélanges Sassi Ben Halima*, Tunis, Centre de publications universitaires, 2005, p. 175, spéc. p. 191-192. S. ABIDA, art. préc., p. 160, se réfère à la *Revue de la jurisprudence et de la législation* 1967, 43.

¹⁴⁵² Cette interprétation a été reprise par une circulaire du ministère de la justice, en date du 5 nov. 1973 : v. Y. LEQUETTE, art. préc., spéc. p. 191-192. Pour la circulaire, l'auteur se réfère à deux articles : S. BEN HALIMA, « Religion et statut personnel en Tunisie », *Rev. tunisienne de droit*, 2000. 117 ; K. MEZIOU, « Pérennité de l'islam dans le droit tunisien de la famille », in *Le statut personnel des musulmans*, 1992, p. 247, spéc. p. 272.

¹⁴⁵³ S. ABIDA, art. préc., spéc. p. 160.

¹⁴⁵⁴ Le dernier arrêt cité par S. ABIDA, (art. préc., p. 160) vient de la Cour d'appel de Sousse, 3 mai 2013, dans lequel la nullité du mariage d'une musulmane avec un non musulman est réaffirmée avec force : « L'action en divorce est irrecevable parce qu'il n'y a pas de mariage, et que les relations sexuelles entre un homme et une femme ne peuvent être qualifiées de contrat, et encore moins de contrat de mariage, si l'époux n'est pas musulman car parmi les empêchements les plus essentiels et les plus fondamentaux, figure l'interdiction pour la musulmane d'épouser un non-musulman. »

¹⁴⁵⁵ *Coran*, « Le Repentir », IX, 71 : « Les croyants et les croyantes sont alliés les uns des autres. Ils commandent le convenable, interdisent le blâmable, accomplissent la Salât, acquittent la Zakat et obéissent à Allah et à Son messager. Voilà ceux auxquels Allah fera miséricorde, car Allah est Puissant et Sage. »

vocation héréditaire. »¹⁴⁵⁶. Un hadith, plus explicite que le Coran, attribue à Mahomet d'avoir dit « je suis héritier de celui qui meurt sans héritier. »¹⁴⁵⁷. Cette solidarité intra-communautaire s'accompagne assez naturellement de l'exclusion de tous ceux qui ne partagent pas la même foi. Ainsi, les chrétiens et les juifs n'héritent pas des musulmans ; la réciproque est vraie¹⁴⁵⁸. La règle a été tirée du Coran — « À chacun de vous Nous avons assigné une législation et un plan à suivre. Si Allah avait voulu, certes Il aurait fait de vous tous une seule communauté »¹⁴⁵⁹ — et explicitée dans un hadith — « Les individus appartenant à deux sectes différentes n'héritent pas l'un de l'autre. »¹⁴⁶⁰.

406. La ratio legis. Pour certains auteurs, il est clair qu' « il s'agit d'empêcher que la Communauté chrétienne ou juive s'enrichisse au détriment de la Communauté musulmane. »¹⁴⁶¹. Cependant la préservation de la richesse matérielle des musulmans n'imposait pas la bilatéralisation de cet empêchement. Si l'empêchement religieux a été bilatéralisé, ce serait pour « empêcher que le désir d'hériter multipliât les mariages mixtes entre Musulmans et femmes chrétiennes ou juives, créant des foyers d'influence étrangère au sein des familles musulmanes. »¹⁴⁶².

407. L'existence de la règle dans les législations modernes. Il semble que tous les pays ayant une législation inspirée du droit musulman aient été remarquablement fidèles aux règles successorales du *fiqh*¹⁴⁶³. Comme à son habitude, le droit tunisien présente une ambiguïté : l'article

¹⁴⁵⁶ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *op. cit.*, n° 629, p. 489 : « Dans le rite hanéfite, il en est autrement. La Communauté musulmane hérite, non plus au titre de la parenté, mais de la déshérence, quand il n'y a personne pour recueillir la succession. Les hanéfites invoquent le verset 75, sourate VIII : “ceux qui sont liés par la parenté sont encore plus proches les uns des autres.” Ils sont les seuls parents préférables à tous les autres. »

¹⁴⁵⁷ Hadith cité par L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *ibid.*

¹⁴⁵⁸ Il existe quelques exceptions, cf. L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *op. cit.*, n° 632, p. 490-491.

¹⁴⁵⁹ *Coran*, « La Table Servie », V, 48 : « Et sur toi (Muhammad) Nous avons fait descendre le Livre avec la vérité, pour confirmer le Livre qui était là avant lui et pour prévaloir sur lui. Juge donc parmi eux d'après ce qu'Allah a fait descendre. Ne suis pas leurs passions, loin de la vérité qui t'est venue. A chacun de vous Nous avons assigné une législation et un plan à suivre. Si Allah avait voulu, certes Il aurait fait de vous tous une seule communauté. Mais Il veut vous éprouver en ce qu'Il vous donne. Concurrencez donc dans les bonnes œuvres. C'est vers Allah qu'est votre retour à tous; alors Il vous informera de ce en quoi vous divergiez. »

¹⁴⁶⁰ Hadith cité par L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *ibid.*

¹⁴⁶¹ *Ibid.*

¹⁴⁶² *Ibid.*

¹⁴⁶³ En ce sens, L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *op. cit.*, n° 685, p. 522-523 : « C'est dans le domaine des successions que le principe de l'immutabilité du droit musulman se vérifie le mieux, les codes contemporains étant, dans ce domaine complexe, d'une remarquable fidélité aux règles classiques, elles-mêmes fondées, en majeure partie, sur un donné scripturaire intangible. Les monuments législatifs d'obédience hanéfite promulgués tant en Égypte qu'en Jordanie, en Syrie, en Irak, au Soudan ou au Koweït, n'ont en rien innové dans le domaine du *fara'id*. Il en va de même en pays malékite. On aurait pu croire que le Code de statut personnel tunisien, si peu respectueux du *shar'*, aurait “occidentalisé la matière”. Il n'en fut rien et le droit tunisien des successions se situe au contraire dans la droite filiation sunnite [...] La dernière en date des codifications concernant le statut personnel malékite, le Code de la famille algérien de 1984, ne manque pas à cette règle ; fidèle au *fiqh* malékite, il consacre au droit des successions ses dispositions les plus élaborées et les plus longues. »

88 du Code de statut personnel¹⁴⁶⁴ n'énonce qu'une seule cause d'indignité successorale, l'homicide. Il a pourtant été interprété depuis la jurisprudence *Houria*¹⁴⁶⁵ comme « revêtant un caractère énonciatif »¹⁴⁶⁶. Usant de cette ouverture, la Cour de cassation tunisienne a donc pu « compléter la liste des indignités successorales par référence au droit musulman »¹⁴⁶⁷, en y ajoutant les classiques empêchements confessionnels. Les commentateurs de la jurisprudence ultérieure sont divisés. Pour certains, la Cour de cassation aurait désormais abandonné cette interprétation de l'article 88 du Code de statut personnel¹⁴⁶⁸, d'autres sont plus sceptiques quant à la réalité de ce revirement de jurisprudence¹⁴⁶⁹.

Le même type d'empêchement existe en matière d'adoption et de *kafala*.

III. L'empêchement religieux à l'adoption ou à la *kafala*

408. La règle. Le recueil légal d'enfant ou *kafala* impose que le candidat au recueil, le *kafil*, soit musulman, si l'enfant, le *makefoul*, est de confession musulmane. Mais une présomption d'appartenance à l'islam pèse sur l'enfant abandonné, « s'il a été trouvé dans une localité où il y a des musulmans, même s'il n'y a que deux familles musulmanes. »¹⁴⁷⁰. Telle est la règle que le *fiqh* a déduite de la sourate « Les Romains »¹⁴⁷¹ et d'un hadith : « Il n'est aucun enfant nouveau-né qui

¹⁴⁶⁴ Code de statut personnel tunisien, art. 88 : « L'homicide volontaire constitue un empêchement à la successibilité. Est exclu du droit de succéder, le coupable, qu'il soit auteur principal, complice ou faux témoin dont le témoignage a entraîné la condamnation à mort de l'auteur suivie d'exécution. »

¹⁴⁶⁵ Cour de cassation tunisienne, ch. civ., 31 janv. 1966, n° 3384, (1967) 6 *Revue de la jurisprudence et de la législation* 43, cité par S. ABIDA, « Les pouvoirs du juge tunisien en droit de la famille », in *Changing God's Law : the Dynamics of Middle Eastern Family Law* (dir. N. YASSARI), Londres, Routledge, coll. « Islamic Law in Context », 2016, p. 153, spéc. p. 160.

¹⁴⁶⁶ Y. LEQUETE, art. préc., spéc. p. 192 : l'auteur se réfère à deux décisions des juges du fond : Trib. 1^{ère} inst. Tunis, 29 juin 1999, *Rev. tunisienne de droit*, p. 403, note S. BEN ACHOUR (pour le mariage) ; Trib. 1^{ère} inst. Tunis, 18 mai 2000, *Rev. tunisienne de droit*, 2000, p. 147, note A. MEZGHANI (pour les successions).

¹⁴⁶⁷ S. ABIDA, art. préc., p. 153, spéc. p. 160. Comp. Cour de cassation tunisienne, 16 janv. 2007 (cité par S. ABIDA, *ibid.*) : « la disparité de culte est l'une des causes d'indignité successorale et qu'il n'y a point de succession entre communauté différente et ce conformément aux dispositions de l'article 88 du CSP et à la position constante de la doctrine et de la jurisprudence ». Et Cour de cassation tunisienne, 30 juin 2009, n° 26905, inédit : la Cour reprend son interprétation extensive des empêchements à succéder, y ajoutant la référence religieuse.

¹⁴⁶⁸ Cour de cassation tunisienne, 5 févr. 2009, cité par S. ABIDA, art. préc., spéc. p. 169 : « Attendu que la liberté religieuse garantie par l'article 5 de la Constitution et l'article 18 du Pacte relatif aux droits civils et politiques impose la distinction entre la jouissance des droits civils et les convictions religieuses ; attendu que l'affirmation selon laquelle le législateur tunisien garantit d'une part la liberté religieuse et interdit d'autre part la succession entre personnes de confession différente conduit à une contradiction ; attendu que l'égalité garantie par l'article 6 de la Constitution et l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques impose l'absence de discrimination en raison de considérations religieuses ; attendu que la garantie matrimoniale de la femme égale celle de l'homme [...] interdit toute influence des convictions de la femme sur sa liberté matrimoniale et par voie de conséquence sur sa vocation successorale [...] »

¹⁴⁶⁹ Comp. Cour de cassation tunisienne, 30 juin 2009, n° 26905, inédit, cité et reproduit par S. ABIDA, art. préc., spéc. p. 160 : la Haute juridiction tunisienne aurait réaffirmé l'existence d'un empêchement successoral fondé sur la disparité de culte, reprenant l'esprit d'une décision qu'elle avait rendue le 16 janv. 2007, préc.

¹⁴⁷⁰ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *op. cit.*, p. 418, n° 522.

¹⁴⁷¹ *Coran*, XXX, 30, sourate « Les Romains » : « Dirige tout ton être vers la religion exclusivement [pour Allah], telle est la nature qu'Allah a originellement donnée aux hommes — pas de changement à la création d'Allah. Voilà la religion de droiture ; mais la plupart des gens ne savent pas. »

n'appartienne naturellement à la religion musulmane. Ce sont ses parents qui en font un juif, un chrétien ou un adorateur du feu. ». Or, un musulman doit être élevé dans sa religion, ce qui implique que ceux qui se chargeront de son éducation et de son entretien soient de la même confession. De là viendrait la condition d'islamité des *kafil* ou des adoptants de l'enfant musulman.

409. La ratio legis. La raison d'être de cette condition d'islamité de la part du *kafil* est assez évidente : encore une fois, il s'agit d'éviter qu'un enfant né musulman soit perdu pour la communauté des croyants, s'il venait à être élevé par une famille d'une autre religion que l'islam¹⁴⁷².

410. L'existence de la règle dans les législations modernes. La règle a été consacrée notamment en Algérie¹⁴⁷³ et au Maroc¹⁴⁷⁴. La Tunisie est le seul État du Maghreb qui autorise l'adoption, et bien que la loi ait été muette sur le sujet, la jurisprudence a transposé la condition d'appartenance religieuse des *kafil* aux candidats à l'adoption — sans doute pour les mêmes raisons. Ainsi, Mme Kalthoum Méziou note que « pour prononcer l'adoption d'un enfant tunisien, en l'espèce issu d'une mère musulmane, le juge n'exige pas que les parents soient à leur tour tunisiens, mais les adoptants étant d'origine non musulmane, il s'assure au préalable qu'ils se sont convertis à l'islam. Et il y a tout lieu de croire que, sans cette conversion, le juge n'aurait pas prononcé l'adoption. Il s'agirait alors d'une condition ajoutée à la loi par la jurisprudence. »¹⁴⁷⁵. Le droit

¹⁴⁷² L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *op. cit.*, n° 519, p. 416, voient dans la pratique de l'adoption, qui continuait malgré la prohibition coranique, une autre raison, tout aussi politique et favorable à l'*Oumma* : « Le Coran a donc retiré à l'adoption tous ses effets de droit. Mais si, d'après la loi, elle n'a plus d'efficacité juridique, elle continue à être pratiquée très fréquemment et, en fait, l'enfant adoptif est traité comme un enfant légitime [...] En Algérie, il arrivait souvent qu'un homme, à la mort de son frère, épouse sa belle-sœur et adopte ses neveux, lesquels avaient les mêmes droits que s'ils étaient ses propres enfants. Ces mariages avec adoption étaient, au temps de la présence française, extrêmement fréquents, parce qu'ils permettaient à la famille du défunt d'exercer un contrôle direct et permanent sur la fortune du frère décédé, et d'empêcher qu'elle ne passe à la famille de la femme » — qui, rappelons-le, pouvait être chrétienne ou juive.

¹⁴⁷³ Code algérien de la famille, art. 118 : le *kafil* « doit être musulman, sensé, intègre, à même d'entretenir le *makful* et capable de le protéger », cité par N. AÏT-ZAÏ, « Algérie : la filiation dans le mariage et hors mariage. La kafala », in *L'enfant en droit musulman*, Société de législation comparée, 2008, p. 317, spéc. p. 320.

¹⁴⁷⁴ L. n° 15-21 du 13 juin 2002, art. 19 : l'enfant peut être recueilli en *kafala* par les personnes suivantes :

« 1. La femme musulmane ou les époux musulmans qui :

- ont atteint l'âge de la majorité légale,
- sont moralement et socialement aptes à assurer la *kafala*,
- disposent de moyens matériels suffisants pour subvenir aux besoins de l'enfant,
- n'ont pas fait l'objet, conjointement ou séparément, d'une condamnation pour infraction portant atteinte à la morale ou commise à l'encontre des enfants,
- ne sont pas atteints de maladies contagieuses ou les rendant incapables d'assumer leur responsabilité, et
- ne sont pas opposés à l'enfant dont ils demandent la *kafala* ou à ses parents par un contentieux soumis à la justice ou par un différend familial comportant des craintes pour l'intérêt de l'enfant.

2. Les établissements publics chargés de la protection de l'enfance.

3. Les organismes, organisations et associations à caractère social reconnus d'utilité publique et disposant des moyens matériels, des ressources et des compétences humaines aptes à assurer la protection des enfants, à leur donner une bonne éducation et à les élever conformément à l'islam. »

¹⁴⁷⁵ K. MEZIOU, note sous Trib. cant. Tunis, 26 déc. 1974, *JDI* 1979. 650. Le tribunal, dont le jugement est partiellement reproduit dans ce journal, expose ainsi les motifs qui l'ont convaincu de prononcer l'adoption d'un enfant mineur

tunisien arrive donc à ce résultat paradoxal : bien qu'il autorise une institution qui a été explicitement condamnée par le *fiqh*¹⁴⁷⁶, il lui applique la condition d'appartenance religieuse, afin de préserver, comme le fait la *kafala*, la consistance de la communauté religieuse.

Une règle analogue existe encore en matière d'éducation de l'enfant musulman.

IV. La *hadhana* ou tutelle d'éducation de l'enfant musulman

411. La règle¹⁴⁷⁷. Les devoirs envers l'enfant consistent en « l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et morale. »¹⁴⁷⁸. D'après un mot attribué au Prophète, l'autorité parentale se scinde en plusieurs périodes de sept ans : les sept premières années, l'enfant doit être cajolé ; à ses sept ans, il acquiert un discernement suffisant pour que le père commence son éducation, notamment religieuse¹⁴⁷⁹, jusqu'à sa puberté, réputée acquise après quatorze ans¹⁴⁸⁰. Les différents rites aménagent ces périodes en attribuant la prépondérance, dans la vie de l'enfant, successivement à la mère puis au père : à la mère la *hadhana*, c'est-à-dire les soins maternels, l'allaitement¹⁴⁸¹ ; au père la *wilayâ*, c'est-

tunisien : « Vu le résultat de l'enquête effectuée en notre cabinet, en présence de tous les intéressés, enquête au cours de laquelle les deux demandeurs ont réitéré leur requête après production, de leur part, de deux certificats attestant leur conversion à la religion musulmane, délivrés par l'Institut Islamique de Paris [...] » La solution a été confirmée par le Trib. 1^{ère} inst. Tunis, 26 juin 2000 : « l'adoption ne peut être prononcée dans la mesure où rien dans le dossier ne permet de constater que le demandeur s'est converti à l'islam », cité par S. BEN ACHOUR, « L'adoption en droit tunisien : à propos de la condition d'islamité », in *L'enfant en droit musulman* (dir. L. KHAÏAT et C. MARCHAL), Société de législation comparée, 2008, p. 333, spéc. p. 335.

¹⁴⁷⁶ L'adoption, couramment pratiquée à l'époque préislamique (en ce sens, L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1987, n° 517 et s., spéc. p. 415) fut explicitement interdite par le Coran — pour des raisons assez triviales, puisqu'il s'agissait de permettre à Mahomet d'épouser une femme qui, si l'adoption avait été maintenue, lui était interdite en raison de ses liens de parenté avec elle. La sourate « Les coalisés » réforme donc le droit préexistant et pose que « Allah [...] n'a point fait de vos enfants adoptifs vos propres enfants ».

¹⁴⁷⁷ Pour un exposé de la règle dans le *fiqh*, v. R. GLEAVE, « Filiation/nasab and Family Values in Pre-modern Shi'i Law », in *Filiation and Protection of Parentless Children* (dir. N. YASSARI, L.-M. MÖLLER, M.-C. NAJM), La Haye/ Berlin, T. M. C. Asser/ Springer, 2019, p. 25 et s., spéc. p. 38 et s.

¹⁴⁷⁸ Code algérien de la famille de 1984, art. 62, cité par L.-A. BARRIERE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Éditions universitaires, 1993, p. 397.

¹⁴⁷⁹ Hadith rapporté par M. NOKKARI, « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la sunna », in *L'enfant en droit musulman* (dir. L. KHAÏAT et C. MARCHAL), Société de législation comparée, 2008, p. 33, spéc. p.41 : « Ordonnez à vos enfants de faire la prière lorsqu'ils atteignent la septième année ; contraignez-les lorsqu'ils atteignent l'âge de dix ans. »

¹⁴⁸⁰ M. NOKKARI, art. préc., p. 36 : « Une parole qu'on attribue au Prophète souligne que lors de ses sept premières années de la vie, les parents doivent câliner l'enfant ; pendant les sept années suivantes, ils doivent l'éduquer ; passé encore sept ans, ils doivent le prendre comme ami ; et ensuite, ils lui lâcheront la corde, pour dire qu'ils doivent lui donner son autonomie. »

¹⁴⁸¹ E. RUDE-ANTOINE, « Les systèmes de droit musulman et le statut de l'enfant », in *L'enfant en droit musulman* (dir. L. KHAÏAT et C. MARCHAL), Société de législation comparée, 2008, p. 45, spéc. p. 54. Comp. l'interprétation légèrement différente de la *hadhana* que donne J. MASSIP, *D.* 1987. 467, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1987 : « Ce droit, reconnu à la femme-mère, est une contrepartie de l'infériorité générale du statut de l'épouse en droit musulman ; l'épouse peut être répudiée, mais on ne peut, par la répudiation, la priver de ses enfants [...] Le droit musulman — comme nos droits occidentaux d'hier et nos mœurs passées, qui subsistent d'ailleurs largement — est fondé sur une répartition des rôles dans le ménage : à la femme les soins de la maison et des enfants qui s'y trouvent. » Cette interprétation, certainement juste parce qu'elle souligne l'équilibre trouvé en droit musulman entre les droits et devoirs de chaque époux, néglige

à-dire la tutelle, le devoir d'éduquer, d'entretenir, de scolariser l'enfant et de lui donner son instruction religieuse¹⁴⁸². Bien que cette répartition fonctionnelle de l'autorité parentale entre la mère et le père ait été jugée « peu satisfaisante car la *badana* a manifestement été conçue comme un moyen donné à la mère de protéger son jeune enfant »¹⁴⁸³, les différents rites ont tous opté pour ce schéma, avec des variantes. Dans le rite malékite, les soins maternels devaient durer jusqu'à la puberté des garçons et jusqu'au mariage des filles ; dans le rite ibadite, ils cessent vers l'âge de cinq ans pour le garçon, « lorsqu'il est capable de se laver et de s'habiller »¹⁴⁸⁴, et pour la fille, au moment de son mariage ; dans le rite hanéfite, le rôle de la mère s'exerce jusqu'à ce que le garçon atteigne sept ans, et la fille neuf ans¹⁴⁸⁵. C'est donc principalement lorsque les parents se séparent que les règles de la *badhana* révèlent pleinement leur particularité¹⁴⁸⁶ : classiquement, la mère ne peut exercer la *badhana* que si elle reste à une distance raisonnable du père, seul tuteur de l'enfant¹⁴⁸⁷.

412. La ratio legis. Ces règles d'attribution de l'autorité parentale paraissent à première vue moins directement liées à des impératifs religieux que les trois empêchements confessionnels précédemment étudiés — l'empêchement à mariage, l'empêchement à succession, l'empêchement à adopter ou à recueillir un enfant en *kafala*. Pourtant à bien y regarder, et quoique la *badhana* du droit musulman classique paraisse se justifier par le droit naturel de la mère de couvrir ses enfants en bas âge, le moment où le droit de la mère prend fin coïncide avec un impératif religieux, qui est d'instruire l'enfant capable de discernement des devoirs de l'islam. Et cette instruction, seul le père peut la donner, car, dans la famille musulmane, lui seul est obligatoirement musulman¹⁴⁸⁸.

cependant le changement d'attribution de la garde de l'enfant lorsqu'il atteint l'âge de raison : seule l'éducation religieuse peut justifier ce changement d'attribution.

¹⁴⁸² E. RUDE-ANTOINE, art. préc., spéc. p. 51.

¹⁴⁸³ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1987, n° 532, p. 424.

¹⁴⁸⁴ L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, n° 322, p. 394

¹⁴⁸⁵ Pour un exposé des règles de la tutelle d'éducation selon les rites, v. L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, n° 322, p. 392-394.

¹⁴⁸⁶ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *op. cit.*, n° 532, p. 424, rappellent que « la loi musulmane admet que la femme, en se mariant, peut stipuler qu'elle n'habitera pas avec son mari et qu'elle continuera de résider avec ses parents ». Et pour ces auteurs, l'attribution de la garde successivement à la mère puis au père suivant des périodes de sept années est une solution « peu satisfaisante car la *badana* a manifestement été conçue comme un moyen donné à la mère de protéger son jeune enfant. Un partage avec le père ne peut que porter atteinte à l'esprit de l'institution. Les codes contemporains ont cependant, sans exception, confirmé ce partage ».

¹⁴⁸⁷ En ce sens, L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, n° 322, p. 392-394 : « Ainsi elle ne pouvait plus exercer cette fonction lorsqu'elle se remariait ou lorsqu'elle s'éloignait trop de la résidence du père. »

¹⁴⁸⁸ En ce sens, J. MOUSSA, « Egypt », in *Parental Care and the Best Interest of the Child in Muslim Countries* (dir. N. YASSARI, L.-M. MÖLLER, I. GALLALA-ARNDT), La Haye/ Berlin, T. M. C. Asser/ Springer, 2017, p. 1, spéc. p. 13 : « According to Article 381 of Qadri Pasha's compilation, the mother's "presumptive custody" applies equally to non-Muslim (*dhimmi*) women as it does to Muslim women. However, this priority ends when the child reaches the age of "religious majority", which is the age at which the child becomes aware of religion and, subsequently, there could be fears that the child's faith may be affected if they become accustomed to a religion other than Islam. This principle was applied by Egypt's courts until 2009, thereby shortening the period of custody for non-Muslim mothers [...] Unlike female custodians, the male custodian of a Muslim child must himself be Muslim. »

Sans doute, les réformes que la *badhana* a subies dans certains pays, comme le Maroc et l'Égypte, seraient de nature à modifier la raison d'être de cette institution du droit musulman. Désormais, à la différence de ce que prévoit le *fiqh*, la *badhana* n'exige plus nécessairement le partage entre les père et mère en fonction de l'âge de l'enfant. Pour autant, les règles d'attribution de l'autorité parentale se sont-elles détachées de l'impératif religieux ? L'examen des dispositions relatives à la *badhana* dans les législations modernes apporte une réponse nuancée.

413. L'existence de la règle dans les législations modernes¹⁴⁸⁹. Si, au cours du XX^{ème} siècle, « les codes contemporains [avaient] sans exception, confirmé ce partage »¹⁴⁹⁰ dans la vie de l'enfant, les dernières évolutions du droit de la famille de certains pays obligent à nuancer le propos. Prenons l'exemple du Code de la famille marocain : il ne distingue plus selon l'âge de l'enfant, et pose que l'enfant doit être confié prioritairement à sa mère¹⁴⁹¹. Toutefois, le même code fait de l'éducation religieuse un critère d'attribution de la garde¹⁴⁹² ; aussi bien, l'attribution de la garde à une mère non-musulmane serait-elle incertaine¹⁴⁹³. La Cour de cassation égyptienne a statué dans un sens analogue dans une décision de 2009, par laquelle elle devait se prononcer sur la garde de l'enfant âgé de 11 ans, dont le père, originellement copte, s'était converti à l'islam¹⁴⁹⁴. Le changement consécutif de la religion de l'enfant n'est pas contesté ; en revanche, ce qui était discuté était l'attribution automatique de la garde au père devenu musulman, en vertu de l'application immédiate des règles de la *badhana*. La Haute juridiction, cassant l'arrêt de la cour d'appel

¹⁴⁸⁹ V. N. YASSARI, L.-M. MÖLLER, I. GALLALA-ARNDT (dir.), *Parental Care and the Best Interest of the Child in Muslim Countries*, La Haye/ Berlin, T. M. C. Asser/ Springer, 2017.

¹⁴⁹⁰ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *op. cit.*, n° 533, p. 424, citent : le Code de statut personnel tunisien, la *Moudawwana* marocaine, art. 99 ; le Code de la famille algérien, art. 163. Également, *op. cit.*, n° 537, p. 429 : la loi égyptienne du 10 mars 1929 (art. 20), la loi jordanienne sur la famille de 1951 (art. 23), le Code de statut personnel syrien de 1976 (art. 147), le Code de statut personnel irakien de 1959 (art. 57). Mentionnons toutefois une décision marocaine, émanant d'un tribunal de 1^{ère} instance, qui accorde l'*exequatur* à une décision belge ayant confié la garde des deux enfants marocains à la mère française non-musulmane : Trib. 1^{ère} inst. Berkane, 15 sept. 1992, citée par K. ZAHER, *Conflits de civilisations en droit international privé* (préf. P. HEUZE), Paris, L'Harmattan, 2004, n° 580, p. 379.

¹⁴⁹¹ C. fam. marocain, art. 171 : « La garde est confiée en premier lieu à la mère, puis au père, et puis à la grand-mère maternelle de l'enfant. À défaut le tribunal décide en fonction des présomptions dont il dispose, à l'effet de protéger l'enfant, d'attribuer la garde à l'un des proches parents les plus aptes à l'assumer, tout en assurant à l'enfant gardé un logement approprié, au même titre que l'obligation de pension alimentaire. »

¹⁴⁹² C. fam. marocain, art. 173, 3° : « Les conditions d'attribution de la garde sont : [...] la capacité d'élever l'enfant gardé, assurer sa sauvegarde et sa protection sur les plans religieux, physique et moral et veiller sur sa scolarité. »

¹⁴⁹³ En ce sens, *JCI Droit comparé*, fasc. 20 « Maroc. Statut personnel : droit commun. Capacité, mariage, filiation », par F. SAREHANE, 2013, § 303 : « La communauté de religion n'est pas clairement exigée par le code. Mais, comment une personne non musulmane peut-elle remplir la condition exigée par l'article 173-3° ci-dessus ? À mon sens, c'est au niveau du comportement de la personne gardienne que le respect de cette condition doit être contrôlé. La personne non musulmane peut donc avoir la garde de l'enfant à condition toutefois qu'elle ne profite pas de son ascendant sur l'enfant pour l'élever dans une autre religion que celle de son père. »

¹⁴⁹⁴ Cour de cassation égyptienne, 15 juin 2009, n° 5277, cité par J. MOUSSA, « Egypt », in *Parental Care and the Best Interest of the Child in Muslim Countries* (dir. N. YASSARI, L.-M. MÖLLER, I. GALLALA-ARNDT), La Haye/ Berlin, T. M. C. Asser/ Springer, 2017, p. 1, spéc. p. 19.

d’Alexandrie qui avait attribué la garde au père, raisonne de la façon suivante. Rappelant, d’abord, le partage des règles de la *badhana*, la Cour de cassation égyptienne en donne une interprétation inédite. Selon elle, ces dispositions font obligation à la mère d’avoir la garde de son enfant jusqu’à ses sept ans, mais elles ne lui interdisent pas de l’exercer au-delà. En particulier, l’impératif religieux sous-tendu par les règles de la *badhana* ne devient obligatoire qu’à partir des quinze ans de l’enfant, âge auquel celui-ci devient *mukallaf*, c’est-à-dire « responsable du point de vue religieux »¹⁴⁹⁵. La seule obligation de la mère, pendant cette enfance relativement longue, consiste à s’abstenir de compromettre l’appartenance de l’enfant à l’islam¹⁴⁹⁶.

À l’inverse, et de façon étonnante, le Code de statut personnel tunisien, si souvent éloigné du *fiqh*, contient deux articles dont l’inspiration ne laisse aucun doute : les articles 59¹⁴⁹⁷ et 61¹⁴⁹⁸ assurent la réalisation de l’objectif religieux de la *badhana* et en transposent littéralement les modalités¹⁴⁹⁹. D’ailleurs, les tribunaux tunisiens ont pendant longtemps refusé l’*exequatur* aux décisions étrangères, notamment françaises, qui ne respectaient pas cette conception de l’autorité parentale, au motif que, se fondant pour attribuer la garde sur des critères qui négligeaient l’arrière-plan religieux des règles tunisiennes, elles contrariaient l’ordre public confessionnel¹⁵⁰⁰. Toutefois,

¹⁴⁹⁵ J. MOUSSA, art. préc., p. 19.

¹⁴⁹⁶ Art. préc., p. 19 : « Hanafi doctrine recognises the priority of a non-Muslim (*kitabi*) woman in exercising custody over her Muslim children as long as she does not perpetrate any acts that jeopardise their religious belonging, such as feeding them pork or wine. »

¹⁴⁹⁷ Code de statut personnel tunisien, art. 59 : « La titulaire du droit de garde d’une confession autre que celle du père de l’enfant ne pourra exercer ce droit qu’autant que l’enfant n’aura pas cinq ans révolus et qu’il n’y aura sujet de craindre qu’il ne soit élevé dans une autre religion que celle de son père. »

¹⁴⁹⁸ Code de statut personnel tunisien, art. 61 : « Si celui qui a la garde des enfants change de résidence et s’installe à une distance qui empêche le tuteur d’accomplir ses devoirs envers son pupille, il est déchu de son droit. »

¹⁴⁹⁹ Comp. S. BEN ACHOUR, « Les problèmes liés à la garde d’un enfant issu d’un couple mixte franco-tunisien », in *L’enfant en droit musulman* (dir. L. KHAÏAT et C. MARCHAL), Société de législation comparée, 2008, p. 359, spéc. p. 361-362 : pour l’auteur, ces articles sont « directement tirés du droit musulman ».

¹⁵⁰⁰ S. BEN ACHOUR, art. préc., p. 363-365 : « un nombre important de décisions rendues par les juridictions du fond ont pu refuser l’*exequatur* en opposant au jugement étranger un ordre public confessionnel. La Cour de cassation a, à plusieurs reprises, donné son aval à ces décisions. » L’auteur cite, à titre d’exemple, une décision du 3 juin 1982 dans laquelle la Cour de cassation tunisienne s’était exprimée dans des termes remarquablement clairs, et qui n’ont pu qu’influencer, en retour, la Cour de cassation française, sur les raisons d’être des règles de la tutelle d’éducation de l’enfant musulman : « L’appréciation de la conformité du jugement étranger dont l’*exequatur* est demandée à l’ordre public [...] se fait sur la base de son absence de contrariété aux attributs du pays dont les plus importants, pour la Tunisie, sont l’Islam et l’authenticité arabe. [...] Le déracinement de l’enfant du milieu dans lequel il a grandi et dont il parle et écrit la langue, de ses habitudes et ses traditions, de même que son attachement de son milieu social arabe et musulman sont de nature à faire de lui un exilé permanent coupé de sa religion et donc un apostat. Un tel jugement viole [...] l’ordre public du pays et s’oppose à sa Constitution. » V. également Cour de cassation tunisienne, 4 janv. 1999, cité par R. BOUKHARI, « La protection de l’enfant en droit international privé tunisien : l’exemple de la garde (ou *badhana*) », 23.1 (2010) *Revue québécoise de droit international*, p. 91, spéc. p. 107 : « Viole l’ordre public international tunisien, le jugement belge qui attribue la garde à la mère étrangère alors que l’enfant est de nationalité tunisienne et de confession musulmane du fait qu’il descend d’un père tunisien, musulman. »

aujourd'hui, les tribunaux tunisiens ne semblent plus faire systématiquement obstacle aux décisions étrangères attribuant la garde d'un enfant musulman en fonction de critères étrangers à l'islam¹⁵⁰¹.

414. En résumé. Les institutions présentées correspondent toutes à des mécanismes de gestion de la diversité religieuse. En effet, le mariage mixte n'est pas interdit, sauf dans le cas où la branche musulmane risque de s'éteindre ; les familles mixtes ne sont pas interdites, mais les richesses musulmanes sont préservées des successions croisées ; le recueil d'un enfant musulman abandonné est autorisé, pourvu que ses tuteurs soient musulmans ; la mère *kitabiyā* peut s'occuper de son enfant, à condition qu'elle n'oppose aucune résistance à l'éducation musulmane que lui donnera son père. D'un certain point de vue, ces règles permettent les relations familiales mixtes, tout en servant un objectif de politique religieuse : il s'agit d'assurer la subsistance de la communauté des croyants, ce que confirmera leur analyse.

§ 2 Analyse

415. Diviser la catégorie des lois religieuses de statut personnel. D'une manière générale, la doctrine n'a que rarement divisé la catégorie des lois religieuses de statut personnel. Deux auteurs, toutefois, se sont intéressés à la finalité des lois qui, religieuses par leur source, ne l'étaient pas forcément dans leur finalité : certaines d'entre elles seraient sociologiques, tandis que d'autres militent pour l'établissement d'un ordre public confessionnel, par quoi elles reconstituent, en terre étrangère, une communauté religieuse intensément cohésive.

416. Les travaux de Déprez. Le premier auteur, Jean Déprez, s'interrogeait sur la réception des institutions du droit musulman dans l'ordre juridique français, et constatait que dans la Cité islamique, le statut familial a toujours été régi par les communautés religieuses, ce qui peut sembler leur donner un caractère religieux. Pour autant, ajoute-t-il, « les règles contenues dans ces statuts ne sont pas toutes religieuses, au plein sens du terme. »¹⁵⁰². En effet, « en tant qu'il gouverne

¹⁵⁰¹ Par ex., CA Tunis, 29 nov. 2000, cité S. BEN ACHOUR, art. préc., p. 359, spéc. p. 367 : la cour semble avoir ouvert la voie à une autre appréciation de l'intérêt de l'enfant, acceptant de donner l'exequatur à une décision belge donnant la garde de l'enfant à la mère danoise et vivant en Belgique, sans faire intervenir l'ordre public confessionnel, alors que le père, Tunisien de confession musulmane avait fait valoir que « la garde doit être accordée dans l'intérêt de l'enfant. Or il est dans l'intérêt de l'enfant, qui est tunisienne et musulmane, qui vit en Tunisie et qui a connu les spécificités familiales et nationales de son pays, de rester en Tunisie ». La solution fut confirmée par la Cour de cassation tunisienne, 2 mars 2001. De même, suite à l'arrêt précité du 4 janv. 1999 (cf. *supra*, n° 413), qui a fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, les juges de la Haute juridiction tunisienne ont finalement accordé l'exequatur à la décision belge qui confiait la garde de l'enfant à la mère, par un arrêt du 2 mars 2001 : en ce sens, v. R. BOUKHARI, art. préc., spéc. p. 109.

¹⁵⁰² J. DEPRez, « Les évolutions actuelles du droit international privé français dans le domaine du droit familial en relation avec les convictions religieuses », *Rev. dr. canonique* 1995. 7, spéc. p.25.

la cité des hommes, le droit musulman a toujours eu aussi un visage profane, parce qu'il apporte des réponses aux problèmes sociaux, moraux, etc. de la société terrestre. »¹⁵⁰³. Les exemples qu'il cite de ces lois d'origine religieuse à visage profane sont les règles gouvernant le mariage, le divorce, la filiation, qui, dit-il, « ne sont pas à proprement parler religieuses »¹⁵⁰⁴ : elles se contentent de refléter « une certaine conception de l'homme, des rapports entre les sexes, de l'organisation familiale. »¹⁵⁰⁵. En revanche, d'autres règles sont d'une nature radicalement différente : « seuls présentent un caractère véritablement religieux les empêchements à mariage pour cause de disparité de religion et certaines dispositions relatives à l'autorité parentale, la garde et l'éducation des enfants. »¹⁵⁰⁶. On aura reconnu les institutions du droit musulman précédemment exposées¹⁵⁰⁷.

Dans les règles religieuses de statut personnel, il y aurait donc d'un côté, celles qui organisent la famille suivant un modèle patriarcal, et de l'autre, celles qui militent pour l'établissement ou le maintien d'un ordre public confessionnel. Les premières sont dictées par le contexte sociologique de la société religieuse primitive qui les a édictées. En effet, comme le souligne M. Mohammed Charfi, « la prédominance du mari [...] sur la femme et du père sur les enfants, [était] admise par l'Islam comme par toutes les civilisations anciennes. »¹⁵⁰⁸. Aussi, les inégalités de droit qui en découlent s'expliquent par des considérations vraiment sociologiques : elles visent à assurer la cohérence d'une société patriarcale. Les considérations d'ordre confessionnel en sont totalement absentes. En revanche, les secondes lois religieuses de statut personnel appartiennent à un autre genre, si elles font en sorte d'augmenter le nombre de croyants ou bien cherchent à préserver la pureté de la communauté. Leur raison d'être n'est pas dans la préservation des structures sociales patriarcales. On pourrait dire qu'elles traduisent, dans les relations privées interconfessionnelles, la mission prophétique d'une religion déterminée, en tâchant d'assurer le triomphe d'une foi sur les autres.

Cette caractéristique fait d'ailleurs que les lois de la seconde catégorie sont partagées par les trois monothéismes, ce que tend à démontrer M. Georges Corm.

¹⁵⁰³ *Ibid.*

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*

¹⁵⁰⁷ Cf. *supra*, n° 401.

¹⁵⁰⁸ M. CHARFI, « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », *RCADI* 1988-IV, t. 211, p. 411.

417. Les travaux de M. Georges Corm. Dans sa thèse¹⁵⁰⁹, M. Georges Corm prend le parti de s'intéresser seulement à l'existence et à l'effet des lois religieuses réglant les rapports interconfessionnels, dans le judaïsme, le christianisme et l'islam, en les comparant aux règles interconfessionnelles qui existaient dans la cité antique polythéiste. Bien qu'il ne distingue pas, comme nous le faisons, entre les lois religieuses sociologiques et les lois religieuses militantes, on s'aperçoit vite que les lois réglant les rapports interconfessionnels, lorsqu'elles émanent d'un des trois monothéismes, ont toutes pour but d'assurer le maintien d'une politique religieuse, ce qui revient à les classer dans la seconde catégorie. Cette caractéristique partagée l'amène à affirmer qu'il s'agit d'un mécanisme propre au monothéisme prophétique¹⁵¹⁰. Tous les monothéismes prophétiques, dit-il, partageraient dans une certaine mesure la caractéristique d'édicter des règles de politique religieuse qui, parce qu'elles sont discriminatoires, incitent plus à l'exclusion mutuelle qu'à l'organisation d'une coexistence paisible. Selon lui, c'est le catholicisme qui s'est le plus illustré dans l'édiction de mesures extrêmes, puisqu'il n'a pas refusé de « mutiler le droit public [..., d'] y introduire les mesures les plus nuisibles au calme et à la paix sociale, les plus contraires d'ailleurs au besoin d'unité de la société chrétienne », préférant même « briser son unité plutôt que de sacrifier le dogme et la théologie. »¹⁵¹¹. Raisonnant sur le corpus juridique de l'antique cité chrétienne, l'auteur observe deux types de règles interconfessionnelles visant à assurer le maintien d'un ordre public religieux. Il y aurait les mesures destinées à « empêcher le développement des confessions non-catholiques », et celles qui visent à « faciliter le triomphe de la mission chrétienne »¹⁵¹². Assurément, si l'on se réfère au catalogue qu'il dresse de ces mesures¹⁵¹³, elles étaient plus

¹⁵⁰⁹ G. CORM, *Contribution à l'étude des sociétés multiconfessionnelles. Effets socio-juridiques et politiques du pluralisme religieux* (préf. E. RABBATH), Paris, LGDJ, 1971.

¹⁵¹⁰ *Op. cit.*, p. 245 : « En réalité ce modèle est le produit direct du monothéisme prophétique : nous l'avons vu opérer très clairement sous une forme différente, dès l'Antiquité avec les communautés judaïques ; à l'inverse de la version chrétienne ou musulmane, le modèle était alors développée non par la majorité païenne pour contenir le groupe du monothéisme juif, mais par la minorité monothéiste pour s'isoler et empêcher son assimilation ». Dans la cité chrétienne, donc, le modèle diffère un peu, mais il « n'est qu'une variante d'un modèle plus général produit par le monothéisme prophétique exclusif, intransigeant et agressif » (*ibid.*, p. 246). En définitive, « ce modèle tend soit à l'assimilation plus ou moins forcée des éléments ne reconnaissant pas la foi officielle, soit à leur rejet hors des frontières politiques de la société » (*ibid.*, p. 254).

¹⁵¹¹ Ce qui arrivera, ajoute l'auteur, « lorsque le triomphe de la Réforme amènera par le traité de Westphalie en 1648 la confirmation du principe *cujus regio ejus religio* après sa première mise en application par la diète d'Augsbourg » (*op. cit.*, p. 123-124).

¹⁵¹² G. CORM, *op. cit.*, p. 110 : Aux dires de l'auteur, toutes ces mesures « sont directement commandés par les caractéristiques du christianisme [...] et] convergent vers le but essentiel : assurer le triomphe de la religion majoritaire ».

¹⁵¹³ Au titre des mesures visant à empêcher le développement des confession minoritaires non catholiques, l'auteur dénombre : les « mesures visant à soustraire les esclaves de leurs maîtres juifs » (*ibid.*, p. 116), les « mesures visant à écarter les juifs de la fonction publique ou des armées » (*ibid.*, p. 117), « l'interdiction de se faire soigner par des médecins juifs ou d'employer des sages-femmes juives », « l'interdiction de manger à la même table », l'« interdiction aux juifs d'élever des enfants chrétiens », l'interdiction de mariage et de concubinage ou même de rapports adultérins : les enfants issus de mariages mixtes doivent être élevés dans des couvents. Pour le mariage, d'ailleurs la prise en charge de l'état civil par l'Église rendra impossible les mariages mixtes ». L'auteur compare le sort des protestants à des « morts civils, inadmissibles à tous les emplois, privés d'état civil, ils ne pouvaient avoir de descendance légitime » (*ibid.*, p. 118-

abondantes et plus sévères que les institutions musulmanes de la même inspiration¹⁵¹⁴, — si bien que les règles musulmanes, bien qu'elles édictent des « mesures d'isolement socio-politique des groupes minoritaires »¹⁵¹⁵, constitueraient tout de même un progrès, à l'époque, de tolérance interconfessionnelle¹⁵¹⁶. Il n'en demeure pas moins que l'on est frappé de constater « la similarité des mesures édictées par la cité chrétienne et la cité islamique en matière de relations interconfessionnelles »¹⁵¹⁷ : la cité musulmane a repris presque sans les changer, les mesures édictées à Byzance contre les juifs, pour les destiner également aux chrétiens. C'est, ajoute-t-il, « parce qu'elles répondaient à des préoccupations d'ordre théologique communes »¹⁵¹⁸ : prophétiser¹⁵¹⁹.

119). Enfin, les « recommandation aux juifs d'habiter dans des quartiers séparés ». Le premier ghetto d'Europe, créé en 1084 par Zudiger, évêque de Spire, devait, à l'origine, inviter « les juifs à venir habiter sa ville et leur donne un terrain séparé qu'il fait entourer d'un mur, pour éviter, dit-il que la populace insolente ne s'en prenne à eux » (*ibid.*). Pour Corm, « le mur qui les protège, demain les enfermera [...] Cette évolution semble commandée d'ailleurs non seulement par le souci de sécurité des juifs, mais aussi par le désir de réduire au minimum les contacts entre la population chrétienne et juive, de façon à éviter tout risque de prosélytisme » (*ibid.*). D'ailleurs, au titre de l'interdiction du prosélytisme, la cité chrétienne avait édicté (ou maintenu) les peines contre les conversions au judaïsme ou à une secte hérétique, « venant de la confiscation des biens à la mort en cas de conversion » (*ibid.*). Enfin, il mentionne « l'interdiction de construire de nouvelles synagogues [...] prescription déjà dans le Code théodosien », déclinée au sujet des lieux de culte hérétiques et des temples, « prescrivant [leur] destruction [...] et leur transformation en églises » (*ibid.*). L'Édit de Fontainebleau, rappelle-t-il, « prévoyait la destruction de tous les temples, sauf en Alsace, l'interdiction de toute assemblée et l'exil dans les quinze jours des pasteurs non convertis ». Au titre des mesures visant à assurer le triomphe de la foi catholique, l'auteur mentionne : les mesures vexatoire à l'endroit des non catholiques durant les fêtes religieuses », les « restrictions concernant le culte des non-catholiques », les « peines très sévères contre les convertis qui retourneraient à leur ancienne foi », les « avantages financiers destinés à pousser les non-catholiques à se convertir », les « interdictions aux parents de déshériter les enfants chrétiens », l'édition d'empêchements à mariage pour disparité de culte, étendus aux non catholiques, des « baptêmes ou conversions forcés », le choix laissé étant la mort ou le bannissement (*ibid.*, p. 120-121).

¹⁵¹⁴ Plus abondantes, et plus sévères : du mot de l'auteur, « malgré la complexité de l'héritage coranique, les limites fixées par le Prophète au pluralisme et à la tolérance sont assez claires. Passée la période mecquoise où le prophétisme islamique cherche son chemin et tourne les yeux vers le christianisme et le judaïsme, les mécanismes du monothéisme produisent tous leurs effets » (*ibid.*, p. 156). Et ces effets, c'est l'exclusion des idolâtres ou associateurs, puis, dans une mesure moindre, les gens du livre, qui « après de vains essais de conciliation dogmatique, sont rejetés dans la catégorie des infidèles sur le plan religieux » mais, ajoute-t-il, « leur permanence est admise au sein de la communauté, en hommage du Prophète aux révélations divines antérieures » (*ibid.*). Aussi bien, « en fixant ce point de doctrine, Mohammad aura évité aux hommes de religion musulmane les errements de beaucoup de théologiens catholiques qui eux, ont prêché l'extermination des infidèles, sans distinction » (*ibid.*, p. 157).

¹⁵¹⁵ G. CORM, *op. cit.*, p. 177.

¹⁵¹⁶ En ce sens, v. par ex., *op. cit.*, p. 218 : « Après chaque brassage démographique (arabe, mongol, tartare, turc, etc.), la tolérance sociopolitique que témoigne en règle générale la cité islamique permet à tous les éléments de la cité de coexister. Une symbiose plus ou moins harmonieuse s'établit. Mais le régime communautaire, joint au caractère sacré de la loi musulmane, empêche l'assimilation ou plus exactement la fusion entre Musulmans et non-Musulmans. »

¹⁵¹⁷ G. CORM, *op. cit.*, p. 244.

¹⁵¹⁸ G. CORM, *op. cit.*, p. 244. *Contra*, Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », in RCADI, Leiden/ Boston, Brill/ Nijhof, 2017, t. 387, p. 311 et s., pour qui il existe une différence nette entre les règles d'origine chrétienne, et celles d'origine musulmane. Notons que c'est là un avis tout à fait majoritaire.

¹⁵¹⁹ Comp. au sujet du droit de conquête attaché au devoir de prophétiser, William H. PRESCOTT, *Histoire de la conquête du Mexique*, 1^{ère} éd. 1843, Paris, Pygmalion Gérard Watelet, 1991, t. I, p. 250-251 : « D'après ce code [les règles canoniques], le territoire des païens, en quelque partie du monde qu'il se trouvât, était considéré comme une sorte d'épave religieuse, dont le Saint-Siège prenait possession, à défaut de propriétaire légal, et que le chef de l'Église donnait, de sa pleine puissance, au premier potentat temporel qui voulait se charger d'en faire la conquête. C'est ainsi qu'Alexandre VI octroya généreusement une grande partie de l'hémisphère occidental aux Espagnols, et de

418. Appel à la réaction du juge. De telles règles, dont la *ratio legis* est de maintenir la cohésion d'une communauté religieuse en faisant obstacle à l'hétérogénéité religieuse, pourraient reconstruire cette communauté dans le for étranger. Aussi, Déprez a-t-il appelé le juge français à réagir fermement contre de telles lois. Cette réaction est, selon lui, la seule souhaitable, car « toute autre solution ferait sortir l'ordre laïque de son rôle en le mettant au service de l'observation en France de prescriptions de nature confessionnelle »¹⁵²⁰, ce qui reviendrait à « faire de l'ordre juridique français le garant, le gardien de l'observance religieuse »¹⁵²¹, à « mettre la puissance qu'il détient au service de la puissance étrangère. »¹⁵²².

l'hémisphère oriental aux Portugais. Ces superbes prétentions des successeurs de l'humble pêcheur de Galilée n'étaient pas seulement nominales : elles étaient reconnues, et considérées comme autorité souveraine dans les contestations qui s'élevaient entre les nations. (La fameuse bulle de partage servit de base au traité de Tordesillas, par lequel les gouvernements castillan et portugais tracèrent la ligne de démarcation entre leurs découvertes respectives, ligne qui assura aux Portugais le vaste empire du Brésil, qui aurait dû, par priorité d'occupation, appartenir à leurs rivaux). Le droit de conquête ainsi conféré entraînait l'obligation, sur laquelle il était en quelque sorte fondé, de sauver de la perte éternelle les peuples plongés dans les ténèbres. [...] Le sentiment de ce devoir pouvait être dénaturé par des motifs temporels ; il se confondait quelquefois avec des considérations prosaïques d'ambition et d'avarice, mais il ne s'éteignait jamais dans le cœur du conquérant chrétien. Nous avons vu combien il l'emportait dans l'esprit de Cortès, sur tous les calculs d'intérêt personnel. La concession du pape, fondée sur le devoir de convertir les fidèles, devoir qu'elle imposait d'ailleurs comme condition impérative, était donc la base présumée — et cette base était alors considérée comme réunissant toutes les garanties nécessaires — du droit de conquête. »

¹⁵²⁰ J. DEPRez, « Les évolutions actuelles du droit international privé français dans le domaine du droit familial en relation avec les convictions religieuses », *Rev. dr. canonique* 1995. 7, spéc. p. 17.

¹⁵²¹ *Ibid.*, et p. 18 : l'auteur a soin de préciser que « le recours à l'ordre public à propos des mariages confessionnels n'est pas fondé sur un a priori défavorable à toute règle religieuse, mais sur une philosophie des libertés qui impose, au nom même de la neutralité laïque, de traiter de façon égale la conviction religieuse et son contraire ».

¹⁵²² P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1971. 1, spéc. 237. Gothot évoque à ce propos les « lois politiques étrangères », catégorie dans laquelle, sans doute, les institutions du droit musulman classique visées ici pourraient être rangées.

Conclusion de la section 1

419. Règles contraires à la laïcité impérative. Quatre règles du droit musulman classique, à savoir les empêchements religieux à mariage, les empêchements religieux à succession, l'empêchement religieux à recueillir un enfant en *kafala* et les règles de répartition de la tutelle d'éducation ou *hadhana*, militent, par leur *ratio legis*, pour le ferme maintien de la cohésion de l'*Oumma*. Certainement, ces règles ne sont pas les seules à être inspirées de cet objectif. Certains auteurs ont d'ailleurs montré que, loin d'être le propre de l'islam, ces règles étaient caractéristiques des monothéismes prophétiques : le corpus juridique du judaïsme et de l'antique cité chrétienne comprennent ce genre de règles. Toutefois, le juge français a surtout été amené à connaître des règles religieuses musulmanes. Et face à la question de l'application de ces règles, Déprez a appelé le juge à s'y opposer. Le contraire l'eût amené à se mettre au service de la cohésion d'une communauté religieuse. Autrement dit, appliquer ces règles risquerait de reconstituer « un État dans l'État », ce qui, depuis la Révolution française, avait été refusé au protestantisme et au catholicisme, par l'édiction de mesures de laïcité impérative.

420. Fragilité du critère de distinction. On pourrait se demander pourquoi la distinction entre les règles religieuses sociologiques et les règles religieuses militantes, qui semble si naturelle, n'a, sauf dans les travaux de Déprez, jamais été vraiment articulée. En réalité, il existe de nombreuses objections à distinguer théoriquement entre les lois religieuses de statut personnel. Entre celles dont l'origine religieuse est accidentelle, en ce sens qu'elles auraient pu être différentes si la société religieuse qui les a primitivement édictées avait été autre, et celles qui cherchent à établir un ordre public confessionnel en se servant des structures sociales mises en place, il pourrait y avoir une différence moins de nature que de degré. Elles forment un ensemble où patriarcat et religion se renforcent mutuellement, pour mettre en place un pouvoir efficace, profitant à un groupe déterminé. Le facteur religieux pourrait être atténué, relativisé, pour ne laisser apparaître que le pouvoir au service duquel il se met. Voilà posé le problème du critère de distinction entre les lois religieuses sociologiques et les lois religieuses militantes, qui ne peut être surmonté qu'en cessant de scruter la règle religieuse en tant que telle, pour porter le regard sur l'ordre juridique de réception, et les effets qu'il redoute et cherche à éviter en faisant jouer l'exception d'ordre public international.

Section 2 : La neutralisation des lois religieuses reconstituant un « État dans l'État »

421. Traitement différencié des règles religieuses. Certaines règles du droit musulman, comme la polygamie, la répudiation ou les restrictions à l'établissement de la filiation, ont bénéficié, à certains égards, d'un accueil favorable dans l'ordre juridique français, alors que celles qui militent en faveur du maintien de l'ordre public confessionnel ont toujours été soigneusement, quoique discrètement, neutralisées par le juge français. Cette différence de traitement peut s'expliquer par la différence d'importance accordée aux valeurs du for auxquelles ces règles portent spécifiquement atteinte. Sans doute, les premières sont contraires à la conception française de l'égalité — l'égalité entre les hommes et les femmes, l'égalité des filiations — mais cette valeur est somme toute assez récente dans l'ordre juridique français¹⁵²³, ce qui a pu amener à la relativiser¹⁵²⁴. Au contraire, les secondes règles du droit musulman placent le juge français dans la position de prêter son concours à la reconstitution d'un « État dans l'État », ce qui constituerait une atteinte à la laïcité impérative. Toutefois, il convient de noter que le juge, tout en faisant constamment obstacle à ces lois, n'a que rarement fondé ses décisions sur l'impératif de préserver la laïcité du droit privé. Aussi, c'est par des détours qu'il est parvenu à les neutraliser (§ 1). L'office du juge pourrait toutefois être simplifié (§ 2).

§ 1 Traitement en jurisprudence

422. Réaction de l'ordre juridique laïc. Ces règles organisant les contacts entre l'islam et les autres communautés religieuses n'ont jamais été bien reçues par les juridictions françaises. Déjà, lors de la période coloniale, en Algérie, les tribunaux civils connaissant des situations familiales religieusement mixtes ont dû résoudre le problème de ces dispositions allant à l'encontre de la politique législative française. Rappelons que le législateur colonial avait cru pouvoir faire abandonner leur statut religieux aux indigènes, par les seules séductions du droit civil¹⁵²⁵. On sait à

¹⁵²³ Rappelons que jusqu'en 1965, la femme mariée était une incapable majeure, et qu'il fallut attendre 2000 et sa condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme pour que la France cesse de discriminer entre l'enfant légitime et l'enfant adultérin : v. Cour EDH, 1^{er} févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France*.

¹⁵²⁴ Et ce d'autant plus que « la résistance aux thèses relativistes est extrêmement difficile. Leur force de persuasion est en effet particulièrement puissante : juridiquement, [ces discours] sont au service de l'harmonie internationale des solutions. Politiquement, ils se réclament du pluralisme et de la diversité culturelle. Moralement, enfin, ils prêchent la tolérance et le respect d'autrui » : v. L. GANNAGE, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *Trav. com. fr. DIP 2006-2008*, Paris, Pedone, 2009, p. 205, spéc. p. 208. En effet, pour justifier l'accueil qui avait si longtemps été fait aux répudiations pratiquées à l'étranger, le président de la Cour de cassation Canivet avait déclaré qu'« invoquer à l'encontre de jugements venus d'ailleurs des valeurs perçues comme impératives suppose qu'elles aient une égale vocation à s'appliquer dans toutes les traditions juridiques. La légitimité d'une position aussi absolutiste est discutable. Elle revient à postuler l'universalité des droits de l'homme, à s'opposer au relativisme culturel, à refuser toute concession à la diversité » (*ibid.*, spéc. p. 206).

¹⁵²⁵ Cf. *supra*, n° 27.

quel point il a eu tort : un auteur a démontré que, faute de pouvoir rapprocher les musulmans du droit civil, il fallut rapprocher le droit civil local du droit musulman¹⁵²⁶. Les tribunaux civils ont donc dû résoudre des conflits de statuts : que faire de ces règles musulmanes dont la coloration politique ne se contentait pas de contrarier son objectif premier d'assimilation des indigènes, mais risquait de compromettre le statut civil de ceux qui y étaient soumis ? Les réponses apportées par les tribunaux civils d'Algérie française (I) ont, sur ces règles précises de droit musulman, conservé une certaine actualité en droit international privé : elles ne reçoivent jamais application (II).

I. Le juge d'Algérie française

423. Le problème de l'indisponibilité de l'exception d'ordre public international.

Le juge qui avait à connaître, en Algérie française, des institutions du droit musulman était gêné par l'impossibilité de les déclarer contraires à l'ordre public. Le conflit qui se présentait devant le juge était en effet un conflit interne de lois ; les lois musulmanes dont il avait à connaître étaient censées émaner du législateur français, si ce n'est directement, au moins par délégation législative. Y faire échec en les déclarant contraires à l'ordre public eût été désavouer cette délégation. Bien qu'une doctrine l'eût incité à le faire¹⁵²⁷, le juge n'a jamais accepté de contrôler la conformité à l'ordre public¹⁵²⁸. Il fallut donc trouver des moyens pour limiter l'application du droit musulman *ratione personae*, particulièrement pour faire échec à ces institutions du droit musulman. Comme nous le verrons, ces efforts déployés pour éviter de se prononcer sur ces empêchements ne furent pas sans engendrer quelques impuretés méthodologiques. De nouveau, il faut remarquer la tradition de discrétion entourant le jeu de l'exception d'ordre public lorsqu'il préserve la laïcité¹⁵²⁹. En réalité, c'est un euphémisme de dire qu'en Algérie française, ces institutions du droit musulman n'ont pas reçu d'application. Le juge français n'a pas seulement cherché à y faire obstacle ; il est allé plus loin encore, faisant en sorte d'étendre le statut civil *ratione personae* à tous les membres d'une famille

¹⁵²⁶ C'est la démonstration de la thèse de L.-A. BARRIERE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Éditions universitaires, 1993.

¹⁵²⁷ Pour Lampué, que cite L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, p. 79, « la règle musulmane est certes une règle de droit français, mais non une loi française. Le législateur s'était contenté de confirmer l'autorité de ces statuts. Il n'en avait pas créé le contenu, contenu dont les dispositions pouvaient être contraires à l'ordre public. "Il n'existe pas nécessairement cette unité d'inspiration qui amène à exclure toute intervention de la notion d'ordre public comme il convient de le faire quand il s'agit d'un conflit entre la loi métropolitaine et le statut civil français en vigueur dans un pays d'outre-mer" ».

¹⁵²⁸ Trib. Civ. Seine, 26 mars 1956, *D.* 1956, II, p. 656 : « il n'appartient pas aux tribunaux de reprocher au législateur les contradictions qui peuvent résulter de la contradiction des règles françaises et des règles musulmanes. »

¹⁵²⁹ En ce sens, L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, n° 60, p. 80 : « On peut se demander si l'impossibilité de faire jouer l'exception d'ordre public ne fut pas compensée dans la détermination de la règle de conflit. Seule la technique utilisée aurait alors différé : au lieu qu'en droit international privé la loi désignée par la règle de conflit était écartée par l'exception d'ordre public, c'est dans la détermination même de celle-ci que le juge aurait tenu compte de cet ordre public. »

mixte, faisant d'une pierre, deux coups : l'enfant issu d'un couple mixte devenait de statut civil¹⁵³⁰ ; les empêchements confessionnels étaient évités¹⁵³¹.

424. L'empêchement confessionnel à mariage. Dans son projet de Code de droit musulman algérien, l'arabisant Morand avait affirmé que « si le législateur français a, en un certain nombre de matières, réservé l'application de la loi musulmane, il l'a fait surtout par esprit de tolérance et respect de la religion musulmane. Dans de telles circonstances, il est inadmissible que le législateur français ait pu autoriser l'application, en Algérie, de dispositions de la loi musulmane qui sont inconciliables avec cet esprit de tolérance, telles que celles qui prononcent des interdictions ou des exclusions et édictent des déchéances à l'encontre du non-musulman, parce que non-musulman et dont l'observation conduirait à reconnaître aux musulmans, dans leurs rapports avec les Français ou les européens, des droits ou prérogatives que la loi française ne reconnaît pas à ces derniers à l'encontre des musulmans, ou serait de nature à entraver l'œuvre de rapprochement entreprise par la France entre la population d'origine française ou européenne et la population indigène. »¹⁵³². À en croire les auteurs, la jurisprudence, relativement peu abondante sur le sujet, a plutôt suivi cette doctrine¹⁵³³, avant d'élaborer les mécanismes permettant d'éviter de devoir

¹⁵³⁰ Poursuivant, au niveau des enfants issus d'un couple mixte, le raisonnement par lequel l'époux de statut musulman est réputé avoir opté pour le statut civil, le juge a décidé que l'enfant était, lui aussi, de statut civil, y compris dans un cas où les parents de l'enfant ne s'étaient pas mariés, et où la mère, la seule qui soit de statut civil, était espagnole, et non française : v. CA Alger, 13 févr. 1903, RA 1904. II. 141, note Lainé, cité par L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, n° 93, p. 118. La solution a donc été rendue en contradiction de toutes les règles de droit international privé applicables à l'époque, dans le seul but de donner à cet enfant naturel un statut civil. Et en 1933, la Cour d'appel d'Alger n'a pas craint de motiver sa solution en affirmant qu'« un conflit s'élevant sur des conditions de statut personnel doit se résoudre en faisant prévaloir le statut de la nation parvenue à un degré supérieur de civilisation [...] Cette solution, conforme à la mission du pays civilisateur, est d'ailleurs favorable aux intérêts bien entendus des enfants » : CA Alger, 1^{er} févr. 1933, D. 1934. II. 104. Pour d'autres solutions allant dans ce sens, v. L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, n° 97, p. 121.

¹⁵³¹ En ce sens, v. V. PARISOT, « Les classifications des conflits internes de lois à l'épreuve de leurs solutions », *Rev. crit. DIP* 2014. 469 : « En réalité, l'application du statut civil français — ou de droit moderne — ne repose sur aucune justification véritable autre que celle de vouloir asseoir la prééminence d'un droit sur les autres. Le système peut, dans une certaine mesure, être comparé au privilège de religion des États musulmans du Maghreb et du Moyen-Orient lequel consiste, dans l'ordre interne comme dans l'ordre international, à appliquer le droit musulman dans tout rapport mettant en cause soit un musulman, soit deux personnes non musulmanes mais qui ne partagent pas le même rite. »

¹⁵³² MORAND, *Avant-projet de Code, présenté à la Commission de codification du droit musulman algérien*, Alger, Adolphe Jourdan, 1916, p. 173, cité par L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, n° 79, p. 97-98.

¹⁵³³ D'après L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, n° 79, p. 98-99, les tribunaux ne se sont prononcés directement sur l'application de ces empêchements que deux fois : Trib. Alger, 29 oct. 1862, JA 1862. 46 : le tribunal a décidé, que si, malgré la prohibition du droit musulman, une indigène « vient à épouser un non-musulman, elle acquiert la condition de son mari dont la loi régit alors le mariage et elle devient alors justiciable des seuls tribunaux français ». Et Trib. Guelma, 23 janv. 1907, cité par BOUSQUET, RA 1930. I. 190 : le tribunal a admis « que le mariage d'une musulmane et d'un Français pouvait être annulé à raison de ce que le droit musulman n'admet pas l'union d'une musulmane et d'un infidèle ». Cette position est critiquée par L.-A. BARRIERE, *ibid.* : « Cette affirmation était en effet difficilement contestable dès lors qu'on ne voulait pas faire intervenir directement l'ordre public en matière interpersonnelle. Mais la solution prônée par le Tribunal de Guelma était peu satisfaisante au regard d'un droit laïc. En outre, elle ne favorisait pas la politique d'assimilation. On essaya alors de tourner la prohibition formulée par le droit musulman. » L'on proposa alors de « recourir à la notion d'état des personnes. Meylan avait ainsi proposé que « depuis la Révolution, le fait d'appartenir à une église quelconque n'est plus une de ces qualités que la loi prend en considération ». Par conséquent, écrit L.-A.

s'interroger sur la licéité de ces empêchements : la femme musulmane, en se mariant, acquérait le statut civil de son mari¹⁵³⁴ ; l'homme musulman, en épousant une Française de statut civil, était présumé avoir opté pour le statut civil¹⁵³⁵. L'empêchement à succession suivra le même destin.

425. L'empêchement confessionnel à succession. Là encore, Morand « fut partisan de ne pas prendre en compte cette interdiction. »¹⁵³⁶. Il jugeait qu' « il est inadmissible qu'en territoire français un Français d'origine [...] puisse être écarté d'une succession musulmane sous prétexte qu'il n'est pas ou n'est plus musulman, alors que jamais, d'une succession régie par la loi française, un musulman n'est exclu en raison de sa qualité de musulman. »¹⁵³⁷. Cette opinion était conforme à la jurisprudence : la Cour d'appel d'Alger jugeait, depuis 1876, « que ne pouvait être exclue de la succession de sa mère indigène musulmane une femme devenue catholique »¹⁵³⁸, solution qui sera constamment reprise¹⁵³⁹, et justifiée par « l'ordre public laïc »¹⁵⁴⁰.

Malgré l'impossibilité de faire jouer l'exception d'ordre public international, le juge français a réussi à faire échec aux empêchements religieux à mariage et à succession, rétablissant l'ordre public laïc. En quittant l'Algérie, la France retrouvait avec elle et ses voisins d'authentiques relations internationales : l'exception d'ordre public redevenait disponible.

Barrière, « la qualité de non-musulman ne pouvait pas être invoquée devant un tribunal français, car celui-ci ne pouvait pas constater juridiquement cette qualité qui n'est pas un élément de l'état des personnes » (*ibid.*).

¹⁵³⁴ La fiction selon laquelle en se mariant avec un homme de statut civil, la musulmane acquérait son statut, se heurtait à de graves obstacles théoriques. En effet, cette acquisition devait valoir option de statut civil ; or, l'option de statut devait passer par d'autres formes que la seule comparaison devant l'officier de l'état civil pour consentir au mariage. En ce sens, L.-A. BARRIÈRE, *op. cit.*, n° 83, p. 105-106.

¹⁵³⁵ Particulièrement symptomatique de la répugnance du juge français à faire vivre deux lois au sein d'une même famille, et à faire passer l'épouse française dans le statut musulman de son mari indigène, une théorie fut développée, qui consistait à étendre le statut civil de la femme française à son mari musulman, extension qui, à l'époque, semblait « extraordinaire » : v. L.-A. BARRIÈRE, *op. cit.*, n° 84, p. 109 : « On prétendit que le mari acquérait en partie le statut personnel de son épouse [...] Pour parvenir à ce résultat on considérait que l'indigène musulman avait fait une option tacite de législation en faveur de l'application des règles du Code civil lors de son mariage. »

¹⁵³⁶ Note sous l'art. 282 de son *Avant-projet de Code*, cité par L.-A. BARRIÈRE, *op. cit.*, n° 108, p. 132.

¹⁵³⁷ *Ibid.*

¹⁵³⁸ CA Alger, 5 avr. 1876, JR 1876. 66, BJA 1877. 63, cité par L.-A. BARRIÈRE, *op. cit.*, n° 108, p. 132.

¹⁵³⁹ Par exemple, CA Alger, 30 juin 1919, JR, 1921. 39, cité par L.-A. BARRIÈRE, *ibid.* : cas du décès d'un musulman ; son père s'opposait à ce que sa veuve et ses deux filles, catholiques, soient appelées à la succession, mais « le tribunal civil de Mostaganem, puis la Cour d'Alger refusèrent de faire droit à sa demande ». Également CA Alger, 22 mai 1944, cité par L.-A. BARRIÈRE, *op. cit.*, n° 109, note 1, p. 134.

¹⁵⁴⁰ Sur cette expression, v. son emploi par L.-A. BARRIÈRE, *op. cit.*, n° 108, p. 131-132 : il explique que dans les deux seules affaires où l'empêchement religieux à succession a été respecté par le juge français, il s'agissait de cas où « les plaideurs étaient des indigènes au statut personnel lié à la religion. Le conflit survenait donc entre des personnes dépendant toutes d'un système confessionnel, où le statut personnel laïc n'était pas impliqué. L'ordre public laïc n'était donc pas concerné et il semble que les empêchements tirés de la différence de religion entre le *de cuius* et ses héritiers auraient pu jouer à plein ».

II. Le juge de la France postcoloniale

426. **Le problème de l'exception d'ordre public international.** Les juges français ne se sont pas privés de mettre en œuvre l'exception d'ordre public international pour neutraliser les règles musulmanes contraires à la laïcité impérative **(A)**, mais elle a un prix : à la longue, elle risque d'engendrer des crispations dans les relations avec les ordres juridiques ainsi repoussés. C'est peut-être la raison pour laquelle, au sujet de la *badhana* et de la *kafala*, un autre moyen sera employé, pour masquer le recours à l'ordre public, jugé trop voyant. Ce moyen fut trouvé dans la modification de la règle de conflit **(B)**.

A. L'admission théorique du jeu de l'exception d'ordre public

427. **Réactions de rejet.** Le juge français a été amené à déclarer que les empêchements confessionnels à mariage et à succession étaient contraires à l'ordre public **(1)**. Les règles de la *badhana* ont suscité la même réaction de rejet ; toutefois, deux décisions apparemment contradictoires méritent d'être examinées de près **(2)**.

1. Le rejet catégorique des empêchements confessionnels

428. **Des règles « heurtant directement le principe de laïcité »**¹⁵⁴¹. En principe, l'empêchement confessionnel devrait s'imposer au juge français au moins en matière de mariage. La règle de conflit française soumet chaque époux à sa loi personnelle en matière de conditions de fond : cette application distributive conduit à soumettre l'épouse musulmane à l'empêchement contenu dans sa loi nationale. Dans les rapports franco-marocains, cette règle de conflit a été reprise par la convention de 1981 à l'article 5¹⁵⁴², si bien qu'en principe, « l'hypothèse inclut donc l'empêchement pour cause de disparité de culte qui constitue pourtant une atteinte à la liberté matrimoniale. Une musulmane ne peut ainsi épouser un non musulman. »¹⁵⁴³. En matière successorale, la règle désignant la loi du dernier domicile du défunt n'exclut pas moins l'application des empêchements confessionnels.

¹⁵⁴¹ Y. LEQUETTE, « Le conflit de civilisations à la lumière de l'expérience franco-tunisienne », in *Mélanges Sassi Ben Halima*, Tunis, Centre de publications universitaires, 2005, p. 175, spéc. p. 196.

¹⁵⁴² Conv. franco-marocaine du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, art. 5 : « Les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité. »

¹⁵⁴³ A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI* 2003. 721, spéc. p. 736-737.

Pourtant, la jurisprudence française a toujours refusé, « quelques décisions isolées mises à part »¹⁵⁴⁴, de prendre en considération ce genre d'empêchement, tant pour les mariages, et quelle que soit la religion prohibitive¹⁵⁴⁵, que pour les successions¹⁵⁴⁶. En effet, « heurtant directement le principe de laïcité [...], une telle règle méconnaît, en outre, la politique traditionnelle de la France qui voit dans l'exogamie un moyen de favoriser l'intégration des étrangers à la communauté nationale. »¹⁵⁴⁷.

2. Le rejet nuancé des règles de la *hadhana*

429. Application directe et indirecte de la *hadhana*. Les tribunaux français ont jugé, à plusieurs reprises, que les règles de la *hadhana* étaient contraires à l'ordre public international¹⁵⁴⁸, tant au stade de l'instance directe, faisant échec à leur propre règle de conflit¹⁵⁴⁹, qu'au stade de l'instance indirecte, refusant d'accorder l'*exequatur* aux décisions étrangères ayant fait une application de ces règles¹⁵⁵⁰. Toutefois, deux décisions, rendues en 1979 et en 1987, semblent contradictoires : le juge français n'a pas réagi de la même manière au sujet des règles de la *hadhana*. Il s'agit donc de les examiner.

430. L'affaire *Bayar-Nemeth* de 1979. Dans cette affaire, Jacqueline Nemeth, Française, a épousé en France un Tunisien, Najib Bayar, dont elle a eu deux filles. Lorsqu'elles atteignirent

¹⁵⁴⁴ Par ex. Trib. civ. Seine, 15 juill. 1920, *RDIP* 1923. 778, cité par L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, 1993, n° 79, p. 97.

¹⁵⁴⁵ CA Paris, 17 nov. 1922, *JDIP* 1923. 437 ; comp. Trib. civ. Pontoise, 12 juin 1884, *JDIP* 1885. 296. Et à propos du mariage d'un Tunisien juif avec une Française, CA Alger, 2 mai 1928, *JIT* 1928. 361 et Cass. civ. 4 févr. 1931, *RA* 1931. II. 168, *JIT* 1931. 134, cité par L.-A. BARRIERE, *op. cit.*, n° 79, p. 97.

¹⁵⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1964, *JCP* 1965. II. 13978, concl. R. LINDON : pour la Cour de cassation, une « incapacité successorale fondée sur la non-appartenance à une religion déterminée est directement contraire aux principes de la loi française et notamment à celui de la liberté de conscience. » Déjà, CA Alger, 5 avr. 1876, *S.* 1876. II. 231, cités par J. MESTRE, « Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel », *Rev. crit. DIP* 1977. 659, spéc. 690.

¹⁵⁴⁷ Y. LEQUETTE, « Le conflit de civilisations à la lumière de l'expérience franco-tunisienne », in *Mélanges Sassi Ben Halima*, Tunis, Centre de publications universitaires, 2005, p. 175, spéc. p. 196.

¹⁵⁴⁸ Comp. S. BEN ACHOUR, « Les problèmes liés à la garde d'un enfant issu d'un couple mixte franco-tunisien », in *L'enfant en droit musulman* (dir. L. KHAÏAT et C. MARCHAL), Société de législation comparée, 2008, p. 359, spéc. p. 363-365, cf. *supra*, n° 413.

¹⁵⁴⁹ CA Paris, 1^{er} juill. 1974, *El Kodszy c. dame El Kadi*, *Rev. crit. DIP* 1975. 266, note J. FOYER ; *JDI* 1975. 525, note Y. LEQUETTE. La Cour d'appel a ainsi justifié son rejet : « Attendu que l'application de la loi égyptienne susvisée est contraire à l'ordre public français en ce que, conférant automatiquement à l'un des parents la garde de l'enfant suivant leur âge ou leur sexe, elle paralyse l'organisation de cette garde sur le fondement de l'intérêt des mineurs. » Pour Y. Lequette (note préc.), « *hadana* islamique et pédocentrisme occidental sont donc inconciliables ».

¹⁵⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 1979, *Bayar c. dame Nemeth*, *Rev. crit. DIP* 1979. 629, note Y. LEQUETTE ; *JDI* 1979. 393, note D. MAYER. La Cour de cassation justifie le refus du bénéfice de l'effet atténué de l'ordre public international, parce que « si la solution adoptée par les juges étrangers est affirmée être conforme à l'intérêt des filles, elle est fondée sur des considérations de principe prenant appui sur la comparaison des éducations susceptibles d'être dispensées de part et d'autre et sur le souci de sauver les prérogatives du mari, de sorte que l'intérêt des enfants n'a pas été abordé directement mais comme se déduisant de la préférence donnée à leur père, qu'ayant estimé, à bon droit, qu'une décision qui, en matière de garde d'enfants après divorce, se réfère à des critères de principe, et non à la prédominance de l'intérêt effectif des enfants, en fonction de données concrètes, ne répondait pas aux exigences de l'ordre public français, même atténué [...] ».

l'âge de 7 et 8 ans, le père, de retour en Tunisie, fit prononcer le divorce par le tribunal de Bizerte, demandant que, conformément aux règles de la *badhana* applicables en Tunisie, les enfants lui soient confiés. La juridiction tunisienne lui donna gain de cause : aux dires des juges tunisiens, il était de l'intérêt des enfants d'être élevés dans la religion musulmane, et le père était seul susceptible de la leur donner. Saisis d'une demande d'*exequatur*, les juges français ont considéré qu'une telle appréciation de l'intérêt de l'enfant contrariait la méthode française, qui n'admettait de prendre en considération que les seules circonstances de l'espèce, sans avoir d'égards pour l'ordre public confessionnel.

Prima facie, le refus d'*exequatur* passe pour un conflit de méthodes : ce que le juge français reproche au juge tunisien, c'est de s'être contenté d'appliquer automatiquement les règles d'attribution de la *badhana* en présupposant que l'intérêt de l'enfant était d'être élevé conformément à la foi islamique. Mais, souligne-t-on en doctrine, « comment faire accepter à un musulman que la règle selon laquelle l'enfant doit être élevé dans la religion du père, doit s'effacer au profit d'un principe reconnaissant à l'enfant la liberté religieuse [...] alors que pour lui la règle coranique relevant du sacré, a pour fin le salut de l'enfant »¹⁵⁵¹ ? Au-delà du conflit de méthode, l'affaire laisse transparaître « une confrontation entre deux systèmes de valeurs différents : le juge français lui-même [...] met presque toujours en œuvre certains préceptes ou directives générales (l'égalité, la liberté, la laïcité) opposées au *substratum* religieux de la référence à l'intérêt de l'enfant dans la conception islamique. »¹⁵⁵². Par ce chassé-croisé, les juges des deux rives de la Méditerranée semblent avoir élevé un conflit de civilisations. Le mérite d'avoir fait cesser la paralysie¹⁵⁵³ revient à la Tunisie, qui, depuis un arrêt de 2000¹⁵⁵⁴, assouplit désormais les conditions d'*exequatur* des décisions étrangères rendues en matière de garde d'enfant.

¹⁵⁵¹ I. BARRIERE-BROUSSE, « L'enfant et les conventions internationales », *JDI* 1996. 843, spéc. p. 885-886.

¹⁵⁵² I. BARRIERE-BROUSSE, art. préc., p. 887, et p. 885-886 : « Mais à l'inverse, sous le même intitulé, l'intérêt de l'enfant, se dissimulent sinon deux règles, du moins deux attitudes fondamentales différentes : par la prépondérance donnée au père et à la confession musulmane, l'approche tunisienne conduit à un résultat très différent de la pédagogie française animée avant tout par le souci de maintenir [...] le *statu quo* afin de prévenir toute perturbation dans la vie de l'enfant. » Dans le même sens, v. Y LEQUETTE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 1979, *Bayar c. dame Nemeth*, *Rev. crit. DIP* 1979. 629.

¹⁵⁵³ Paralysie qui d'après A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI* 2003. 721, spéc. p. 730, découle inéluctablement de la logique du conflit de civilisations : « Lorsque l'on se place dans la logique des conflits de civilisations, l'application de la loi étrangère est exclue. Le conflit de civilisations conduit au rejet systématique de la loi étrangère non pas en raison de son contenu mais à cause de son origine. »

¹⁵⁵⁴ Comp. CA Tunis, 29 nov. 2000, qui semble avoir ouvert la voie à une autre appréciation de l'intérêt de l'enfant, acceptant de donner l'*exequatur* à une décision belge donnant la garde de l'enfant à la mère danoise et vivant en Belgique, sans faire intervenir l'ordre public confessionnel. La solution fut confirmée par la Cour de cassation tunisienne le 2 mars 2001 : v. S. BEN ACHOUR, « Les problèmes liés à la garde d'un enfant issu d'un couple mixte franco-tunisien », in *L'enfant en droit musulman*, Société de législation comparée, 2008, p. 359, spéc. p. 367, et *supra*, n° 413.

431. L'affaire Zouaoui de 1987. D'aucuns diraient que les juges français avaient, bien avant les juges tunisiens, assoupli leur position en matière d'attribution internationale de la garde d'enfants, puisque dès 1987, la Cour de cassation a donné l'*exequatur* à une décision algérienne¹⁵⁵⁵, pourtant en tous points similaires à la décision tunisienne de 1979. Dans cette affaire *Zouaoui* de 1987, la Haute juridiction a confirmé l'*exequatur* accordé par la cour d'appel à une décision algérienne qui avait confié la garde des enfants à la mère, faisant mécaniquement application des règles de la *badhana*¹⁵⁵⁶. La décision algérienne n'est pas critiquée, parce « qu'il n'est nullement démontré en l'espèce que l'intérêt effectif des enfants serait d'être élevés par le père. »¹⁵⁵⁷. La doctrine justifia la solution par le fait que « le jugement de valeur que porte le juge de l'*exequatur* sur la décision étrangère a pour objet non la loi étrangère elle-même, mais le résultat de son application à l'espèce »¹⁵⁵⁸.

Qu'il nous soit permis de ne pas être convaincue. Comment concilier cette solution avec la décision de 1979, dans laquelle la Cour de cassation avait trouvé légitime de refuser l'*exequatur* à une décision tunisienne parce qu'elle avait appliqué les règles musulmanes de la *badhana*, en leur reprochant leur caractère automatique ? À n'en pas douter, dans la décision de 1979, c'est bien l'application automatique des règles qui est critiquée. De là à dire que ce sont les règles de la *badhana* elles-mêmes qui sont contraires à la conception française de l'ordre public international, il n'y a qu'un pas, que la Cour de cassation n'a pas eu peur de faire en 1979. L'arrêt de 1987 devrait dès lors s'analyser comme un revirement, dont les causes réelles ne sautent pas aux yeux.

432. Cohérence dans l'*Inlandsbeziehung*. La cause la plus évidente serait juridique : elle résiderait dans le respect de la convention franco-algérienne du 27 août 1964 relative à l'*exequatur* et à l'extradition¹⁵⁵⁹. En dehors des exigences d'ordre procédural, le juge français de l'*exequatur* ne doit contrôler que la compétence du juge et la conformité de la décision à l'ordre public. Or, faire systématiquement obstacle aux décisions algériennes rendues conformément au droit algérien, pour la raison que ce droit serait contraire à la conception française de l'ordre public

¹⁵⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1987, *Zouaoui*, D. 1987. 467, note J. MASSIP ; *Rev. crit. DIP* 1988. 337, obs. Y. LEQUETTE.

¹⁵⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, arrêt préc. : « la Cour de Sétif a appliqué la règle de droit algérien selon laquelle l'enfant mineur est confié à la mère. »

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁵⁸ Y. LEQUETTE, note préc. Également, J. MASSIP, note préc. : « Le juge de l'*exequatur* n'a pas à porter un jugement de valeur sur la loi étrangère elle-même. Il doit seulement se demander si la décision étrangère dont on réclame la réception dans notre ordre juridique est contraire à notre ordre public, c'est-à-dire à nos conceptions sociales ou juridiques fondamentales. Autrement dit, ce n'est pas tant le raisonnement suivi par le juge étranger que l'on demande au juge français d'apprécier, c'est le résultat atteint : c'est seulement si celui-ci apparaît comme foncièrement injuste, contraire au droit naturel ou contraire aux fondements politiques ou sociaux de notre pays, que la décision devra être déclarée contraire à l'ordre public. »

¹⁵⁵⁹ Sur cette Convention, v. *Rev. crit. DIP* 1965. 784.

international, aurait pour résultat certain de priver la convention de son utilité. Telle était la justification avancée en doctrine à ce revirement de jurisprudence¹⁵⁶⁰. Il faut pourtant remarquer qu'une convention analogue existait, pour les relations franco-tunisiennes¹⁵⁶¹, si bien que l'explication de ce changement de cap doit être recherchée ailleurs.

Une autre explication pourrait être hasardée : elle est politique et, bien qu'elle suppose un peu de spéculation, elle permet de concilier les deux arrêts dans une même appréciation de la contrariété à l'ordre public. Remarquons que dans l'arrêt de 1987, où l'*exequatur* fut accordé à la décision algérienne, la garde de l'enfant était confiée à la mère, Algérienne et vivant en Algérie avec ses trois enfants, alors que dans l'arrêt de 1979, où l'*exequatur* fut refusé à la décision tunisienne, la mère, Mme Jacqueline Nemeth, était française et vivait en France où elle élevait ses enfants « depuis plus de dix ans »¹⁵⁶². Le degré de proximité avec l'ordre juridique français est évidemment fort différent d'une affaire à l'autre.

À ces conditions de proximité il faut ajouter que, dans le cas précis d'une proximité réelle avec l'Algérie et d'un éloignement tout aussi réel avec la Tunisie, le degré de soumission de chaque famille à l'ordre public confessionnel supposé de ces deux États est fort différent. Expliquons-nous. Dans l'affaire algérienne, les enfants se trouvaient *de facto* sous l'emprise de l'ordre juridique algérien, dont tous les éléments (juges, législation) concourent à assurer le respect de l'ordre public confessionnel. Dans ce contexte, quelle aurait été l'utilité de refuser l'*exequatur* à une affaire sur laquelle l'ordre juridique français n'avait aucune maîtrise ? D'une certaine manière, ces considérations de proximité auraient dissuadé le juge français d'élever inutilement un conflit idéologique entre les deux ordres juridiques. L'hypothèse était bien différente dans l'affaire tunisienne : la mère, Française et établie en France avec ses enfants, était, par ces facteurs de proximité avec l'ordre juridique français, soustraite aux règles assurant le respect de l'ordre public confessionnel étranger. Si le juge de l'*exequatur* avait accepté l'attribution de la garde au père, respectant les garanties religieuses de la *badhana*, il aurait en quelque sorte prêté main forte à l'ordre public confessionnel étranger, au détriment de son propre ordre public laïc. En outre, il aurait

¹⁵⁶⁰ C'est la justification avancée par J. MASSIP, *D.* 1987. 467, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1987 : « Il faut convenir que la généralité de la formule employée par l'arrêt de 1979 peut paraître excessive dans la mesure où elle aboutirait à faire de notre règle de droit interne (la garde doit être déterminée en fonction du seul intérêt de l'enfant) une règle de portée mondiale, de sorte que l'*exequatur* devrait être refusé à toutes les décisions étrangères qui appliquent des principes différents. Spécialement, elle conduirait à refuser de reconnaître et d'exécuter les décisions rendues dans les pays de droit coranique qui, pour leur plus grande part, connaissent l'institution de la *badhana*. »

¹⁵⁶¹ Conv. franco-tunisienne du 28 juin 1972, relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires, art. 15.

¹⁵⁶² D'après le rappel des faits donné par la Cour de cassation elle-même : Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 1979, *Bayar c. dame Nemeth*, *Rev. crit. DIP* 1979. 629, note Y. LEQUETTE.

rompu un *statu quo* établi depuis plus de dix ans conforme à sa conception laïque de l'autorité parentale. Cette lecture des deux affaires laisse voir un effet territorial des règles françaises de l'autorité parentale : elles refusent de céder devant une conception religieuse de l'autorité parentale dans les situations pour lesquelles l'*Inlandsbeziehung* est établie au profit de l'ordre juridique français. Autrement dit, la laïcité impérative peut jouer pour faire échec aux règles assurant l'ordre public confessionnel étranger, mais seulement lorsque cet ordre public confessionnel prétend avoir des effets sur le territoire français.

La réaction de l'ordre du for est donc nuancée, selon qu'il soit question de donner effet aux empêchements confessionnels à mariage ou à succession, pour lesquels le rejet est catégorique, ou qu'il soit question des règles de la *badhana*, pour lesquelles un ordre public de proximité semble mobilisé. Cela étant, l'exception d'ordre public doit rester un mécanisme d'exception ; pour s'opposer durablement à l'accueil de certaines règles étrangères, il peut être plus pratique de modifier la règle de conflit.

B. La modification de la règle de conflit

433. En matière d'autorité parentale. Aujourd'hui, la question de l'application directe des règles de la *badhana* paraît périmée, en raison de la modification de la règle de conflit relative à l'autorité parentale : désormais, la Convention de La Haye de 1996 désigne l'application de la loi du lieu de la résidence habituelle de l'enfant¹⁵⁶³. La nouvelle règle de conflit permet donc de conserver la double solution *Bayar-Zouaoui*, sans avoir à faire jouer l'ordre public de proximité. La question de l'effet de la *badhana* aurait pu continuer à se poser aux juridictions françaises au stade de l'instance indirecte ; mais là encore, les juges ont résolu le problème en faisant des lois relatives à l'autorité parentale des lois de police¹⁵⁶⁴. Ce qui devait permettre, encore une fois, de neutraliser

¹⁵⁶³ Conv. de La Haye du 19 oct. 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, entrée en vigueur en France en 2011, art. 5 : « 1. Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens [...] » Et art. 15 : « 1. Dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités de l'État contractant appliquent leur loi. [...] 3. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre État contractant, la loi de cet autre État régit, à partir du moment où le changement est survenu, les conditions d'application des mesures prises dans l'ancienne résidence habituelle. »

¹⁵⁶⁴ En ce sens, CA Paris, 24 juin 1988, *D.* 1988. 222 : « Un juge aux affaires matrimoniales ne saurait donc, pour décider qu'un jugement algérien de divorce est inopposable à une ressortissante algérienne, se fonder sur le fait [que...] la résidence de la famille se trouvait en France et en déduire que sa compétence devait être retenue [...]. En revanche, saisi d'une demande concernant, à titre principal, la garde d'un enfant commun, le juge a le pouvoir de statuer, par mesures provisoires, et par application de la loi française, seule compétente en une matière se rattachant aux lois de police et de sûreté au sens de l'art. 3 c. civ., dès lors qu'il relève, par une constatation qui n'est pas discutée, que la famille a sa résidence principale en France. » Déjà, en 1980, le TGI de Toulon avait déclaré que les règles relatives à l'autorité parentale étaient des lois de police : TGI Toulon, 5 août 1980, *JDI* 1982. 138, note KAHN, spéc. p. 142 :

les lois étrangères d'ordre public confessionnel, sans faire ressortir le conflit de civilisations — et sans devoir justifier la solution en termes de laïcité. La condition d'islamité de la *kafala* a connu le même sort.

434. La *kafala* et l'adoption. Nul doute qu'en matière d'adoption ou de *kafala*, l'empêchement religieux qui frappe les *kefil* ou les adoptants non musulmans aurait pu heurter l'ordre public laïc. Toutefois, il a suffi d'établir une règle de conflit de lois donnant peu d'importance à la loi personnelle de l'adopté ou du *makefoul* pour faire disparaître la vocation de la loi religieuse militante, et, avec elle, le besoin de convoquer une exception d'ordre public international fondée sur la laïcité impérative. Expliquons-nous.

Avant que la loi ne vienne modifier la règle de conflit, en 2001, la jurisprudence considérait que les conditions de fond à l'adoption étaient régies par la loi des adoptants, la loi nationale de l'adopté n'ayant compétence que pour régler les modalités du consentement à l'adoption. Elle admettait même que « le consentement éclairé à l'adoption donné par le mineur lui-même ou par ses représentants l'emporte sur le contenu prohibitif du statut personnel de l'enfant. »¹⁵⁶⁵. Autant dire que la condition d'islamité des adoptants n'était jamais envisagée par les tribunaux français, et l'institution de la *kafala*, inconnue du droit français, encore moins. Reprenant les conditions dégagées par la jurisprudence française, la Convention de La Haye de 1993¹⁵⁶⁶ ne donne pas davantage de pouvoir à la loi nationale de l'enfant à adopter : les autorités centrales du pays d'origine n'ont d'autre préoccupation à avoir que de s'assurer du consentement de l'enfant et de ses représentants légaux à l'adoption¹⁵⁶⁷. Il est d'ailleurs significatif que ni le Maroc ni la Tunisie n'aient signé cette Convention¹⁵⁶⁸. La question de l'adoption des enfants tunisiens, algériens ou marocains restait donc soumise à la règle de conflit jurisprudentielle, qui était de nature à créer des filiations boiteuses. Le législateur entreprit donc, en 2001¹⁵⁶⁹, de créer une règle de conflit plus

« Attendu [...] que les mesures concernant la garde de l'enfant mineur et le droit de visite sont considérées en France comme ressortissant aux lois de police, de sûreté et de protection de l'enfance et non comme des mesures touchant son statut personnel. » Comp. l'interdiction de sortie des enfants de Huguenots, qui devaient être rappelés d'urgence s'ils avaient été envoyés à l'étranger pour y recevoir une éducation conforme à la foi de leurs parents : cf. *supra*, n° 313.
¹⁵⁶⁵ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 4^{ème} éd., 2017, t. II, n° 774, p. 199.

¹⁵⁶⁶ Conv. de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*, art. 4.

¹⁵⁶⁸ Alors qu'ils sont parties à de nombreuses conventions de La Haye. L'Algérie ne fait pas partie de la Conférence de La Haye de droit international privé.

¹⁵⁶⁹ L. n° 2001-111 du 6 févr. 2001 relative à l'adoption internationale, introduisant les articles 370-3, 370-4 et 370-5 dans le Code civil.

respectueuse des prohibitions de la loi nationale de l'enfant¹⁵⁷⁰, sans toutefois donner de poids à la condition d'islamité de ces législations. Désormais, l'enfant dont la loi nationale prohibe l'adoption ne pourra faire l'objet d'une adoption en France.

Reste à savoir s'il peut être recueilli en *kafala* par des Français. Cette institution étant inconnue des catégories du for français, elle ne sera prononcée, en pratique, qu'en Algérie ou au Maroc, dont les autorités se seront préalablement assurées de la conversion du *kafil* français à l'islam. Parfois, la *kafala* ainsi prononcée s'accompagne d'une autorisation de sortie du territoire, et le *kafil* tentera d'obtenir la conversion de la *kafala* en une adoption. À ce stade de l'émigration, le *makhfoul* a rompu ses attaches avec l'ordre juridique qui s'était naguère assuré de son assujettissement à l'ordre public confessionnel : la *kafala* pourra être convertie en une adoption plénière lorsque l'enfant aura été naturalisé¹⁵⁷¹.

On le voit : par la grâce de sa règle de conflit élaborée en matière d'adoption internationale, l'ordre étatique français n'est jamais amené à se prononcer sur les effets à donner à la condition d'islamité des adoptants ou des *kafil*¹⁵⁷².

¹⁵⁷⁰ C. civ., art. 370-3.

¹⁵⁷¹ C. civ., art. 21-7, al. 1^{er}. Le fait, pour le *makhfoul*, de résider en France n'est pas suffisant pour convertir une *kafala* en une adoption : en ce sens, Cour EDH, 4 oct. 2012, req. n° 43631/09, *Harroudj c. France*.

¹⁵⁷² Aussi bien, les amères critiques d'A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI* 2003. 721, spéc. p. 735 et 736, reprochant au législateur français sa loi de 2001, nous échappent-elles quelque peu. Lui aussi se place sur le terrain du pouvoir donné aux règles musulmanes, et particulièrement les règles prohibitives marocaines : « C'est bien pour [...] répondre [aux pays qui sont restés fidèles au droit musulman] qu'est intervenue la nouvelle loi française sur les adoptions internationales du 6 février 2001. L'objectif de la loi est de fournir un cadre juridique clair pour les enfants dont l'adoption n'est pas couverte par la convention de La Haye du 29 mai 1993. Elle choisira à dessein de les priver de la possibilité d'être adoptés, en acceptant les yeux fermés l'interdiction du droit musulman. En effet, dans l'esprit de ses rédacteurs les enfants marocains, en particulier, n'étaient pas absents. En l'occurrence, le législateur a choisi de contredire la jurisprudence qui avait pourtant, à travers la notion de consentement éclairé, trouvé le moyen de passer outre l'interdiction du droit national de l'enfant [...] Ce faisant, il enferme l'enfant musulman dans une identité qui lui est imposée puisqu'il ne l'a pas construite. Le respect de ce passé familial et culturel est sauf, il est préservé dans les termes mêmes du culturalisme qui fait prévaloir le passé sur l'avenir [...] » L'auteur s'émeut du sort des enfants abandonnés, qui est scellé par leurs lois personnelles prohibitives, sans considérer que le respect d'un certain ordre public confessionnel, voulu par un État souverain, ne puisse légitimement être ignoré par d'autres États, en particulier les États d'accueil d'enfants adoptés : « C'est de rigueur et pourrait-on dire d'hostilité à l'adoption des enfants ressortissants de pays l'interdisant que fait preuve la loi française [...] Règle de rigueur qui jouera toujours au détriment de l'enfance abandonnée. Car la loi semble oublier que, pour l'essentiel, l'adoption concerne d'abord cette catégorie d'enfants qui sont en outre, dans les pays musulmans, dans l'impossibilité d'établir leur filiation naturelle. La loi de Dieu est préservée. La Tradition peut être satisfaite. Elle pourra garder ses enfants. [...] Mais on ne peut s'abstenir de demander pourquoi il n'en est pas de même si l'enfant réside ou doit résider dans un pays étranger qui accepte l'adoption. L'hypothèse n'est pas théorique. Pourquoi ne serait-il pas possible à un Français d'adopter en France un enfant de nationalité marocaine s'il réside ou s'il doit résider en Tunisie ? La solution est donc discriminatoire. Elle est l'expression d'une politique, puisqu'elle prétend être respectueuse des valeurs de l'Autre. »

435. En résumé. Loin de considérer que les mécanismes troublés de notre ordre public confèreraient désormais « un blanc-seing illimité aux institutions du droit musulman »¹⁵⁷³, soutenons au contraire que tous les mécanismes du droit international privé ont été convoqués par le juge français pour faire obstacle aux lois religieuses gardiennes d'un certain ordre public confessionnel. Ainsi, du temps de l'Algérie française, l'exception d'ordre public international ne pouvant être utilisée, d'autres mécanismes ont été mis en œuvre, comme la création ou la modification de règles de conflit. Le juge de la France postcoloniale, recouvrant l'usage de ce mécanisme d'exception, l'a convoqué pour faire obstacle à certains empêchements confessionnels, tandis que d'autres mécanismes permettaient, plus discrètement, de lui éviter de se prononcer sur la compatibilité entre les règles religieuses visées et la conception française de l'ordre public international. En somme, les règles religieuses précédemment exposées ont constamment été tenues en échec, sans que l'obstacle élevé par l'ordre juridique français ait été perçu comme témoignant d'une conception abusive de la laïcité impérative du droit privé.

Dans ce système, quelle pourrait être la valeur ajoutée d'une proposition doctrinale ? Peut-être seulement le mérite de la clarté.

§ 2 Proposition de simplification

436. Justifier l'éviction de ces lois en terme de laïcité impérative. En pratique, distinguer entre les lois religieuses sociologiques et les lois religieuses militantes n'a que l'utilité d'indiquer quelles sont les lois d'origine religieuse dont l'application doit être empêchée parce qu'elles risquent de contrarier la laïcité impérative. Une présomption d'atteinte à la laïcité impérative pèserait donc sur elles **(I)**. Il n'en reste pas moins que le procédé qui consiste à déclarer, *ex ante*, qu'une institution religieuse porte atteinte à la laïcité impérative, n'est pas conforme au mécanisme de l'ordre public international : le juge doit faire une appréciation concrète des effets de

¹⁵⁷³ L. GANNAGE, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *Trav. com. fr. DIP 2006-2008*, Paris, Pedone, 2009, p. 205, spéc. p. 215 : « Cette jurisprudence allait avoir, au-delà du contentieux des répudiations, des conséquences méthodologiques importantes, parce qu'elle contribuait à accréditer la thèse selon laquelle l'ordre public atténué était techniquement inadapté aux conflits de cultures. Elle conduisait en effet à entretenir l'idée que le mécanisme de l'ordre public atténué conférait un "blanc-seing" illimité aux institutions du droit musulman. Le rapprochement avec la position libérale qu'adoptait la jurisprudence sur le terrain de la polygamie renforçait le diagnostic. ». Et p. 225 : notre ordre public serait devenu, depuis sa rencontre avec l'islam, « un mécanisme terriblement tourmenté, fait d'atermoiements, d'hésitations, de renoncements, de revirements, de doutes permanents sur la légitimité des valeurs du droit français ». L'auteur se réfère à P. HAMMJE, « L'effet atténué de l'ordre public », in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique* (dir. E. WYLER et A. PAPAUX), Pedone, 1999, p. 87 et s., spéc. p. 90. Comp. R LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle* (dir. T. REVET), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1996, p. 65 et s.

l'application d'une telle loi avant de la rejeter, ce qui laisse théoriquement une ouverture aux lois religieuses reconstituant un « État dans l'État » (II).

I. Présomption d'atteinte à la laïcité impérative

437. Résultat redouté de ghettoïsation. Ces lois religieuses militantes ont un objet qui constitue une atteinte à la laïcité du droit français lorsqu'il est réalisé sur le territoire français, même partiellement. Pour nous en convaincre, reprenons un des exemples cités précédemment. Si le juge français acceptait de déclarer que l'empêchement religieux à mariage de la femme musulmane devait être respecté au nombre des conditions de fond du mariage, il deviendrait, comme l'a souligné Déprez, « le garant de l'observance religieuse »¹⁵⁷⁴. Par là, il introduirait dans le droit applicable en France des discriminations religieuses dont le but est de reconstituer la cohésion communautaire. Comme les trois monothéismes possèdent, au moins virtuellement, ce genre de règles interconfessionnelles, le juge serait amené, en faisant appliquer ces règles, à favoriser l'endogamie religieuse, voire à fabriquer des « ghettos religieux », au moins pour les familles rattachées à un pays dont la législation comprend ce genre de règles. M. Georges Corm a résumé dans une formule lapidaire le résultat concret de ces règles interconfessionnelles : « le seul rapport exact dans lequel juifs et chrétiens peuvent se tenir les uns envers les autres est celui de l'exclusion mutuelle. »¹⁵⁷⁵. Il est hors de doute que s'il venait à se réaliser, ce résultat d'exclusion mutuelle serait totalement contraire à l'objectif poursuivi par la laïcité du droit privé, qui cherche, depuis 1787¹⁵⁷⁶, à réaliser l'unité des Français en prévenant le risque de constitution d'un « État dans l'État », en matière d'état des personnes.

Dès lors, est-il opportun de faire peser sur ce genre de lois une présomption d'atteinte à la laïcité impérative ?

II. Utilité méthodologique de la présomption

438. Lien avec le for. Dire que les lois religieuses reconstituant un « État dans l'État » sont présumées heurter la laïcité impérative, c'est admettre que la présomption puisse être renversée

¹⁵⁷⁴ J. DEPREZ, « Les évolutions actuelles du droit international privé français dans le domaine du droit familial en relation avec les convictions religieuses », *Rev. dr. canonique* 1995. 7, spéc. p. 17 et 18. L'auteur a soin de préciser que « le recours à l'ordre public à propos des mariages confessionnels n'est pas fondé sur un *a priori* défavorable à toute règle religieuse, mais sur une philosophie des libertés qui impose, au nom même de la neutralité laïque, de traiter de façon égale la conviction religieuse et son contraire. »

¹⁵⁷⁵ G. CORM, Contribution à l'étude des sociétés multiconfessionnelles. Effets socio-juridiques et politiques du pluralisme religieux (préf. E. RABBATH), Paris, LGDJ, 1971, p. 125. La formule est empruntée à Bruno Bauer.

¹⁵⁷⁶ Sur les prémices de la laïcité impérative, cf. *supra*, n° 320 et s.

lorsque le juge français n’occuperait pas la position du « garant de l’observance religieuse »¹⁵⁷⁷ conduisant à la constitution de ce genre de « contresociété ». Autrement dit, dès lors que le juge français sera saisi d’une prétention visant à faire produire des effets à une telle loi, au stade de l’instance directe ou indirecte, il suffira de s’interroger sur le lieu où la situation familiale devra s’épanouir, ce lieu étant réputé être celui de la constitution de cet « État dans l’État ». Ce lieu est-il situé en France ? Alors la loi devra être rejetée parce qu’elle serait contraire à la valeur essentielle du for qu’est la laïcité impérative de l’état des personnes. Ce lieu est-il situé à l’étranger ? Alors le juge français ne pourra l’évincer par des considérations fondées sur la laïcité impérative.

439. Laïcité impérative et lutte contre les discriminations. Certes, la lutte contre les discriminations religieuses conduit au même résultat d’éviction : par hypothèse, les lois religieuses neutralisées portent toutes une discrimination fondée sur l’appartenance religieuse, constat qui pourrait suffire à les évincer au nom du respect de l’ordre public français¹⁵⁷⁸. Cependant, se contenter du motif de discrimination pour faire échec aux règles religieuses militantes pourrait s’avérer insuffisant, si, au lieu de chercher à y faire obstacle, on cherchait au contraire à en justifier l’application.

Ainsi, pour apprécier la contrariété à l’ordre public d’une disposition discriminatoire, on cherchera à apprécier la faveur ou la défaveur qui résulte concrètement de son application. Autrement dit, on appréciera la réalité du traitement discriminatoire, sans considération territoriale. Au contraire, la protection de la laïcité impérative prend un chemin radicalement différent. On appréciera l’atteinte, non en raisonnant en termes d’intérêts privés, mais en termes d’intérêts étatiques. Et bien que les deux approches ne soient pas exclusives l’une de l’autre — on pourra refuser l’application d’une loi religieuse militante seulement parce qu’elle est discriminatoire, bien qu’elle ne reconstitue pas d’État dans l’État — il paraît nécessaire de distinguer entre les effets redoutés, afin de mobiliser la juste valeur protégée par le for.

On le voit : une telle présomption d’atteinte à la laïcité impérative n’aurait l’utilité, en pratique, que de guider l’appréciation du juge judiciaire, lorsqu’il est confronté aux règles religieuses issues de législations étrangères. Somme toute, le rôle de la laïcité impérative ne peut être qu’assez réduit, puisqu’elle n’évince qu’un petit nombre de lois religieuses et toujours en vertu d’un critère

¹⁵⁷⁷ J. DEPRez, art. préc., spéc. p. 17.

¹⁵⁷⁸ Comp. Cour EDH, G^{de} chambre, 18 déc. 2018, n° 20452/14, *Molla Sali c/ Grèce* : la Cour a jugé que l’empêchement religieux à succession du droit musulman était discriminatoire, et l’a sanctionné sur le double fondement de l’article 14 de la Convention et 1^{er} du Protocole additionnel n° 1.

territorial ; mais son action est catégorique, puisque nulle autre considération ne saurait justifier l'application, en France, de ces lois.

Conclusion de la section 2

440. Laïcité impérative silencieuse. La jurisprudence a su faire constamment échec aux lois religieuses dont la *ratio legis* était de maintenir l'ordre public confessionnel en assurant la cohésion de la communauté religieuse. Bien que les moyens employés par le juge français aient été plus discrets que l'exception d'ordre public international, il a, en somme, toujours su préserver ce qui se présentait comme un acquis de la laïcité impérative : sa propre neutralité religieuse, qui lui commande de ne pas prêter son concours à la constitution d'une « contresociété » religieuse en matière familiale. À supposer qu'il en ait eu conscience, le juge n'a jamais franchement nommé la valeur qu'il protégeait aussi constamment, ce qui est regrettable.

441. Utilité de la présomption. C'est à ce stade que la présomption proposée — présomption simple d'atteinte à la laïcité impérative — pourrait s'avérer utile. L'identification des effets redoutés de l'application de telles lois permet de cerner ce contre quoi s'élève la laïcité impérative. Traditionnellement, la laïcité impérative ne joue que pour la protection de certains monopoles étatiques, en matière d'état des personnes, afin d'éviter la constitution d'un « État dans l'État » — on parlerait aujourd'hui de « communautarisme » ou de « ghettos religieux ». La présomption pourrait donc être renversée, si le risque de constitution d'un tel « État dans l'État » français s'avère nul. Autrement dit, une loi religieuse militante n'est présumée violer la laïcité impérative que si elle prétend reconstituer un « État dans l'État », en droit de la famille, sur le sol français. Dans le cas où cet effet redouté se déploierait ailleurs, le juge ne peut refuser, au nom de la laïcité, le jeu normal de la règle de conflit et évincer la loi. À l'inverse, la justification d'une discrimination prend un chemin radicalement différent. On cherchera sa justification, par exemple, dans l'adage « à situation différente traitement différent », ou bien en faisant valoir la faveur plutôt que la défaveur qui résulte de la disposition discriminatoire.

Théoriquement, donc, les exceptions ne sont pas appelées à jouer dans les mêmes cas : la laïcité impérative du droit privé — éviter la création d'un « État dans l'État » en matière d'état des personnes — protège un intérêt étatique, tandis que la lutte contre les discriminations — assurer l'égalité des personnes — protège un intérêt privé.

Conclusion du chapitre 1

442. **Un domaine nouveau de laïcité impérative fidèle à la tradition.** À de nombreuses reprises, le juge français a été amené à s'interroger sur l'application de « règles religieuses militantes », dans ses rapports avec les États dont la législation est inspirée du droit musulman. Il s'agit essentiellement des empêchements religieux, dont la *ratio legis* est d'assurer la permanence d'une communauté religieuse. Tel est le cas de l'empêchement à mariage de la femme musulmane, qui la frappe lorsqu'elle entend s'unir avec un non-musulman. Ce genre d'empêchement existe encore en matière successorale, en matière d'adoption ou de *kafala*, et, de façon plus discrète, en matière de tutelle d'éducation ou *hadhana*. Ces règles, qui réalisent, au moins virtuellement, une sorte d'« État dans l'État », comme, jadis, les huguenots de France¹⁵⁷⁹, ont systématiquement été rejetées par la jurisprudence française — et l'on ne peut que remarquer la filiation entre ce rejet et la préservation du domaine traditionnel de la laïcité impérative. Soulignons, toutefois, que le risque redouté est, à ce stade, encore embryonnaire : l'effet « ghettoïsant » ne touche que les familles étrangères. De la famille étrangère de statut personnel musulman à la création d'un « État dans l'État », le chemin est long¹⁵⁸⁰ !

Néanmoins, dans sa fidélité à la tradition de la laïcité impérative, ce domaine nouveau est d'une grande utilité pour la présente étude. Il permet de recentrer la finalité de la laïcité impérative en identifiant le risque redouté de constitution d'un « État dans l'État », strictement limité au rôle du juge et à un conflit normatif en matière d'état des personnes. Il recentre la recherche, car les dernières évolutions du droit de la famille pourraient être vues comme des remises en question du domaine traditionnellement assigné à la laïcité impérative. La précession de la célébration civile du mariage, ancien « fief » de la laïcité impérative, perd en importance du fait de la désaffectation générale qui touche l'institution du mariage ; la place croissante de l'autonomie de la volonté en matière de divorce diminue à l'identique l'importance du monopole des juridictions étatiques. La valeur symbolique du domaine traditionnel de la laïcité impérative paraissait avoir surpassé son

¹⁵⁷⁹ Sur la lutte contre la contre-société protestante, cf. *supra*, n° 309, 313.

¹⁵⁸⁰ Comp. Y. LEQUETTE, « Le conflit de civilisations à la lumière de l'expérience franco-tunisienne », in *Mélanges Sassi Ben Halima*, Tunis, Centre de publications universitaires, 2005, p. 175, spéc. p. 215 : « L'application du statut étranger doit céder lorsqu'il renferme des dispositions qui font radicalement obstacle à son intégration parce qu'elles entravent l'acquisition du cadre global de référence, des codes sociaux indispensables. Or, parmi ce corpus républicain minimum, sur lequel la France ne saurait transiger sans risquer de disparaître, figurent certainement, au même titre que le refus du racisme, l'égalité de l'homme et de la femme, l'égalité des filiations, la liberté matrimoniale ou encore le principe de laïcité. ». Reste qu'entre ces différentes déclinaisons du « corpus républicain minimum », l'ordre juridique français s'est montré prêt à en assouplir certains éléments, comme l'égalité, mais pas la laïcité.

utilité réelle¹⁵⁸¹. En contrepoint, ce domaine dissimulé de la laïcité impérative, occulté par les mécanismes complexes du droit international privé, sonne comme un rappel de l'utilité de la laïcité impérative.

Toutefois, de nouveaux domaines de la laïcité impérative rompent franchement avec la tradition — en quoi ils s'exposent à la contestation.

¹⁵⁸¹ Cf. *supra*, n° 354. Témoin de la valeur symbolique des domaines traditionnels de la laïcité impérative, citons la persistance de la prohibition qui frappe le ministre du culte dans la célébration du mariage, prohibition qui n'est respectée que par les cultes qui célèbrent le moins de mariages.

Chapitre 2 : Le domaine contestable des groupements privés

443. Rupture avec la tradition. Le droit privé français est sur le point de s'enrichir de deux nouveaux domaines de laïcité impérative : il s'agit des associations et de l'entreprise privée. Traditionnellement gouvernés par des principes libéraux, ces deux domaines reconnaissent aux volontés privées une grande autonomie, à la faveur de laquelle les entreprises de tendance ont d'ailleurs pu se développer¹⁵⁸². Manifestant désormais l'intention de placer ces groupements privés sous le signe de l'impérativité, les pouvoirs publics projettent d'apporter de nouvelles restrictions à la liberté d'association des coreligionnaires, et d'interdire ou de limiter la manifestation des croyances religieuses dans le milieu de l'entreprise. En un mot, et pour reprendre la taxinomie développée dans notre étude, il est question de « sortir » l'association et l'entreprise privée du registre de la laïcité dispositives, pour les intégrer à celui de la laïcité impérative

Bien qu'elles se disent inspirées de la volonté de freiner la diffusion du communautarisme religieux dans la société civile — ce qui revient à prévenir la constitution d'un « État dans l'État » — ces mesures rompent avec la tradition. En effet, elles n'ont pas pour effet d'assurer la prééminence du droit étatique : par hypothèse, ni l'application du droit étatique des associations ni celle du droit étatique du travail ne sont menacées. Agissant en dehors de l'hypothèse d'un conflit internormatif, les nouvelles mesures de laïcité impérative semblent donc se contenter du risque de constitution d'un « État dans l'État » — appelé aujourd'hui « communautarisme » ou « séparatisme » —, et posent des restrictions aux libertés individuelles.

444. La question de la légitimité de ces mesures. Ce constat est-il suffisant pour contester la légitimité de ces nouvelles mesures de laïcité impérative ? Pour y répondre, il convient de distinguer. Il se peut, en effet, que le législateur intervienne pour préserver l'ordre public contre la survenance de graves troubles, comme par exemple l'organisation de « putschs » en vue de mettre en cause le principe constitutionnel de séparation des Églises et de l'État. La restriction à la liberté individuelle imposée par la loi pour maintenir l'ordre public laïc, aussi exceptionnelle que le trouble et proportionnée à celui-ci, sera alors justifiée. Tel est l'objectif que se donnent les nouvelles mesures de laïcité impérative en matière associative¹⁵⁸³. Prévue au début du XX^{ème} siècle pour

¹⁵⁸² Cf. *supra*, n° 74 et s.

¹⁵⁸³ *Rapport sur la proposition de loi constitutionnelle visant à garantir la prééminence des lois de la République*, présenté par Ch.-A. FRASSA, 14 oct. 2020, p. 24 : « D'après l'exposé des motifs, il s'agit de faire "obstacle à ce qu'une formation politique remette en cause le principe constitutionnel de séparation des Églises et de l'État". L'objectif est ainsi de lutter contre les partis et groupements communautaristes, qui prônent l'application de règles différentes en fonction de l'origine ou de la religion des citoyens. À l'inverse, cette disposition ne concerne pas les partis issus d'une tradition religieuse mais respectant l'unicité du peuple français, comme les partis issus de la démocratie chrétienne (Mouvement républicain

contenir les troubles provoqués par les congrégations religieuses, ces mesures ont perdu en adéquation ; il faut donc les modifier, ce qui n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés (**section 1**). Les mesures de laïcité impérative relatives au milieu de l'entreprise appellent des remarques sensiblement différentes. Bien qu'elles soient inspirées d'une même *ratio legis* — lutter contre le communautarisme dans la société civile —, leur action se situe très en amont de la réalisation du trouble à l'ordre public, ce qui aggrave leur manque de légitimité (**section 2**).

Section 1 : Les restrictions à la liberté d'association

445. Pas de liberté de culte sans prévention des troubles à l'ordre public. De longue date, le législateur avait adopté certaines mesures de laïcité impérative en se donnant pour objectif de prévenir les troubles que certaines institutions étaient susceptibles de porter à l'ordre public. Un genre particulier d'institution avait, pour les républicains de la III^{ème} République, une redoutable réputation : il s'agissait des congrégations religieuses. C'étaient elles qui, de leur point de vue, constituaient depuis le XVIII^{ème} siècle la menace. Quand en 1905 la République a cessé d'être gallicane¹⁵⁸⁴, et que, s'interdisant de contrôler les affaires de l'Église, elle a institué une véritable liberté de culte, elle s'est d'abord assurée qu'aucune institution ne ferait campagne contre elle. Cette garantie, elle l'a prise dans le titre III de la loi de 1901, qui bride étroitement les congrégations religieuses. Les lois de 1901 et de 1905 ont donc été pensées ensemble¹⁵⁸⁵. D'un côté, la première comprime strictement les congrégations religieuses, principal foyer des troubles sous la III^{ème} République. Cette restriction permettait à la loi de 1905 d'offrir, de l'autre côté, une loi de séparation dont l'effet libérateur devait se ressentir longtemps. « Pas de liberté de culte sans prévention des troubles » : telle pourrait être la maxime du binôme constitué par les lois de 1901 et de 1905. Aussi convient-il d'exposer ce cadre prévu à l'origine pour contenir les troubles venus du milieu associatif (§ 1). À l'examen, les restrictions issues du binôme des lois de 1901 – 1905 sont inadaptées aux associations musulmanes. Celles-ci, ayant résolument opté pour le modèle associatif de droit commun, sont traitées comme de simples associations de droit commun ; elles en subiront les restrictions (§ 2).

populaire, Union pour la démocratie française, etc.) » V. également la proposition de L. n° 108 du 8 nov. 2019 (session 2019-2020), tendant à assurer le respect des valeurs de la République face aux menaces communautaristes.

¹⁵⁸⁴ Sur cette doctrine, cf. *supra*, n° 167.

¹⁵⁸⁵ En ce sens, v. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, Paris, LGDJ, 2013, n° 189, p. 252-253 : « Le législateur n'admit le principe de la libre création d'associations sous la forme d'un contrat [...] que quand il fut certain de l'avoir emporté. Et ce n'est certainement pas un hasard si la loi de 1901 — qui fait application d'un régime très strict aux congrégations religieuses —, apparaît dans une République enfin stabilisée, et se trouve aussitôt suivie, en 1905, de la loi de séparation des Églises et de l'État qui marque la victoire finale de la laïcité. »

§ 1 Les restrictions issues du cadre associatif de 1901 – 1905

446. La menace congréganiste contre l'ordre public laïc. La congrégation la plus redoutée était sans doute la Compagnie de Jésus. Riche et influente, elle constituait, dans l'État, une communauté dont la force inquiétait le pouvoir central. Dotés d'une fortune et d'une influence formidables¹⁵⁸⁶, les disciples de Loyola ne reconnaissaient qu'une autorité, celle du pape, et étaient par conséquent réfractaires au gallicanisme¹⁵⁸⁷. En 1762, le Parlement de Paris frappa la Compagnie d'interdiction au motif qu'elle « [nuisait] à l'ordre civil, [violait] la loi naturelle, [détruisait] la religion et la moralité, [corrompait] la jeunesse »¹⁵⁸⁸.

Lorsque la disgrâce de la Compagnie de Jésus eut provisoirement cessé, en 1814¹⁵⁸⁹, le droit français s'était enrichi d'un certain nombre de prohibitions. La plus célèbre était contenue dans la loi Le Chapelier¹⁵⁹⁰, qui avait étendu l'interdiction à la constitution de tout corps intermédiaire, pas seulement religieux. On notera encore la suppression des vœux monastiques¹⁵⁹¹ et l'interdiction des regroupements congréganistes, même de fait, pour lesquels la tolérance ne reprit qu'au temps du Premier Empire. Il s'agissait d'empêcher que ne se reconstitue, à l'intérieur de l'État, une communauté trop puissante, dont les tendances séditeuses avaient plus d'une fois été confirmées. Sous la III^{ème} République, par exemple, la congrégation des Assomptionnistes organisait à chaque échéance électorale, depuis 1896 jusqu'à sa dissolution ordonnée par Waldeck-

¹⁵⁸⁶ C'est ce qui leur valut la méfiance, pour ne pas dire la haine des philosophes des Lumières, puis des souverains européens. Le Portugal fut le premier royaume à expulser la Compagnie de Jésus en 1759. Son exemple fut suivi en 1764 par la France. Les biens de la Compagnie furent confisqués et les Jésuites menacés d'expulsion, à moins que, renonçant à l'autorité du pape, ils consentissent à devenir de bons et fidèles sujets gallicans, se plaçant sous l'autorité de l'évêque. Dans l'immense majorité, les pères jésuites furent débarqués dans les États pontificaux, quand ils ne subirent pas de supplice. Après que le royaume d'Espagne, celui des Deux-Siciles et le duché de Parme eurent adopté la mesure d'expulsion en 1767, le pape Clément XIV, cédant aux pressions politiques, se vit contraint de dissoudre l'ordre en 1773. Il dira, signant le bref *Dominicus ac redemptor* le 21 juillet 1773, s'être « tranché la main droite » : v. J. LACOUTURE, *Jésuites. Les conquérants* (t. I), Paris, Seuil, 1991, p. 366 et s.

¹⁵⁸⁷ Cf. *supra*, n° 167.

¹⁵⁸⁸ Décision du Parlement de Paris du 6 août 1762.

¹⁵⁸⁹ Bulle *Sollicitudo omnium ecclesiarum* du Pape Pie VII, du 7 août 1814.

¹⁵⁹⁰ L. des 14-17 juin 1791, dite « Le Chapelier », qui interdit tout rassemblement, corporation ou association d'ouvriers et artisans de même état et profession.

¹⁵⁹¹ D. des 13 et 19 févr. 1790, art. 1^{er} : « La loi constitutionnelle du royaume ne reconnaîtra plus de vœux monastiques solennels de personnes de l'un ni de l'autre sexe. » Il s'agissait, par cette restriction, de faire en sorte que « les congrégations ne fussent plus des êtres collectifs, et que les vœux ne formassent plus un lien légal, mais un vœu de conscience » : Rapport Treilhard, 17 déc. 1789, cité par F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING, *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2013, n° 2196, p. 1368. Le 5 août 1791 fut votée une disposition ainsi rédigée : « Article 17. — La loi ne reconnaît plus les vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution. » : v. *Archives parlementaires*, t. XXVI, p. 166, cité par Ch. BLANC DU COLLET, *Contribution à l'histoire du rétablissement du divorce en France en 1884*, 1939, p. 44.

Rousseau en 1900¹⁵⁹², « des candidatures uniques de la droite dotées de financements considérables »¹⁵⁹³, système qui devait favoriser « des personnalités qui, tout en faisant profession de foi républicaine, [étaient] connues pour leur allégeance royaliste, bonapartiste ou boulangiste »¹⁵⁹⁴. Commentant cette « collusion entre les adversaires de la démocratie et l'Église de France »¹⁵⁹⁵, Millerand aurait déclaré, à la veille de la loi sur la liberté d'association de 1901, que « la République n'est pas un régime oppressif ou intolérant, mais elle ne saurait permettre à quiconque, sous prétexte de religion, de faire campagne contre elle »¹⁵⁹⁶.

447. Un arsenal juridique pour tuer dans l'œuf les congrégations. Fallait-il, pour préserver l'ordre public laïc, maintenir le délit d'association non autorisée du Code pénal de 1810¹⁵⁹⁷ ? Plutôt que de conserver le régime antérieur, le législateur eut l'idée de prévoir des restrictions spécialement adaptées aux congrégations : telle fut la genèse du titre III de la loi de 1901¹⁵⁹⁸. Aussi bien, c'est un régime spécial, dérogoratoire au principe libéral inscrit au frontispice de la loi, qui gouverne les congrégations. Contrairement aux associations de droit commun, le législateur n'attend pas que le risque du trouble à l'ordre public se matérialise pour restreindre la liberté des congrégations¹⁵⁹⁹. La rigueur du nouveau régime s'exprime sur plusieurs plans : la constitution des congrégations, d'une part, et leurs moyens de subsistance, d'autre part.

Sur le premier aspect, un régime d'autorisations préalables s'instaure progressivement¹⁶⁰⁰, qui subsiste encore. Ce régime, libéral en apparence puisqu'il tolère les congrégations de fait,

¹⁵⁹² V. G. DELFAU, *La laïcité, un défi du XXI^{ème} siècle*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 67. La dissolution s'est accompagnée de peines d'amendes pour les principaux dirigeants, le père Bailly, directeur du quotidien *La Croix*, et le père Debaube, sur le fondement de l'ancien article 291 du Code pénal, accusés, par le Procureur, de constituer « un État dans l'État ».

¹⁵⁹³ G. DELFAU, *ibid.*

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*

¹⁵⁹⁷ Anc. C. pén., art. 291 : « Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement, et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société. »

¹⁵⁹⁸ Comp. F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2013, n° 2204, p. 1370 : « c'est précisément cette qualité de communautés établies dans l'État, dont les membres ont fait vœu de soumission à l'autorité religieuse, qui explique le régime de droit particulièrement rigoureux [...] qui a été établi à leur rencontre. »

¹⁵⁹⁹ L. du 1^{er} juill. 1901 relative au contrat d'association, art. 3 : une association ne peut être constituée en vue de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement. Le contrôle est pourtant assez lâche, puisque la licéité de l'objet ne être vérifiée *a priori* : v. Cons. const., 16 juill. 1971, déc. n° 71-44 DC, *Liberté d'association*.

¹⁶⁰⁰ Un décret du 3 messidor an XII soumet la formation de nouvelles congrégations à l'autorisation formelle par décret impérial. Ce régime sera affiné par une loi du 24 mai 1825 relative aux congrégations de femmes, qui soumet la création de toute nouvelle congrégation à une autorisation légale, et les anciennes à une autorisation décrétole. Les congrégations masculines se voient appliquer la loi du 2 janv. 1817, qui soumet leur existence à une autorisation légale : v. F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING, *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2013, n° 2198 et n° 2199, p. 1368.

connaît un coup d'arrêt brutal en 1880 : un décret fixe un délai de trois mois à toutes les congrégations non autorisées pour déposer leur demande d'autorisation, et ordonne la dissolution, une nouvelle fois, de la Compagnie de Jésus¹⁶⁰¹. La loi de 1901 portant liberté d'association n'adoucit pas ces mesures, au contraire, puisque le régime de l'autorisation légale persiste¹⁶⁰². D'ailleurs, les autorisations seront rares¹⁶⁰³. Ce régime restrictif est complété en 1902 par une loi créant le délit de congrégation non autorisée¹⁶⁰⁴ et, en 1904, par une loi interdisant tout enseignement aux congréganistes¹⁶⁰⁵. Le régime de Vichy modifiera ces deux dernières prohibitions ; ce n'est qu'en 2001 que les Jésuites retrouveront une existence légale en France¹⁶⁰⁶.

Sur le second aspect, le contrôle des moyens de subsistance des congrégations, on notera, par exemple, l'obligation d'informer l'Administration de tout don ou legs, mobilier ou immobilier, consenti aux congrégations, et auquel l'Administration peut s'opposer¹⁶⁰⁷ ; ou encore, l'autorisation administrative préalable à laquelle est soumise la congrégation lorsqu'elle veut s'aliéner ou acquérir des biens immobiliers à titre onéreux¹⁶⁰⁸. Ces entraves dans les finances des congrégations ont pour but évident d'éviter que ne se reforment des fortunes comparables à celle de la Compagnie de Jésus avant sa suppression¹⁶⁰⁹. Les difficultés sont exacerbées lorsque la congrégation n'est pas légalement

¹⁶⁰¹ Décret Ferry du 29 mars 1880. Il sera suivi de mesures d'expulsion. Il fallait permettre à la nouvelle politique de l'instruction publique d'arriver à ses fins en faisant obstacle aux congrégations enseignantes, riches, en 1876, de plus de 158 000 congréganistes, qui instruisaient plus de la moitié de la population scolaire de l'époque, soit plus de 2 millions d'enfants : v. G. DELFAU, *op. cit.*, p. 48, citant les chiffres de D. DEMNARD, *Dictionnaire d'histoire de l'enseignement*, Delarge, 1981, V° « Congrégations enseignantes », p. 139-142.

¹⁶⁰² L. du 1^{er} juill. 1901 relative au contrat d'association, art. 13.

¹⁶⁰³ V. P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.* 1956. 1, spéc. p. 42, n° 17, citant A. RIVET, *Traité du culte catholique et des lois civiles d'ordre religieux*, Paris, Spes, 1947, t. II, p. 340 : « Ces reconnaissances ont été très rares. La plupart des congrégations religieuses, personnes morales au regard du Droit canonique, ne sont actuellement que des groupements de fait au regard du droit français. »

¹⁶⁰⁴ L. du 4 déc. 1902, abrogée par la L. du 8 avr. 1942.

¹⁶⁰⁵ L. du 7 juill. 1904, abrogée par la L. du 3 sept. 1940, qui autorise à nouveau l'enseignement congréganiste.

¹⁶⁰⁶ V. B. DUCAMIN, « Le général de Gaulle et les congrégations religieuses. Réflexions et témoignages sur le règlement d'un long conflit » *RDP* 2010. 1577.

¹⁶⁰⁷ D. n° 2007-807 du 11 mai 2007 relatif aux associations, fondations, congrégations et établissements publics du culte et portant application de l'article 910 du code civil. Antérieurement, l'ord. n° 2005-856 du 28 juill. 1995 portant simplification du régime des libéralités consenties aux associations, fondations et congrégations, de certaines déclarations administratives incombant aux associations, et modification des obligations des associations et fondations relatives à leurs comptes annuels, était plus stricte encore : tout don ou legs, même mobilier, devait faire l'objet d'une autorisation administrative spéciale.

¹⁶⁰⁸ D. n° 2007-807 du 11 mai 2007 préc., article 7.

¹⁶⁰⁹ Comp. discours de Waldeck-Rousseau prononcé à Toulouse le 18 oct. 1900 : « Ce n'est pas le lieu ni le moment de faire de la statistique ; mais, pour montrer qu'en signalant à la tribune le péril d'une mainmorte grandissante et qui menace le principe de la circulation des biens, nous n'avons pas obéi à de vaines alarmes, il suffira, je pense, de dire que la valeur des immeubles occupés ou possédés par les congrégations était, en 1880, de 700 millions déjà, et qu'aujourd'hui elle dépasse un milliard. Quelle peut être, si on part de ce chiffre, la mainmorte mobilière ? »

reconnue, puisque, n'ayant pas de capacité juridique, elle ne peut vivre, en pratique, que de dons manuels clandestins¹⁶¹⁰. Ce sera le cas des mouvements sectaires.

448. Application aux sectes. L'arsenal juridique mis en place devait s'avérer suffisamment performant pour éviter la reconstitution de congrégations puissantes dans l'État. Son efficacité sera testée à l'apparition des mouvements sectaires *new age* des années 1970. Collant à peu près à la définition qu'avait donnée le Conseil d'État des congrégations¹⁶¹¹, les sectes n'obtiendront pas, en général, l'autorisation administrative tant convoitée¹⁶¹², et n'accéderont donc pas à la vie juridique, si florissante sous d'autres latitudes plus libérales. En France, certains lobbies ont trouvé le dispositif encore trop peu efficace, et ont appelé à la création de missions interministérielles¹⁶¹³ pour lutter contre les sectes et réfléchir à de nouveaux moyens pour endiguer ce qu'ils présentent comme un danger politique¹⁶¹⁴. Pourtant, de l'avis de certains auteurs, « dans le contexte français, aucune secte n'a les moyens matériels de constituer un isolat démographique et culturel qui couperait ses membres d'une société globale dont ils ne soupçonneraient pas, ou plus, l'existence »¹⁶¹⁵. Sans doute serait-il sage d'agir avant qu'un tel phénomène ne se produise, mais à en croire l'auteur, la plupart des sectes n'ont, à de très rares exceptions près, aucune ambition politique. Elles seraient donc politiquement inoffensives¹⁶¹⁶.

¹⁶¹⁰ Ce qui est vu comme une « limite très importante à leur capacité juridique », et une « survivance [regrettable] dans une France libérale qui a solennellement proclamé son attachement à la liberté d'association et dans une Europe très respectueuse de la liberté religieuse » : v. A. Mestre, « Les congrégations religieuses légalement reconnues », *JCP E*, hors-série novembre 2005, n° 8, p. 15 et p. 16.

¹⁶¹¹ C.E., avis du 14 nov. 1989 n° 346-040 : les congrégations religieuses sont définies par l'existence d'un « groupement de personnes qui réunit un ensemble d'éléments, tels que la soumission à des vœux et une vie commune selon une règle approuvée par une autorité religieuse ». Comp. E. TAWIL, *Cultes et congrégations*, Paris, Dalloz, coll. « Juris Corpus », 2019, 1^{ère} éd., n° 10.02, p. 141.

¹⁶¹² Étant entendu, bien sûr, que le choix du statut de congrégation et celui d'association n'est pas laissé à la discrétion du groupement : en ce sens, CE, avis, 14 nov. 1989, n° 346-040 préc. Ce statut a été refusé par le Ministère de l'intérieur au mouvement « aumiste », sorte de syncrétisme entre les différentes religions existantes, ce qui, pour C. Duvert, « est un signe parmi d'autres de la réticence des pouvoirs publics à adapter un droit des cultes, profondément marqué par le catholicisme, à des mouvements autres que chrétiens » : v. C. DUVERT, *Sectes et droit* (préf. F. TERRE, post. Ph. THERY), Aix-en-Provence, PUAM, 2004, n° 273, p. 379.

¹⁶¹³ D. n° 98-980 du 7 oct. 1998, instituant la Mission interministérielle de lutte contre les sectes (MILS). Rapport MILS 1999, p. 44 : la secte se définit comme « une association de structure totalitaire, déclarant ou non des objectifs religieux, dont le comportement porte atteinte aux Droits de l'Homme et à l'équilibre social ». Comp. D. n° 2002-1392 du 28 nov. 2002 remplaçant la MILS par la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES).

¹⁶¹⁴ A. GEST et J. GUYARD *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur les sectes*, 22 déc. 1995, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-eng/r2468.asp>, n° 248, p. 335 : « Nous ne nous sentons pas en France menacés par une tragédie de type Waco, voire un attentat du genre de celui perpétré par la secte Aoum dans le métro de Tokyo au printemps dernier. Mais les germes de tels drames existent sur notre territoire, et la prévention s'impose. »

¹⁶¹⁵ C. DUVERT, *op. cit.*, n° 247, p. 332, et n° 248, p. 335 : « Ce thème de déstabilisation politique, qui reste cependant assez marginal dans le discours anti-sectes français, apparaît alors, plus encore que d'autres thèmes, comme un décalque particulièrement maladroit et inapproprié du discours anti-sectes nord-américain. »

¹⁶¹⁶ V. *ibid.*, n° 245, p. 329 : « Le phénomène des sectes dans son ensemble n'est que marginalement politique [...] Les sectes n'ayant, à l'exception de deux mouvements, pas d'activité politique, le mouvement anti-sectes, lorsqu'il ne

Le risque de création d'un « État dans l'État » étant écarté, certaines réformes tenteront, marginalement, de contenir le phénomène sectaire, plus pour protéger les personnes et leurs biens que pour prévenir des troubles à l'ordre public de plus grande ampleur. Les mesures se déplaceront donc du droit des associations pour se concentrer sur le droit des personnes, tant civil¹⁶¹⁷ que pénal¹⁶¹⁸, et la protection de leurs biens¹⁶¹⁹, sans innover.

Après le « tournant des sectes », les pouvoirs publics tenteront de transposer à l'islam le régime des interdictions propre aux associations, et qui semblait avoir fait ses preuves.

§ 2 L'inadéquation des restrictions du cadre de 1901 – 1905 à l'islam

449. Un paradoxe. Afin d'intégrer l'islam dans le cadre prévu par les lois de 1901 – 1905, il aurait fallu que celui-ci épouse une structure similaire à celle du culte catholique. Or, il n'en est rien : nombreuses sont les études qui soulignent les profondes différences entre ces deux cultes

recourt pas simplement à des allégations floues et invérifiables, trouve cependant la preuve du contraire et la confirmation de la menace totalitaire dans le fait que les sectes infiltreraient les pouvoirs publics ainsi que certains secteurs économiques, ou chercheraient à exercer des pressions. » L'auteur précise, *ibid.*, n° 246, p. 331 : « Comme d'autres thèmes du mouvement anti-sectes, le discours visant à présenter les sectes comme une menace politique véritable pêche tout d'abord par excès de généralisation. L'examen du rapport des sectes à la politique révèle en effet les positions les plus diverses, qui vont d'un désintérêt total à l'investissement dans l'action politique, en passant par la contestation ou la participation sélective. [...] Seuls l'association de Méditation Transcendantale, et le mouvement Silo, d'origine argentine, ont présenté des candidats aux élections législatives de 1993 et 1997, sous l'étiquette de partis politiques créés pour l'occasion, le Parti de la Loi Naturelle pour les premiers, et le Parti Humaniste pour les seconds. Les sectes ayant une activité politique réelle apparaissent donc comme extrêmement marginales. On peut par ailleurs souligner, au vu des résultats atteints par les deux partis mentionnés ci-dessus, que cette action paraît, en tout état de cause, assez inefficace. »

¹⁶¹⁷ Circ. du 29 févr. 1996, relative à la lutte contre les atteintes aux personnes et aux biens commises dans le cadre des mouvements à caractère sectaire, NOR JUSD9630018C : « L'exercice vigilant des attributions civiles du ministère public, en dehors des cas prévus aux articles 375 et suivants du Code civil, devrait permettre d'assurer au mieux la protection des personnes, majeures ou mineures, soumises à l'emprise des mouvements sectaires, ainsi que de leur entourage. À cet égard, des procédures de placement sous sauvegarde de justice, de tutelle ou de curatelle peuvent être une réponse adéquate pour les majeurs. »

¹⁶¹⁸ C. pén., art. 223-15-2, issu de la L. n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables.

Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende. »

¹⁶¹⁹ C. civ., art. 910, al. 2, issu de la L. n° 2001-504 du 12 juin 2001 préc. : « Les dispositions entre vifs ou par testament au profit des fondations, congrégations et des associations ayant la capacité de recevoir des libéralités, et, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, des établissements publics du culte et des associations inscrites de droit local, à l'exception des associations ou fondations dont les activités ou celle de leurs dirigeants sont visées à l'article 1^{er} de la loi n°2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, sont acceptées librement par celles-ci. » (nous soulignons).

— l'absence de hiérarchie claire dans le clergé, la notion même de clergé, ont posé de récurrents problèmes aux pouvoirs publics français¹⁶²⁰. L'un de ces problèmes, et non des moindres, consiste dans le caractère mal adapté du régime des associations culturelles prévu par la loi de 1905. L'article 18 de la loi exige en effet que l'association, afin de bénéficier du statut attaché à sa qualité, ait un objet exclusivement culturel¹⁶²¹ — ce qui exclut *de jure* les activités « satellites », comme l'enseignement, la charité, les soins aux personnes, la restauration et la commercialisation de produits *halal*. Jugeant le cadre associatif de droit commun mieux adapté à leurs particularités, la plupart des associations assurant le culte musulman ont préféré prendre la forme associative de la loi de 1901¹⁶²². Il en résulte que le paysage associatif musulman est des plus bigarrés — le Haut Conseil à l'Intégration parle de « l'émiettement du tissu associatif » musulman¹⁶²³ —, incluant des associations, voire des unions d'associations, dont la teneur culturelle n'apparaît pas toujours au premier plan.

À cette première particularité des « associations musulmanes » doit s'en ajouter une autre. Soumises, à raison de leur objet, à la loi de 1901, les « associations musulmanes » n'entreront jamais, en pratique, dans le champ d'application du titre III de la loi, qui prévoit le régime restrictif des congrégations religieuses. En effet, les congrégations musulmanes n'ont, à notre connaissance, aucune existence en France¹⁶²⁴, et s'il n'est pas exclu que de rares spécimens puissent accéder à ce statut, ces derniers ne représentent pas, compte tenu de leur nombre, ce foyer de menace à l'ordre public laïc contre lequel le législateur de 1901 – 1905 avait tenté de se prémunir.

Un paradoxe apparaît : à s'en tenir au strict cadre des lois de 1901 – 1905, les communautés chrétiennes, catholique en particulier, sont globalement soumises à un régime plus restrictif et contrôlé que les « associations musulmanes », pour la seule raison que le cadre en

¹⁶²⁰ V. par ex., O. SAAIDIA, *Algérie coloniale. Musulmans et chrétiens : le contrôle de l'État (1830-1914)*, (préf. H. LAURENS), Paris, CNRS Éditions, 2015.

¹⁶²¹ L. du 9 déc. 1905, art. 19, al. 1^{er} : « Ces associations devront avoir exclusivement pour objet l'exercice d'un culte [...] »

¹⁶²² Haut Conseil à l'Intégration, *L'islam dans la République*, nov. 2000, en ligne : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/014000017.pdf>, p. 62.

¹⁶²³ Haut Conseil à l'Intégration, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶²⁴ En ce sens, *JCl Sociétés Traité*, Fasc. 175-60, V^o « Associations soumises à un régime spécial – Congrégations religieuses », par A. BOUGNOUX, C. LARONDE-CLERAC, juin 2020, n^o 9 : « En revanche, aucune congrégation de confession musulmane n'a – à notre connaissance – encore fait l'objet, devant le Conseil d'État, de la procédure prévue par le titre III (art. 13) de la loi de 1901 (CE, *Rapport public pour 2004*). Il faut bien remarquer que la multiplicité des courants de pensée et l'absence de hiérarchie religieuse unifiée, ne facilitent pas la reconnaissance de ces congrégations et que le projet de création d'un institut de formation des imams de France s'appuyant sur l'existence des lois concordataires en vigueur dans l'Alsace-Moselle pourrait constituer un préalable concret à l'évolution de cette situation. » V. également la liste des congrégations non-catholiques autorisées, E. TAWIL, *Cultes et congrégations*, Paris, Dalloz, coll. « Juris Corpus », 2019, 1^{ère} éd., n^o 10.07, p. 143-144.

question était spécialement fait à la mesure du catholicisme, dont les entités susceptibles de causer des troubles à l'ordre public laïc, les congrégations, étaient clairement désignées. Au contraire, les « associations musulmanes » bénéficient, en principe, du libéralisme de la loi de 1901, sans en subir les restrictions.

450. Le problème de la multiplication des restrictions *ad hoc*. Pour autant, les « associations musulmanes » ne sont pas exemptes de critiques : on leur reproche régulièrement de participer de certains troubles à l'ordre public. La prévention de ces troubles se fera donc en-dehors du cadre associatif originellement prévu, allant de la multiplication des fermetures administratives des associations à l'imposition d'un « contrat d'engagement sur la laïcité » **(I)**. Ces moyens sont-ils satisfaisants ? Semblant reconnaître implicitement l'inadéquation de ces mesures à l'objectif poursuivi — donner un cadre clair à l'islam tout en prévenant efficacement les troubles à l'ordre public laïc — les pouvoirs publics proposent périodiquement une refonte du droit des associations culturelles, afin d'établir un cadre qui soit mieux adapté à la pratique de l'islam **(II)**.

I. La multiplication des restrictions *ad hoc*

451. L'article 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901. Le cadre associatif de droit commun pose certes quelques conditions à la formation des associations, auxquelles les associations musulmanes doivent se conformer, en particulier à l'article 3 de la loi de 1901. Aux termes de ce texte, une association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite est contraire à l'ordre public : tel est le cas lorsqu'elle se donne pour but de remettre en cause la forme républicaine du gouvernement¹⁶²⁵ ou le principe de séparation des Églises et de l'État. On sait, toutefois, que l'illicéité des associations « de droit commun » n'est pas présumée¹⁶²⁶, et qu'il faut qu'un trouble avéré à l'ordre public se manifeste pour qu'une dissolution judiciaire soit prononcée¹⁶²⁷.

¹⁶²⁵ Sur la dissolution judiciaire, v. Ph.-H. DUTHEIL, *Droit des associations et fondations*, Dalloz, coll. « Juris Corpus », 2016, n° 41-31 et s., p. 878 et s.

¹⁶²⁶ Cons. const., 16 juill. 1971, déc. n° 71-44 DC, *Liberté d'association*.

¹⁶²⁷ Comp. Cass. civ. 1^{ère}, 2 oct. 2007, n° 06-13732, *Assoc. GPMF, Dr. sociétés* déc. 2007, n° 12, comm. 212, note R. MORTIER ; *Bull. Joly* févr. 2008, n° 2, p. 107, note Ch. BOUTIN : les statuts peuvent, dans certains cas, ouvertement déclarer promouvoir une forme non-républicaine de gouvernement, comme la monarchie, sans que la Cour de cassation considère que l'association Groseille Pomme Mandarine Framboise (GMPF), succédant à l'association Gouvernement provisoire de la Monarchie française, doive être dissoute : rien n'établit qu'elle projette de renverser la République. Des termes de R. Mortier (note préc.), « le texte litigieux n'érige pas en délit d'opinion la pensée antirépublicaine, mais se contente d'interdire toute association qui “se donn[e] pour but de renverser la République”, c'est-à-dire de concevoir et/ou mettre en œuvre un coup d'État ».

C'est donc en dehors de la loi de 1901 que les pouvoirs publics chercheront les restrictions à la liberté d'association des communautés musulmanes : il s'agit en particulier de la dissolution administrative, prévue notamment à l'article L. 212-1 du Code de la sécurité intérieure¹⁶²⁸.

452. L'article L. 212-1 du Code de la sécurité intérieure. Née d'une loi de 1936¹⁶²⁹, la dissolution administrative constitue un moyen pour l'administration d'agir par voie d'autorité, ce qui contredit l'esprit libéral de la loi de 1901, « raison pour laquelle la dissolution administrative est très strictement encadrée »¹⁶³⁰. À supposer que les termes de la disposition posent effectivement un cadre strict à cette mesure de police administrative, la dissolution administrative pourrait être un mécanisme d'une certaine utilité pour prévenir les atteintes à l'ordre public, en l'absence de dispositif spécialement conçu pour les « associations musulmanes »¹⁶³¹. À l'heure actuelle, c'est même son usage principal¹⁶³². L'avant-projet de loi « confortant les principes républicains » propose des élargissements substantiels de la disposition, augmentant l'article de deux nouveaux alinéas, ce qui permettra d'accroître le nombre de cas de dissolution administrative, par exemple lorsque l'association « porte atteinte à la dignité de la personne humaine »¹⁶³³. Il ajoute même un nouvel

¹⁶²⁸ C. séc. int., art L. 212-1, 6° : « Sont dissous, par décret en conseil des ministres, toutes les associations ou groupements de fait [...] qui, soit provoquent à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, soit propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence. »

¹⁶²⁹ L. du 10 janv. 1936 relative aux groupes de combat et milices privées.

¹⁶³⁰ Ph.-H. DUTHEIL, *op. cit.*, n° 41-77, p. 885.

¹⁶³¹ Notons toutefois que la sanction de la dissolution administrative concerne l'association, y compris lorsqu'elle est en charge de la gestion d'un lieu de culte. La fermeture du lieu de culte proprement dit fait l'objet d'une disposition à part : C. séc. int., art. L. 227-1 et L. 227-2, créés par la loi n° 2017-1510 du 30 oct. 2017. Aux termes des alinéas 1 et 2 du premier texte : « Aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police peut prononcer la fermeture des lieux de culte dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes.

Cette fermeture, dont la durée doit être proportionnée aux circonstances qui l'ont motivée et qui ne peut excéder six mois, est prononcée par arrêté motivé et précédée d'une procédure contradictoire dans les conditions prévues au chapitre II du titre II du livre Ier du code des relations entre le public et l'administration [...] »

¹⁶³² CE, 26 janv. 2018, n° 412312, *AJDA* 2018. 197, obs. E. MAUPIN ; CE, 15 déc. 2017, n° 401378. V. également Cons. constit., n° 2017-677 QPC du 1^{er} déc. 2017, spéc. § 5 ; D. 2018. 876, obs. Y. MAYAUD ; *Constitutions* 2018. 277, obs. O. LE BOT. Également, D. du 28 oct. 2020, NOR : INTD2029095D, *Association Barakacity*, R. MATTA-DUVIGNAU, « BarakaCity, les Loups Gris, CCIF : quel cadre juridique pour la dissolution d'associations ? », 10 nov. 2020, *Blog du Club des Juristes*. Comp. TA Montreuil, 27 oct. 2020, n° 2011260, *Fédération musulmane de Pantin*, *AJ Pénal* 2020. 2054, note M.-Ch. DE MONTECLER. Sur les usages historiques de la dissolution administrative depuis 1936, v. Ph.-H. DUTHEIL, *op. cit.*, *ibid.*

¹⁶³³ Projet de loi confortant les principes républicains, 16 nov. 2020, NOR : INTX2030083L/Rose-1, art. 8, modifiant l'article L. 212-1 du Code de la sécurité intérieure. Le projet propose d'insérer deux alinéas à l'article L. 212-1 :

« 8° Ou dont les agissements portent atteinte à la dignité de la personne humaine ;

9° Ou qui exercent des pressions psychologiques ou physiques sur des personnes dans le but d'obtenir des actes ou des abstentions qui leur sont gravement préjudiciables. »

article L. 212-1-1 au Code de la sécurité intérieure¹⁶³⁴, qui sanctionne les associations dont les membres sont impliqués dans les agissements visés à l'article L. 212-1 du même code.

Inspirées de façon évidente par la lutte contre le terrorisme, les sanctions administratives n'épuisent pas l'éventail des restrictions dont les associations de droit commun font l'objet. Une limite d'un autre genre pourrait être adoptée en droit français : il s'agit de la « coloration laïque » imposée aux associations de droit commun.

453. Vers l'imposition d'une coloration laïque aux associations ? Tel était le chemin que devait prendre la loi confortant les principes républicains, qui, d'après la ministre déléguée à la citoyenneté, comprendrait « la création, pour les associations, d'un contrat d'engagement sur la laïcité »¹⁶³⁵. Quelles seraient les associations soumises à un tel contrat, et en quoi consisterait-il ? L'Exécutif semble avoir limité *ratione personae* l'obligation d'adhésion à ce « contrat d'engagement sur la laïcité » aux associations bénéficiant de subventions publiques. En bonne logique, les associations musulmanes devraient en être exclues : le principe de non-subvention s'applique à toutes les associations assurant l'exercice d'un culte, et ce, quelle que soit leur forme associative. Dès lors, les « associations musulmanes » n'étant pas censées recevoir de subventions publiques, elles ne devraient pas être concernées par une telle obligation. Toutefois, un facteur de complication ne doit pas être négligé : en raison du flou qui entoure généralement l'objet social des « associations musulmanes », il n'est pas impossible que certaines d'entre elles bénéficient de subventions, et soient, en conséquence, assujetties à ce « contrat d'engagement sur la laïcité ». Subissant dès lors toutes les conséquences de leur défaut de spécificité statutaire, les « associations musulmanes » pourraient se voir imposer une coloration laïque — résultat qui ne manquerait pas de piquant. L'avant-projet de loi « confortant les principes républicains » aurait-il envisagé la difficulté ? Bien qu'une réponse positive soit improbable, il convient de remarquer que le texte de l'avant-projet ne mentionne plus explicitement l'obligation d'adhésion à la laïcité, lui substituant la mention des « principes et valeurs de la République »¹⁶³⁶. Le contenu de l'obligation contractuelle n'est pas des

¹⁶³⁴ Projet de loi préc., proposant de créer la disposition suivante : C. séc. int., art. L. 212-1-1 : « Pour l'application des dispositions de l'article L. 212-1 sont imputables à une association ou à un groupement de fait les agissements mentionnés à cet article commis par un ou plusieurs membres et directement liés aux activités de l'association du groupement dès lors que leurs dirigeants, bien qu'informés de ces agissements, se sont abstenus de prendre les mesures nécessaires pour le faire cesser, compte tenu des moyens dont ils disposaient. »

¹⁶³⁵ En ce sens, *Le Monde*, 6 sept. 2020, « Gérald Darmanin et Marlène Schiappa précisent le contenu du projet de loi contre les séparatismes » : « Le texte, qui doit être au menu du séminaire gouvernemental de mercredi, aura pour but "d'éviter que certains groupes ne se réfèrent autour d'appartenances ethniques ou religieuses", comme l'avait annoncé le premier ministre, Jean Castex, en juillet. Il comprendra "la création, pour les associations, d'un contrat d'engagement sur la laïcité", déclare la ministre déléguée à la citoyenneté, Marlène Schiappa, dans *Le Parisien*. »

¹⁶³⁶ Projet de loi confortant les principes républicains, 16 nov. 2020, NOR : INTX2030083L/Rose-1, en ligne : <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz->

plus limpides, et l'on ne sait, à la lecture de l'avant-projet, quelle sera la portée de l'obligation pour les « associations musulmanes » bénéficiant de subventions publiques.

Une nouvelle illustration de la tendance des pouvoirs publics à imposer une « coloration laïque » aux associations peut être évoquée au sujet des partis politiques. Les parlementaires ont proposé de soumettre ces associations à une sorte d'obligation de souscription à la « valeur laïcité »¹⁶³⁷. La même idée a été proposée pour les associations sportives, auxquelles il serait ordonné de se doter de chartes de laïcité et de veiller à les faire respecter par les adhérents¹⁶³⁸.

Cette volonté réitérée des pouvoirs publics à imposer une coloration laïque à certaines associations — celles qui perçoivent des subventions publiques, les partis politiques, les associations sportives — indique assez clairement que les « associations musulmanes » loi de 1901 sont invitées à changer de forme sociale, ce qui implique certainement une réforme profonde des associations culturelles musulmanes.

II. Les propositions de refonte du droit des associations culturelles

454. Les pistes de droit public. Que le système prévu par le législateur en 1901-1905 ne soit guère adapté à l'islam n'est, du reste, pas une nouveauté. En réalité, les pouvoirs publics ont toujours été frappés par cette inadéquation, puisqu'ils n'ont cessé, depuis la conquête de

actualite.fr/files/resources/2020/11/projet_de_loi_confortant_les_principes_republicains.pdf, art. 6 : « Toute association qui sollicite l'octroi d'une subvention auprès d'une autorité administrative ou d'un organisme chargé de la gestion d'un service public industriel et commercial s'engage, par un contrat d'engagement républicain, à respecter des principes et valeurs de la République, en particulier le respect de la dignité de la personne humaine, le principe d'égalité, notamment entre les femmes et les hommes, le principe de fraternité et le rejet de la haine ainsi que la sauvegarde de l'ordre public [...] »

¹⁶³⁷ Proposition de L. n° 108 du 8 nov. 2019 (session 2019-2020), tendant à assurer le respect des valeurs de la République face aux menaces communautaristes. L'article 9 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique serait complété par les mots : « et n'ayant pas, au cours de la campagne électorale ou durant les six mois précédant son ouverture, tenu dans les lieux publics, par quelque moyen que ce soit, y compris écrit, des propos contraires aux principes de la souveraineté nationale, de la démocratie ou de la laïcité afin de soutenir les revendications d'une section du peuple fondées sur l'origine ethnique ou l'appartenance religieuse ».

¹⁶³⁸ Projet de loi confortant les principes républicains, 16 nov. 2020, NOR : INTX2030083L/Rose-1, art. 24 : l'art. L. 131-9 du Code du sport serait ainsi rédigé : « Dans le respect du contrat d'engagement républicain mentionné à l'article L. 131-8 et du principe constitutionnel de laïcité, les fédérations sportives agréées participent à la mise en œuvre des missions de service public relatives au développement et à la démocratisation des activités physiques et sportives. » Comp. la proposition de L. n° 155 du 12 sept. 2012 visant à interdire l'emploi, le port ou la présentation d'objets du culte, ou ayant un caractère ostentatoire, ainsi que toute manifestation de prosélytisme religieux lors de manifestations sportives. V. également *La Croix*, 27 janv. 2016 : le Ministre de la ville, de la jeunesse et des sports, Patrick Kanner, entendait expliciter aux associations le contenu de leur obligation de respecter « les valeurs de liberté, d'égalité et de fraternité ». Cette obligation résulte de l'article 1, § 2 (le préambule) de la « Charte d'engagements réciproques entre l'État, le Mouvement associatif et les collectivités territoriales », signée le 14 févr. 2014. Or, pour le Ministre, le contenu qu'il entend donner à ces valeurs est celui de laïcité, car il fait suite à un rapport du Service central du renseignement territorial, qui faisait état de « l'emprise des réseaux fondamentalistes musulmans sur le milieu sportif amateur ». Il faut encore signaler le cas particulier des associations familiales et l'article D. 217-2 du CAF qui impose, pour que l'association obtienne l'agrément, qu'elle respecte les « principes de neutralité et de laïcité. »

l'Algérie¹⁶³⁹, de chercher un moyen d'institutionnaliser l'islam, ne craignant pas de multiplier les entorses au principe de non-subvention des cultes par la République¹⁶⁴⁰. L'espoir d'arriver, un jour, à instituer un islam conforme aux valeurs de la République¹⁶⁴¹ aurait en quelque sorte servi de justificatif à ces provisoires écarts, puisque le résultat escompté — une pratique musulmane paisible et intégrée à la République — aurait permis aux pouvoirs publics de s'en désintéresser ultérieurement, se bornant à le couler dans le moule prévu par le binôme des lois de 1901-1905. Ce rêve gallican visant à établir un « islam de France » ne s'est pour l'heure pas encore réalisé — peut-être parce que les musulmans de France ne se reconnaissent pas dans les organismes institués¹⁶⁴², peut-être en raison des dissensions entre les différentes instances¹⁶⁴³, elles-mêmes peut-être dues à

¹⁶³⁹ Sur « l'invention du culte musulman » en Algérie française, v. O. SAAIDIA, *Algérie coloniale. Musulmans et chrétiens : le contrôle de l'État (1830-1914)*, (préf. H. LAURENS), Paris, CNRS Éditions, 2015.

¹⁶⁴⁰ Par ex., P.-H. PRELOT, F. MESSNER, J.-M. WOERHLING, *Traité de droit français des religions*, Paris, LexisNexis, 2013, n° 636, p. 379 : « C'est même dans les années 1930 que la tutelle de l'État sur la religion musulmane se révélera la plus forte, avec la fameuse circulaire Michel du préfet d'Alger qui, en mai 1933, confirmera le contrôle de l'administration sur le recrutement du personnel cultuel musulman et réglementera le droit de prêcher dans les mosquées. Peu de temps après, un Comité consultatif du culte musulman sera créé, avec à sa tête un fonctionnaire français, non musulman. » *Ibid.*, n° 637 et 638, p. 379-380 : « L'incertitude dans les intentions du législateur durera jusqu'au lendemain de la Seconde guerre mondiale. Divers projets, reprenant pour partie les revendications de l'Association des oulémas, prévoient alors la création d'un organisme fédérant les associations culturelles musulmanes d'Algérie. Le statut de l'Algérie adopté en 1947, tout en confirmant le principe d'indépendance du culte musulman par rapport à l'État, renvoie à l'Assemblée algérienne le soin d'organiser concrètement cette indépendance. Une Commission du culte musulman, créée par l'Assemblée en 1951, élabore avec difficulté le projet d'une Union générale des comités culturels, qui serait chargée de l'administration du culte musulman et serait financée par le budget de l'Algérie. Mais le Conseil d'État émet en 1953 un avis négatif à l'encontre de ce projet, estimant que le principe de séparation des Églises et de l'État ne permet pas à celui-ci de créer ce type d'organisme. Faute de pouvoir définir une situation de droit, on en restera, jusqu'à l'indépendance de l'Algérie, à une situation de fait, celle d'une dépendance arbitraire du culte musulman par rapport à l'administration. [...] Si la particularité algérienne touche toutes les religions, l'intervention de l'État affecte plus fortement l'exercice du culte musulman. Les contraintes d'ordre public, plus sévèrement appréciées, soumettent la religion musulmane à un contrôle tatillon, et la Direction des affaires indigènes intervient fréquemment dans la nomination des imams. » V. également le statut de la Mosquée de Paris, *ibid.* n° 644, p. 383 ; A. BOYER, *L'institut musulman de la Mosquée de Paris*, Paris, CHEAM – La Documentation française, 1992.

¹⁶⁴¹ Ce rôle a été dévolu successivement à plusieurs instances censées représenter l'islam en France. La première à chercher à endosser ce rôle fut la Mosquée de Paris. Toutefois, ses liens trop étroits avec l'Algérie ont conduit les pouvoirs publics français à lui préférer, temporairement, une autre instance : le Conseil de réflexion sur l'islam en France (CORIF), créé en 1989 à l'initiative de Pierre Joxe, ministre de l'Intérieur et des cultes. Cette instance, dont le rôle était mal défini, avait en outre été critiquée parce qu'elle violait les principes de la laïcité du droit public, et parce qu'elle était jugée non représentative des musulmans de France. La Mosquée de Paris, retrouvant dans son recteur Dalil Boubakeur son rôle de fédératrice de l'islam en France, a entrepris à partir de 1993 de structurer le paysage musulman en créant l'Institut de théologie, le Conseil consultatif des musulmans de France, la Coordination nationale des musulmans de France, englobant, dans cette dernière, la Fédération nationale des musulmans de France. C'est à la Mosquée de Paris qu'est due l'adoption de la « Charte du culte musulman en France », adoptée en 1994, dont le but consiste à faire émerger un islam de France (en ligne : <https://www.mosqueedeparis.net/lacharte/>). L'entreprise de fédérer l'islam autour de la Mosquée de Paris fut partiellement un échec, puisque la Fédération nationale des musulmans de France a quitté la Coordination au bout de quelques mois. Cherchant, une nouvelle fois, à créer une instance représentative et séparée de la Mosquée, le gouvernement a institué, en décembre 1995, le Haut Conseil des musulmans de France. Cette tentative du gouvernement sera la dernière, ce qui n'a pas empêché d'autres associations, ou associations d'associations, d'émerger.

¹⁶⁴² En ce sens, P.-H. PRELOT, F. MESSNER, J.-M. WOERHLING, *op. cit.*, n° 661, p. 395.

¹⁶⁴³ *Ibid.*, n° 659, p. 394.

des accointances trop fortes avec l'*establishment* de pays étrangers¹⁶⁴⁴. En tout état de cause, cette politique, qui se situe officiellement aux confins du droit privé et du droit public¹⁶⁴⁵, correspond en réalité aux prémisses d'un système des cultes reconnus, qui implique une rupture certaine avec la laïcité du droit public¹⁶⁴⁶.

455. Les pistes de droit privé. La réforme était-elle trop ambitieuse ? Bien qu'ils aient périodiquement manifesté des velléités gallicanes à l'égard de l'islam, les pouvoirs publics n'ont jamais sérieusement entrepris une refonte totale du système des cultes, pour établir un islam de France. Le dernier projet de réforme se situe exclusivement sur le terrain du droit privé¹⁶⁴⁷, manifestant, par les nouvelles restrictions proposées, la même volonté : garantir la conformité de l'islam aux valeurs de la République.

Pour éviter que d'indésirables influences étrangères ne s'invitent aux prêches religieux, le chef de l'État avait émis le souhait que les financements étrangers des lieux de culte soient prohibés — mais il n'est pas précisé quelles seront les sources financières autorisées. Le même esprit présiderait à l'interdiction des « imams détachés », ministres du culte formés à l'étranger, où ils sont généralement fonctionnaires, et envoyés temporairement en France pour y prêcher. Enseignant une doctrine religieuse venue de l'étranger dans une langue étrangère, ils sont accusés de participer d'un « islam consulaire »¹⁶⁴⁸. On voudrait donc leur substituer des imams français, prêchant en français et formés en France¹⁶⁴⁹. Ces mesures d'interdiction et de substitution, qui ont été en partie

¹⁶⁴⁴ Reproche généralement formulé à l'encontre de la Mosquée de Paris : *ibid.*, n° 656, p. 392 ; mais il peut être étendu aux autres associations ou regroupements d'associations : le Rassemblement des musulmans de France est proche du pouvoir marocain ; l'Union des organisations islamiques de France est proche des États musulmans conservateurs du Golfe ; l'association « Foi et pratique » et l'association « Tabligh wa da'wa ilillah » sont nées d'un courant fondamentaliste indien. V. P.-H. PRELOT, F. MESSNER, J.-M. WOERHLING, *op. cit.*, n° 657 et s., p. 393 et s.

¹⁶⁴⁵ Par ex., v. le statut de la Mosquée de Paris : A. BOYER, *L'institut musulman de la Mosquée de Paris*, Paris, CHEAM – La Documentation française, 1992 ; P.-H. PRELOT, F. MESSNER, J.-M. WOERHLING, *op. cit.*, n° 644, p. 383.

¹⁶⁴⁶ J. MORANGE, « Peut-on réviser la loi de 1905 ? », *RFD* 2005. 153. Sur l'établissement d'un « Islam de France », v. le dossier « Les valeurs de la République et l'islam », *Revue du droit des religions*, 2018, n° 6 ; J. ROBERT, « Liberté de religion, de pensée et de croyance », in *Libertés et droits fondamentaux* (dir. R. CABRILLAC), Paris, Dalloz, coll. « CRFPA », 2020, n° 563 et s., p. 468 et s., spéc. n° 591, p. 484.

¹⁶⁴⁷ Projet de loi confortant les principes républicains, 16 nov. 2020, NOR : INTX2030083L/Rose-1, en ligne : https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/11/projet_de_loi_confortant_les_principes_republicains.pdf. V. P. JANUEL, « Projet de loi séparatisme : le texte de l'avant-projet de loi », *Dalloz Actualité*, 18 nov. 2020, et la note de présentation du projet, 16 nov. 2020, en ligne : https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/11/note_de_presentation.pdf.

¹⁶⁴⁸ *La Croix*, 18 févr. 2020, « Imams détachés : pourquoi la France veut en finir avec ce système » (en ligne : https://www.la-croix.com/France/imams-detaches-toujours-coeur-debats-2020-02-18-1201079051?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_content=20200219&utm_campaign=newsletter_crx_reledito&utm_term=1629&PMID=89468794504b849f340573a8080a1cb9).

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*

adoptées par l'Allemagne et par l'Autriche¹⁶⁵⁰ — États dont on rappellera utilement qu'ils ont adopté le modèle constitutionnel des cultes reconnus — pourraient-elles être incorporées au droit français ? Les annonces du ministre de l'Intérieur, livrant les principales nouveautés du futur projet de loi confortant les principes de la République, vont dans cette direction, sans toutefois préciser le futur cadre de l'islam¹⁶⁵¹. Ainsi, les associations musulmanes devront abandonner le cadre trop souple de la loi de 1901 pour devenir des associations culturelles « spécialisées et encadrées »¹⁶⁵², ce qui devrait permettre « d'assurer la transparence de la gouvernance et des financements »¹⁶⁵³. Le nouveau régime s'enrichirait « d'obligations nouvelles de transparence (comptable et financière) »¹⁶⁵⁴, d'une « disposition “anti-putsch” »¹⁶⁵⁵ qui viserait à « protéger les associations culturelles de prises de contrôle malveillantes »¹⁶⁵⁶ ainsi que d'un renforcement des « dispositions en matière de police des cultes [...] pour préserver les lieux de culte d'agissements et de diffusion d'idées et de propos hostiles aux lois de la République. »¹⁶⁵⁷.

Ce cadre nouveau, dont la soumission au Parlement est prévue pour le 9 décembre 2020 — date anniversaire — instituera-t-il un authentique « islam de France » de droit privé ? La question reste ouverte.

¹⁶⁵⁰ L'Autriche aurait interdit les imams détachés et l'Allemagne formerait désormais ses propres imams : en ce sens, *La Croix*, art. préc.

¹⁶⁵¹ Projet de loi confortant les principes républicains, 16 nov. 2020, NOR : INTX2030083L/Rose-1, en ligne : https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/11/projet_de_loi_confortant_les_principes_republicains.pdf. V. P. JANUEL, « Projet de loi séparatisme : le texte de l'avant-projet de loi », *Dalloz Actualité*, 18 nov. 2020, et la note de présentation du projet, 16 nov. 2020, en ligne : https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/11/note_de_presentation.pdf.

¹⁶⁵² Document de travail publié sur Tweeter le 6 oct. 2020 par le ministre de l'Intérieur, Gérald Darmanin.

¹⁶⁵³ *Op. cit.*

¹⁶⁵⁴ *Ibid.* Comp. projet préc., art. 31 à 39.

¹⁶⁵⁵ Projet préc., art. 29, modifiant la L. du 9 déc. 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, art. 19. La nouvelle rédaction de cette disposition sur les associations culturelles donne un rôle inédit au Conseil d'État, qui définira « les procédures mentionnées au présent article [...] par décret » : ces procédures concernent en particulier la transparence financière. C'est ce qui lui a valu l'appellation de « clause anti-putsch », reprise dans la note de présentation du projet, 16 nov. 2020, spéc. p. 5, en ligne : https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/11/note_de_presentation.pdf.

¹⁶⁵⁶ Document de travail publié sur Tweeter le 6 oct. 2020 par le ministre de l'Intérieur, Gérald Darmanin.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.* Projet préc., art. 42 à 47.

Conclusion de la section 1

456. Mesures inadéquates en matière associative. Pour prévenir les troubles à l'ordre public provoqués par les congréganistes, le législateur de la III^{ème} République eut l'idée d'entraver la constitution de la forme sociale qu'ils empruntaient, sans agir directement par la répression pénale. Il s'agissait essentiellement de soumettre les congrégations à un régime d'autorisations préalables et de brider la constitution de leurs fortunes. Ce mécanisme s'est révélé efficace pour lutter contre les sectes, mais il n'a pu être transposé aux associations musulmanes afin de prévenir les troubles à l'ordre public. Il a donc fallu rechercher les mécanismes préventifs ailleurs que dans le cadre prévu par le binôme des lois de 1901 – 1905, en multipliant les causes de dissolution administrative, voire en imposant un « contrat d'engagement sur la laïcité » aux associations de droit commun. Ces dispositifs sont-ils adaptés à la prévention des troubles à l'ordre public engendrés par les « associations musulmanes » ? Si l'efficacité des censures administratives ne semble pas remise en cause, la légitimité de la multiplication de ces mesures pourrait être remise en question : rappelons qu'à l'origine, le dispositif prévu par la loi de 1936 n'avait qu'une vocation exceptionnelle. En outre, l'imposition d'une coloration laïque aux associations de droit commun laisse dubitatif : ces groupements sont-ils vraiment le lieu d'une « obligation de laïcité » ? La question de la légitimité mise à part, il est permis de s'interroger : la teneur exacte de l'engagement souscrit dans ce « contrat d'engagement sur la laïcité » ou « sur les principes républicains » est des plus obscures.

Néanmoins, une chose est certaine : à supposer que ces dispositifs aient vocation à être durablement adoptés en droit français, une réforme profonde des associations musulmanes s'impose : celles-ci ne pourront plus conserver leur statut de prédilection du modèle de la loi de 1901. C'est, du reste, un projet de l'Exécutif. Par son projet de loi confortant les principes républicains, le ministère de l'Intérieur manifeste la volonté d'aller vers un « Islam de France ». S'accompagnera-t-il d'un surcroît de libéralisme dans la manifestation des convictions religieuses ? Ce double mouvement est à espérer. Pourtant, les propositions de loi en droit du travail, tendant à faire de la neutralité religieuse une obligation à la charge de tous les salariés des entreprises privées, laissent supposer le contraire.

Section 2 : L'extension de la neutralité religieuse à l'entreprise privée

457. La tentation de l'impérativité dans l'entreprise. Nul doute que la question de faire de l'entreprise privée un domaine de la laïcité impérative concentre l'actualité la plus tourmentée de notre étude. Cette ambition, poussant certains parlementaires à proposer des lois allant dans le sens de restrictions étendues à tous les salariés de droit privé, ou à certaines catégories d'entre eux, n'a pourtant encore aucune existence en droit positif. À l'heure actuelle, nulle restriction, générale ou limitée, ne frappe encore le salarié dans sa liberté religieuse — à moins qu'il ne soit en charge d'un service public¹⁶⁵⁸. Et, fait remarquable, le projet de loi confortant les principes républicains ne prévoit aucune disposition en ce sens. Certes, l'article L. 1321-2-1 du Code du travail¹⁶⁵⁹, qui autorise l'employeur à inscrire l'obligation de neutralité religieuse dans le règlement intérieur, était considéré comme une « première étape »¹⁶⁶⁰ vers l'élargissement de l'obligation de neutralité religieuse aux salariés de droit privé ; mais la lettre de cette disposition ne permet pas d'introduire dans le droit du travail une interdiction de portée générale. En outre, la Cour de justice de l'Union européenne a déclaré qu'un usage non circonstancié de cette obligation de neutralité était contraire à la directive n° 2000/78/CE¹⁶⁶¹. Les réflexions qui suivront se situent donc dans une perspective de droit prospectif. Après avoir énoncé les propositions visant à faire du droit du travail un nouveau domaine de laïcité impérative (§ 1), nous tâcherons de les analyser, en déterminant en quoi elles rompent avec la tradition (§ 2).

§ 1 Les premières manifestations

458. Un climat de restriction. Il règne, en Europe, un climat de restriction des signes religieux¹⁶⁶². La progression, toutefois, n'est tangible que dans certains domaines — le nerf de la guerre étant l'école publique. En Italie, en Belgique, en Autriche et en Allemagne, l'entreprise n'est pas encore devenue le terrain d'une nouvelle obligation de neutralité religieuse **(I)**, à telle enseigne que les parlementaires français prennent, en la matière, le rôle de précurseur **(II)**.

¹⁶⁵⁸ Cf. *supra*, n° 3.

¹⁶⁵⁹ C. trav., art. L. 1321-2-1 : « Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché. »

¹⁶⁶⁰ En ce sens, v. Ch.-A. FRASSA, *Rapport sur la proposition de loi constitutionnelle visant à garantir la prééminence des lois de la République*, 14 oct. 2020, p. 26.

¹⁶⁶¹ CJUE, 14 mars 2017, aff. C-188/15, *Boungaoui et ADDH*. Comp. CJUE, 14 mars 2017, aff. C-157/15, *G4S Secure Solutions*, cf. *supra*, n° 291.

¹⁶⁶² V. l'ouvrage de M. HUNTER-HENIN, *Why Religious Freedom matters for Democracy : Comparative Reflections from Britain and France for a Democratic "vivre ensemble"*, Oxford, Hart, 2020.

I. En Europe

459. La progression des interdicts. De l'Italie, l'Allemagne, l'Autriche et la Belgique, aucun de ces États n'a adopté un système de laïcité constitutionnelle impliquant une séparation stricte de l'État et des communautés religieuses. En principe, dans ces quatre pays, aucune interdiction de revêtir des signes religieux ne frappe les fonctionnaires, à l'exception, parfois, du personnel des tribunaux ou des enseignants des écoles publiques.

En Italie, par exemple, la laïcité a un sens tout à fait particulier, puisque « le crucifix représente un signe de l'idée italienne de laïcité »¹⁶⁶³ ; les fonctionnaires publics ne sont pas officiellement astreints à la neutralité religieuse¹⁶⁶⁴. La question d'une interdiction des signes religieux se pose seulement pour les bâtiments publics¹⁶⁶⁵ et pour les personnes citées devant les tribunaux¹⁶⁶⁶.

En Autriche et en Allemagne, les fonctionnaires publics ne sont pas en principe obligés à la neutralité religieuse, exception faite du personnel des tribunaux¹⁶⁶⁷. Comme en Italie, un mouvement tendant à augmenter le nombre d'interdictions est perceptible : un certain nombre de *Länder* ont voté des interdictions limitées au personnel enseignant, avant que la Cour constitutionnelle fédérale ne vienne opposer sa censure¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶³ M. C. IVALDI, « La question des signes et symboles religieux en Italie entre législation et jurisprudence », *Revue du droit des religions*, 2019, n° 7, p. 154, spéc. p. 163. L'auteur reprend l'idée du Conseil d'État italien, 2 févr. 2006, n° 556.

¹⁶⁶⁴ En ce sens, v. par ex. M. C. Ivaldi, « La question des signes et symboles religieux en Italie entre législation et jurisprudence », *Revue du droit des religions*, 2019, n° 7, p. 154, spéc. p. 160.

¹⁶⁶⁵ Cour EDH, 18 mars 2011, req. n° 30814/06, *Lautsi et alii c. Italie*. Au sujet de l'affichage de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques, la Grande chambre de la Cour EDH a considéré que ce symbole, essentiellement passif (§ 72), n'était pas de nature à « caractériser une démarche d'endoctrinement de la part de l'État défendeur » (§ 71), dont il suit que la marge nationale d'appréciation reconnue à l'État italien devait l'emporter sur la violation alléguée à la liberté de conscience.

¹⁶⁶⁶ A. MADERA, « Il porto di simboli religiosi nel contesto giudiziario », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, févr. 2020, n° 4, p. 38.

¹⁶⁶⁷ En Allemagne, toutefois, il est fait exception du personnel des tribunaux ; en ce sens, v. Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*), 14 janv. 2020, n° 2 BvR 1333/17 -, Rn. 1-26 : la Cour constitutionnelle fédérale a ainsi jugé que l'interdiction faite à l'équivalent des « auditeurs de justice » (*RechtsreferendarInnen*) de porter des signes religieux était justifiée par la neutralité religieuse de l'État, qui devait l'emporter, dans ce cas exceptionnel, sur la liberté religieuse individuelle. Pour l'Autriche, comp. la prise de position de l'Office régional contre les discriminations de Steiermark (*Antidiskriminierungsstelle Steiermark*), du 6 avr. 2020, relative à l'interdiction des signes religieux du personnel enseignant (en ligne : <https://www.antidiskriminierungsstelle.steiermark.at/cms/beitrag/12776634/157124436>).

¹⁶⁶⁸ Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*), 27 janv. 2015, n° 1 BvR 471/10 -, Rn. 1-31. Récemment, en août 2020, la Cour fédérale du travail a rappelé cet interdit, sanctionnant la cour régionale du travail (*Landesarbeitsgericht*) de Berlin-Brandebourg pour avoir fondé sa décision sur la loi berlinoise « sur la neutralité » (*Neutralitätsgesetz*) du 27 janv. 2005 (GVBl. S. 92), interdisant à tous les fonctionnaires publics d'afficher leur appartenance religieuse : Cour fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht, BAG*), 27 août 2020, n° 8 AZR 62/19. V. *Die Welt*, 27 août 2020, en ligne : <https://www.welt.de/debatte/article214508654/Neutralitaetsgesetz-Eine-schallende-Ohrfeige-fuer-Berlin-Gut-so.html>.

L'état actuel du droit belge appelle des remarques similaires. La conception belge de la laïcité, fort éloignée de la conception française, laisse présager de grandes différences¹⁶⁶⁹ : en 2010, le Conseil d'État a rappelé que « la Constitution belge n'a pas érigé l'État belge en État laïque »¹⁶⁷⁰ et que la laïcité devait être comprise comme une « conception philosophique parmi d'autres »¹⁶⁷¹ — certains diront qu'en Belgique, elle « n'est rien d'autre qu'un autre culte [...] un courant philosophique constitutionnellement reconnu, une forme de religion de trop »¹⁶⁷². Les fonctionnaires publics ne sont pas astreints à une obligation de neutralité religieuse vestimentaire¹⁶⁷³, sauf, en territoire francophone, les enseignants¹⁶⁷⁴. L'interdiction y a été étendue en juin 2020 aux étudiants des universités¹⁶⁷⁵.

Pour l'essentiel, la progression des interdits concerne donc surtout le domaine de l'école — ce qui n'a pas été sanctionné par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a considéré qu'une obligation de neutralité religieuse en milieu scolaire pouvait être justifiée¹⁶⁷⁶. L'entreprise privée est-elle susceptible d'être atteinte par ces restrictions ?

460. La tendance du *diversity management* en Europe. L'Italie, par exemple, semble fort loin d'adopter de telles mesures. Si les faits témoignent parfois, de la part des employeurs, d'une volonté d'imposer la neutralité religieuse¹⁶⁷⁷, la tendance est plutôt à l'implantation des accommodements raisonnables¹⁶⁷⁸. Il en va de même en Allemagne : dans une étude publiée fin

¹⁶⁶⁹ Pour une comparaison, v. H. DUMONT et X. DELGRANGE, « Le principe de pluralisme face à la question du voile islamique en Belgique », *Droit et société* 2008, n° 68, p. 75.

¹⁶⁷⁰ Conseil d'État belge, 21 déc. 2010, n° 210.000, XXXX c. *Ville de Charleroi*, § 6. 7. 2.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*

¹⁶⁷² M. UYTENDAELE, « Le modèle belge de neutralité de l'État », *RDLF* 2019, chron. n° 52.

¹⁶⁷³ Une loi a été déposée en ce sens devant le Parlement wallon, qui a été rejetée en mars 2014 : en ce sens, L.-L. CHRISTIANS et A. OVERBEEKE, « Religious Rules and Principles in Belgian Law », in *Religious Rules, State Law and Normative Pluralism. A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI, S. FERRARI), Springer, 2016, p. 91, spéc. p. 100.

¹⁶⁷⁴ Encore que l'interdiction n'est générale qu'en pays flamand ; en Belgique francophone, chaque école est libre d'interdire ou d'autoriser, dans son règlement intérieur, les signes religieux : en ce sens, L.-L. CHRISTIANS et A. OVERBEEKE, art. préc., spéc. p. 100.

¹⁶⁷⁵ Cour constitutionnelle belge, 4 juin 2020, n° 81/2020. Comp. en France, la proposition de L. n° 234 du 28 oct. 2020, de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030, proposant d'ajouter un alinéa dans le C. éducat., art. L. 952-2 : « Les libertés académiques s'exercent dans le respect des valeurs de la République ». L'exposé des motifs précise qu'« il s'agit, par cette disposition, d'inscrire dans la loi que ces valeurs, au premier rang desquelles la laïcité, constituent le socle sur lequel reposent les libertés académiques et le cadre dans lequel elles s'expriment ».

¹⁶⁷⁶ Cour EDH, 15 févr. 2001, req. n° 42393/98, *Dablab c. Suisse*.

¹⁶⁷⁷ Comp. Cour d'appel de Milan, 4 mai 2016, n° 279/2016, *Sara Mahmoud c. Evolution Events SRL*. Dans cette affaire, une société louant les services d'hôtesse d'accueil a été condamnée parce que son exigence de neutralité n'avait pas été suffisamment claire et n'obéissait pas aux standards du raisonnable et de proportionnalité rappelés par la cour d'appel.

¹⁶⁷⁸ B. G. BELLO, « Accommodamenti ragionevoli basati sulla religione tra diritto antidiscriminatorio e diversity management », *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 2020, n° 12, p. 1. Comp. G. MACRÌ, « Osservazioni sulla proposta di legge "Norme in materia di libertà di coscienza e di religione", elaborata dal gruppo di lavoro coordinato dalla Fondazione ASTRID », *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 2018, n° 10, p. 1, spéc. p. 28-32. L'auteur commente une

2019, le Bundestag faisait état de l'absence de propositions de lois allant en ce sens¹⁶⁷⁹. Le fait pour une entreprise de mener une « politique de neutralité » peut être considéré, outre-Rhin, comme un but légitime ; mais encore est-il nécessaire que les mesures restreignant l'expression religieuse sur les lieux de travail soient justifiées, au cas par cas, et proportionnées au but recherché. La simple inscription dans le règlement intérieur d'une « tenue non religieuse » est insuffisante pour fonder le licenciement d'une salariée qui refuserait de travailler la tête nue¹⁶⁸⁰. En somme, si la jurisprudence des cours du travail de certains *Länder* est ponctuée par quelques licenciements à l'encontre de salariées ayant refusé d'ôter leur voile islamique, les pouvoirs publics cherchent au contraire à contrecarrer cette tendance en promouvant le concept de *diversity management*¹⁶⁸¹, qui pourrait être rapproché de la pratique des accommodements raisonnables¹⁶⁸². Comme les employeurs d'Italie et d'Allemagne, ceux de la Belgique exigent parfois de leurs salariés qu'ils s'astreignent à la neutralité religieuse : en témoigne la question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'Union européenne¹⁶⁸³. Et si l'obligation de neutralité religieuse y est parfois perçue comme un moyen de gérer les tensions intercommunautaires¹⁶⁸⁴, aucun mouvement en faveur d'une interdiction de portée générale n'est perceptible en Belgique — ce qui contraste avec les propositions des parlementaires français.

proposition de loi issue d'une association savante, qui comprend un volet « liberté religieuse au travail », et qui se contente d'intégrer en droit italien les règles issues de la directive européenne n° 2000/78 et le principe de proportionnalité.

¹⁶⁷⁹ V. par ex., Deutscher Bundestag, *Aspekte des Schutzes der Religionsausübung am Arbeitsplatz*, oct. 2019, WD 6 - 3000 - 083/19, p. 7, en ligne : <https://www.bundestag.de/resource/blob/668552/ad948437e76eace5f138f792525e2787/WD-6-083-19-pdf-data.pdf>

¹⁶⁸⁰ Par ex., Cour régionale du travail (*Landesarbeitsgericht*, LAG) de Nuremberg, 27 mars 2018, n° 7 Sa 304/17, *ibid.*, p. 8-9.

¹⁶⁸¹ Encourageant cette technique managériale, v. la brochure de l'Office fédéral contre les discriminations : Antidiskriminierungsstelle des Bundes, *Religiöse Vielfalt am Arbeitsplatz. Grundlagen und Praxisbeispiele*, 2017, en ligne : https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/Literatur/Reli_Weltan/Religioese_Vielfalt_am_Arbeitsplatz.pdf?blob=publicationFile&v=4

V. également S. FRANKEN, *Personal : Diversity Management*, Cham, Springer, 2015.

¹⁶⁸² V. Deutscher Bundestag, *Aspekte des Schutzes der Religionsausübung am Arbeitsplatz*, oct. 2019, WD 6 - 3000 - 083/19, p. 9.

¹⁶⁸³ Ce sont les faits de l'affaire CJUE, 14 mars 2017, aff. C-157/15, *GAS Secure Solutions*, cf. *supra* n° 291.

¹⁶⁸⁴ V. la brochure du syndicat majoritaire belge, la Confédération des syndicats chrétiens, *Comment gérer la diversité convictionnelle en entreprise*, nov. 2017, p. 19, en ligne : https://www.lacsc.be/docs/default-source/acv-csc-docsitemap/5000-over-het-acv-a-propos-de-la-csc/5230-publicaties-publications/5240-folders-en-brochures-brochures/5310-diversiteit-discriminatie-migration-diversiteit%20C3%A9/brochure-gerer-la-diversite-convic-en-entreprise.pdf?sfvrsn=126fac7_4

II. En France

461. Les réactions à l'affaire *Baby Loup*¹⁶⁸⁵. La longue affaire *Baby Loup* avait suscité des réactions, du côté des parlementaires, pour ajouter à l'arsenal législatif du droit du travail certaines dispositions censées permettre « l'application des principes de laïcité et de neutralité dans les entreprises régies par le droit du travail »¹⁶⁸⁶. Il faut dire qu'à l'époque, l'idée avait recueilli l'écrasante majorité des suffrages des Français, sondés pour l'occasion : 83 % s'étaient ainsi déclarés favorables à une extension de la laïcité des agents publics à tous les salariés des entreprises privées, et 86 % voulaient faire peser cette obligation sur les personnes s'occupant de jeunes enfants¹⁶⁸⁷.

462. Les propositions d'interdiction générale. Une des premières propositions, datant du 28 mars 2013, est en quelque sorte une réaction « à chaud » à la déception provoquée par l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 19 mars¹⁶⁸⁸. Jugeant le droit du travail mal pourvu, les trente députés porteurs de la proposition de loi ont ainsi suggéré d'introduire deux dispositions en vertu desquelles « sont réputées ainsi justifiées les restrictions aux droits et libertés susvisés de nature à garantir en toutes circonstances aux usagers, à la clientèle et aux salariés de l'entreprise le respect des principes de laïcité et de neutralité. »¹⁶⁸⁹. Une telle disposition, par laquelle les salariés des entreprises privées n'auraient plus guère été distingués des agents publics, aurait certainement été jugée inconstitutionnelle. Elle fut donc immédiatement remplacée par une autre proposition, énonçant des restrictions nettement moins permanentes. Aux termes de ce deuxième texte, le droit du travail aurait été complété par une disposition assez semblable à celle qui figure, aujourd'hui, à l'article L. 1321-2-1 du Code du travail, puisqu'il fut question d'autoriser des restrictions à la manifestation des convictions religieuses fondées sur la neutralité, sans toutefois en faire un principe systématique¹⁶⁹⁰.

Revenant à l'esprit du premier texte, une troisième proposition de loi vit le jour quelques mois plus tard, dans laquelle l'interdiction de revêtir tout signe religieux est énoncée avec une parfaite clarté, formulée en termes généraux et ne prévoyant qu'une exception : les « entreprises à

¹⁶⁸⁵ Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Baby Loup*, cf. *supra*, n° 1.

¹⁶⁸⁶ Proposition de L. n° 864 du 29 mars 2013, présentée par Ph. HOULLON *et alii* devant l'Assemblée Nationale.

¹⁶⁸⁷ Sondage BVA publié par *Le Parisien*, 25 mars 2013, en ligne : <http://www.leparisien.fr/societe/loi-sur-le-port-du-voile-le-debat-relance-25-03-2013-2669103.php>.

¹⁶⁸⁸ Arrêt préc.

¹⁶⁸⁹ Proposition de L. n° 864 du 29 mars 2013, présentée par Ph. HOULLON *et alii* devant l'Assemblée Nationale.

¹⁶⁹⁰ Proposition de L. n° 865 du 29 mars 2013, présentée par E. CIOTTI. L'art. L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail auraient été ainsi modifiés : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché, par des impératifs tenant à la sécurité, à la santé, à la neutralité à l'égard de toutes les opinions ou croyances en fonction des tâches exercées. » (nous soulignons).

vocation confessionnelle »¹⁶⁹¹, c'est-à-dire les entreprises de tendance¹⁶⁹². Elle fut réitérée en 2016, dans une proposition de loi constitutionnelle, suggérant d'introduire à l'article 1^{er} de la Constitution un alinéa portant cette interdiction¹⁶⁹³. Cette proposition de portée générale sera reprise en 2017, dans le programme d'un candidat à la Présidence de la République¹⁶⁹⁴, et bien qu'elle ne soit pas encore de droit positif, elle ne cesse d'être remise à l'ordre du jour.

La dernière version¹⁶⁹⁵ de cette interdiction consiste dans la création, dans le Code du travail, d'un titre à part intitulé « Laïcité », et qui comprendrait deux chapitres, chacun constitué d'une disposition unique. La première déterminerait le champ d'application de la laïcité du droit du travail¹⁶⁹⁶. La seconde serait ainsi rédigée : « Tout salarié est tenu à l'obligation de neutralité et au respect du principe de laïcité sur son lieu de travail. À cet effet, il doit s'abstenir notamment de manifester ses opinions religieuses sur son lieu de travail. »¹⁶⁹⁷.

463. Les propositions d'interdictions limitées. Parallèlement à ce mouvement visant à faire de l'obligation de neutralité religieuse un principe général du droit du travail, d'autres propositions ont tâché de limiter la restriction à certaines activités, en particulier celle qui avait donné lieu à l'affaire *Baby Loup* : le secteur de la petite enfance. On trouve ainsi une proposition de loi, datant de 2011¹⁶⁹⁸, adoptée par le Sénat en 2012¹⁶⁹⁹, qui suggérerait de soumettre à l'obligation de

¹⁶⁹¹ Proposition de L. n° 1027 du 15 mai 2013, présentée à l'assemblée nationale par J. MYARD. L'article L. 1121-1 *bis* du C. trav. aurait été ainsi rédigé : « Au sein de l'entreprise, afin de préserver l'harmonie sociale, tout salarié s'abstient du port de signe ou tenue vestimentaire ostensible d'appartenance religieuse.

Il s'abstient également de toute manifestation d'activités affichant une appartenance religieuse.

Le règlement intérieur de l'entreprise mentionne expressément l'obligation de neutralité en matière de croyances à cette fin.

Le présent article ne s'applique pas aux entreprises à vocation confessionnelle. »

¹⁶⁹² Cf. *supra*, n° 74 et s.

¹⁶⁹³ Proposition de L. constitutionnelle n° 3874 du 24 juin 2016, visant à étendre le principe de laïcité aux entreprises privées et aux usagers du service public, présentée à l'assemblée nationale par E. CIOTTI *et alii*. L'article 1^{er} de la Constitution serait augmenté d'un alinéa : « Dans les services publics et les entreprises, le port de signes ou tenues par lesquels les usagers et les salariés manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Les ministres du culte et les personnes exerçant une fonction religieuse ne sont pas concernés par cette interdiction ».

¹⁶⁹⁴ Programme de Marine Le Pen, en 2017 : <https://lessurligneurs.eu/marine-le-pen-sur-la-laicite-je-veux-inscrire-la-laicite-dans-le-code-du-travail/>. V. également, B. BAUDUIN, « L'entreprise entre laïcité et neutralité », in *Justice & Cassation*, dossier « Laïcité », Paris, Dalloz, 2019, p. 53.

¹⁶⁹⁵ Proposition de L. n° 2261 visant à étendre l'application de la laïcité à toutes les entreprises privées, du 25 septembre 2019, présentée devant l'Assemblée nationale par G. PELTIER *et alii*.

¹⁶⁹⁶ Serait ainsi créé dans le Livre I^{er} du C. trav. un Titre VIII, contenant un art. L. 1165-1 : « Les dispositions du présent titre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. Elles sont également applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé. »

¹⁶⁹⁷ Proposition de L. n° 2261 préc., art. L. 1166-1. Ajoutons que la proposition de loi préc. supprimerait l'art. L. 1321-2-1 du C. trav.

¹⁶⁹⁸ Proposition de L. n° 56 du 25 oct. 2011, visant à étendre l'obligation de neutralité à certaines personnes ou structures privées accueillant des mineurs et à assurer le respect du principe de laïcité, présentée devant le Sénat par F. LABORDE *et alii*.

¹⁶⁹⁹ Proposition de L. n° 48 adoptée le 17 janv. 2012 par le Sénat.

neutralité religieuse les établissements et services accueillant des enfants de moins de six ans, ainsi que les personnes morales de droit privé accueillant des mineurs protégés, sans oublier l'assistant maternel lié par contrat à un particulier employeur. Elle sera suivie de plusieurs propositions du même genre, suggérant de soumettre les agréments des candidats au respect du principe de laïcité¹⁷⁰⁰.

464. En résumé. Au terme de cette brève et sélective étude de droit comparé, il apparaît que la France pourrait être une des premières nations européennes à édicter une interdiction générale des signes religieux dans le milieu de l'entreprise. En la matière, la France semble donc tenir le rôle de précurseur, et bien qu'aucune des propositions de lois susmentionnées n'ait encore été votée, il n'est pas exclu que le législateur finisse par succomber à la tentation d'imposer la neutralité religieuse aux salariés de droit privé. L'exercice de *juris-fiction* n'est donc pas vain : il convient d'analyser cette prochaine mesure de laïcité impérative.

§ 2 Analyse

465. Nous nous livrerons à une analyse de deux sortes. Il sera question, par la première, d'apprécier la licéité de ces interdictions au regard du droit existant **(I)**, et par la seconde, de déterminer dans quelle mesure ce nouveau domaine, rompant avec le cadre traditionnel, renouvelle la fonction de laïcité impérative du droit privé **(II)**.

I. Appréciation de la licéité des interdictions

466. Les obstacles. Si une interdiction générale de manifestation des croyances des salariés venait à être adoptée, la France serait certainement condamnée par plus d'une instance supra-étatique. La Cour de justice de l'Union européenne s'est déjà prononcée en défaveur d'une interdiction générale de manifester ses convictions religieuses en entreprise¹⁷⁰¹, de même que le Comité des Nations-Unies¹⁷⁰² et il serait étonnant que la Cour européenne des droits de l'homme s'abstienne durablement de leur emboîter le pas.

¹⁷⁰⁰ Proposition de L. n° 2313 du 22 oct. 2014, visant à étendre l'obligation de neutralité aux structures privées en charge de la petite enfance et à assurer le respect du principe de laïcité, présentée devant l'Assemblée nationale par M. TERROT *et alii*.

¹⁷⁰¹ CJUE, 14 mars 2017, aff. C-188/15, *Bougnonni et ADDH*. Comp. CJUE, 14 mars 2017, aff. C-157/15, *G4S Secure Solutions*, cf. *supra*, n° 291.

¹⁷⁰² Comité des droits de l'homme des Nations-Unies, 24 sept. 2018, comm. n° 2662/2015, et les réf. cf. *supra*, n° 291.

Outre les engagements internationaux de la France, qui voient dans une telle interdiction une discrimination indirecte¹⁷⁰³, le droit du travail ne permet pas, en l'état actuel, d'admettre une interdiction qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ou par le bon fonctionnement de l'entreprise. En d'autres termes, les principes généraux du droit du travail exigent que toute restriction à la liberté religieuse soit intimement liée aux faits de chaque espèce¹⁷⁰⁴.

Néanmoins, la préservation de l'identité laïque de la France est un argument de poids. Le Conseil constitutionnel y aurait fait allusion lorsqu'il avait affirmé, en 2006, que les engagements internationaux de la France ne sauraient « aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »¹⁷⁰⁵. Au besoin, le grief d'inconstitutionnalité sera tourné par un référendum, donnant un appui constitutionnel à une disposition qui n'aurait vocation qu'à régir les relations de droit privé du travail. C'est d'ailleurs la voie qu'avait prise la proposition de loi constitutionnelle n° 3874 du 24 juin 2016, puisqu'elle consistait à inscrire l'interdiction dans la Constitution¹⁷⁰⁶.

Toutefois, l'adoption d'une telle mesure ne serait pas sans effet sur la fonction assignée à la laïcité impérative.

II. Appréciation de la fonction de la laïcité impérative

467. Rupture avec la tradition. Que ces propositions de loi rompent avec le cadre traditionnel de la laïcité impérative ne fait aucun doute. Le point de rupture se situe au niveau du conflit internormatif **(A)** ; pourtant, ces mesures de laïcité impérative se réclament d'une certaine fidélité à la tradition : lutter contre le communautarisme dans la société civile, dont on craint qu'il n'entraîne, à terme, à la constitution d'un « État dans l'État » **(B)**.

¹⁷⁰³ Par ex., directive n° 2000/78/CE du , art. 4. 1.

¹⁷⁰⁴ C. trav., art. L. 1121-1, art. L. 1321-3, 1°, art. L. 2312-59. Sur les principes généraux du droit du travail, v. G. DUMORTIER et L. PECAUT-RIVOLIER, « Naissance des principes essentiels du droit du travail », *RDT* 2016, p. 79.

¹⁷⁰⁵ Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, § 19. En faveur d'une telle interprétation de la décision, v. par ex., L. BORE, « Laïcité : un principe essentiel et complexe », *Justice & Cassation*, dossier « Laïcité », Paris, Dalloz, 2019, p. 5 ; A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série, 2009, p. 63 ; G. CANIVET, « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives communautaires », in *Principes fondamentaux et transposition des directives communautaires*, colloque à Budapest, oct. 2009, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/le-controle-du-conseil-constitutionnel-sur-les-lois-de-transposition-des-directives-communautaires> ; D. 2007. 1166, obs. V. BERNAUD, L. GRAY et C. SEVERINO.

¹⁷⁰⁶ Cf. *supra*, n° 462.

A. La question du conflit internormatif

468. L'absence de conflit internormatif. L'étude des mesures traditionnelles de laïcité impérative a permis d'identifier le cadre dans lequel elles se déployaient habituellement. Ce cadre est d'abord celui d'un domaine d'intervention : il s'agit toujours de la préservation d'une compétence exclusive du droit étatique, en matière d'état des personnes. Sur ce premier point, la laïcité impérative de l'entreprise marque une rupture, car, à l'évidence, les propositions sortent du domaine traditionnel de l'état des personnes. Là ne s'arrête pas la nouveauté : à bien y regarder, l'obligation de neutralité religieuse ne vise pas à préserver l'application exclusive du droit étatique du travail. Certes, dans l'exposé des motifs de certaines propositions de loi, les parlementaires justifient leur innovation par le besoin de faire obstacle aux demandes d'accommodements¹⁷⁰⁷. Toutefois, le fonctionnement de la laïcité dispositives suffit déjà à résoudre ce genre d'interférence entre règle religieuse et obligations contractuelles¹⁷⁰⁸ : s'il est seulement question de faire échec à la demande d'accommodement, il n'est pas nécessaire d'inscrire dans la loi l'obligation de neutralité, dont les effets vont bien au-delà de l'objectif déclaré.

Dès lors, l'obligation de neutralité religieuse agit en-dehors de tout conflit normatif, puisque son effet n'est pas de préserver l'application du droit étatique. L'alternative n'est donc pas d'appliquer le droit religieux du travail, ni même d'inclure une ou plusieurs dispositions de droit religieux dans la relation de travail : le fait de revêtir des signes religieux, même ostentatoires, ne produit pas, en général, de conflit de normativités, car l'exécution du contrat de travail n'en est pas affectée. Par exemple, la garde d'enfants n'est pas gênée par le foulard islamique¹⁷⁰⁹, pas plus que ne l'est la collecte de déchets par un turban sikh¹⁷¹⁰ ou la distribution de nourriture par l'existence d'une kippa ou de tout autre signe religieux¹⁷¹¹. Il en irait différemment dans l'hypothèse où l'exécution des obligations contractuelles serait gênée par les signes religieux, comme cela peut être le cas dans la construction de bâtiments, où le port d'un casque est obligatoire, ou dans les professions médicales, où, pour des raisons sanitaires, les couvre-chefs sont également réglementés.

¹⁷⁰⁷ Proposition de L. constitutionnelle n° 3874 visant à étendre le principe de laïcité aux entreprises privées et aux usagers du service public, du 24 juin 2016, exposé des motifs ; Proposition de loi n° 2261 visant à étendre l'application de la laïcité à toutes les entreprises privées, du 25 sept. 2019, exposé des motifs ; *Rapport sur la proposition de loi constitutionnelle visant à garantir la prééminence des lois de la République*, présenté par Ch.-A. FRASSA, 14 oct. 2020, p. 14 et s.

¹⁷⁰⁸ L'interférence est résolue différemment selon que les parties ont prévu d'inclure le respect des règles religieuses dans leur relation contractuelle (cf. *supra*, n° 164 et s.) ou que, au contraire, elles n'ont rien stipulé (cf. *supra*, n° 227 et s.).

¹⁷⁰⁹ Comp. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Baby Loup*.

¹⁷¹⁰ Charte de la laïcité de l'entreprise Paprec, art. 5, 6 et 7. Cf. *supra*, n° 4 et 286.

¹⁷¹¹ Charte de la laïcité des Restos du Cœur, art. 5. Cf. *supra*, *ibid.*

Les restrictions entrent alors dans les prévisions des articles L. 1121-1 et L. 1321-3, 1° du Code du travail, parce qu'elles sont prévues par un texte et justifiées par la nature de la tâche à accomplir.

469. La création d'un conflit internormatif. En réalité, le phénomène que nous avons nommé le « rayonnement extravagant de la laïcité dispositive »¹⁷¹² se retrouve presque à l'identique dans la présente hypothèse : sous prétexte d'application exclusive du droit étatique, les parties à la relation de droit privé seraient soumises à une obligation générale de neutralité religieuse. Ne pouvant parvenir à cet effet par le mécanisme de la laïcité dispositive, les parlementaires tentent donc de changer de registre, et de trouver dans la laïcité impérative le résultat qu'ils recherchent. Remarquons que s'il n'est pas question de trancher un conflit internormatif en protégeant une compétence exclusive du droit étatique qui préexistait à la règle religieuse, les propositions de loi produisent ce conflit. De même que les règles d'hygiène et de sécurité régissant les types de couvre-chef dans certains secteurs d'activité engendrent, par leur existence, un conflit avec la règle religieuse qui a le même champ d'application, de même la création d'une obligation générale de neutralité religieuse dans le milieu de l'entreprise fait naître un conflit. La remarque peut sembler anodine, mais elle est symptomatique du resserrement du maillage juridique de l'État face aux règles religieuses.

470. La diversité des normes religieuses à combattre. En effet, les règles religieuses auxquelles les propositions de lois tentent de faire échec sont des plus diverses. N'étant plus encloses dans un domaine au périmètre étroitement délimité, comme l'était le domaine de l'état des personnes à l'époque où le législateur révolutionnaire et consulaire a décidé d'en faire une institution de la laïcité impérative¹⁷¹³, ces normes ressemblent bien davantage à des règles de conduite ou de sociabilité qu'à des règles régissant d'authentiques relations de droit privé. L'on ne saurait s'étonner de la présence de telles règles dans le corpus normatif religieux, dans la mesure où l'on sait que l'islam et le judaïsme, en particulier, ont eu le souci de réglementer les activités humaines les plus humbles¹⁷¹⁴. Il en va ainsi des coutumes vestimentaires et du refus de contact physique avec les personnes du sexe opposé¹⁷¹⁵. Si les parlementaires français souhaitent mettre en

¹⁷¹² Nul ne peut exciper de l'application exclusive du droit commun pour soumettre l'autre partie à une obligation générale de neutralité religieuse. Prétendre le contraire serait faire produire à la laïcité un rayonnement extravagant, qu'elle n'a pas en droit privé : cf. *supra*, n° 257.

¹⁷¹³ Cf. *supra*, n° 349 et s.

¹⁷¹⁴ Cf. *supra*, n° 12.

¹⁷¹⁵ Observatoire du fait religieux en entreprise, *L'entreprise, le travail et la religion*, 2018, spéc. p. 10 et 11, en ligne : <https://www.grouperandstad.fr/wp-content/uploads/2018/09/grf-ofre-180925.pdf>. V. également, *Rapport sur la proposition de loi constitutionnelle visant à garantir la prééminence des lois de la République*, présenté par Ch.-A. FRASSA, 14 oct. 2020, p. 12-15, spéc. p. 14.

échec de telles règles, ils devront donc créer des règles les contredisant directement. Cette nouvelle lutte contre la normativité religieuse se paiera par une réglementation étatique en miroir : le fait de serrer la main d'une personne du sexe opposé est-il interdit en islam ? le législateur devra édicter une règle la contredisant — à moins d'interdire toute manifestation de la normativité religieuse, quelle qu'elle soit. Les deux solutions conduisent à une impasse : la première parce qu'elle est indigne du législateur français¹⁷¹⁶ ; la seconde parce qu'elle est excessive.

Pour éviter d'entrer dans ce niveau de conflictualité, les parlementaires ont choisi de déterminer un périmètre à l'intérieur duquel le respect de ces règles religieuses leur semble amener au risque de constitution d'un « État dans l'État » : l'entreprise. La question qui se pose, dès lors, est de savoir si le respect de ces règles religieuses, en s'épanouissant dans l'entreprise, risque de créer ce communautarisme redouté.

B. La question du communautarisme dans l'entreprise

471. Un risque allégué. Peut-on sérieusement soutenir que cette nouvelle mesure de laïcité impérative lutte contre la constitution d'un « État dans l'État » ? Certains, préférant l'emploi du terme « communautarisme », semblent le suggérer. Par exemple, dans l'exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle de 2016, les députés affirment prendre acte de ce que « la pratique religieuse s'est décomplexée [...] phénomène [qui] fait craindre aux chefs d'entreprises que certains imposent des dogmes religieux à l'ensemble de l'entreprise »¹⁷¹⁷. D'autres déclarent que la multiplication des revendications à caractère confessionnel fait redouter une menace pour l'ordre public, « face à la montée concomitante du communautarisme et de l'intégrisme »¹⁷¹⁸. De même, dans le *Rapport sur la proposition de loi constitutionnelle visant à garantir la prééminence des lois de la République*, présenté en octobre 2020, il était soutenu que « le communautarisme représente un défi pour le monde de l'entreprise, en particulier lorsqu'il remet en cause la cohésion du collectif de travail »¹⁷¹⁹. Et c'est parce que certaines poussées communautaristes seraient perceptibles dans l'entreprise en particulier, qu'il est proposé un plan de lutte plus global contre toute « formation politique

¹⁷¹⁶ Comp. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, 1801 : « Quoique l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout [...] D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ? comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs ? »

¹⁷¹⁷ Proposition de L. constitutionnelle n° 3874 visant à étendre le principe de laïcité aux entreprises privées et aux usagers du service public, du 24 juin 2016, exposé des motifs.

¹⁷¹⁸ Proposition de L. n° 2261 visant à étendre l'application de la laïcité à toutes les entreprises privées, du 25 sept. 2019, exposé des motifs.

¹⁷¹⁹ *Rapport sur la proposition de loi constitutionnelle visant à garantir la prééminence des lois de la République*, présenté par Ch.-A. FRASSA, 14 oct. 2020, p. 14 et s.

[susceptible de] remettre en cause le principe constitutionnel de séparation des Églises et de l'État »¹⁷²⁰.

La poussée de communautarisme religieux est donc établie¹⁷²¹, et la lutte engagée sur le terrain de l'entreprise serait justifiée par le fait que cette dernière serait devenue une sorte de théâtre d'affrontements intercommunautaires. Pour les uns, la neutralité religieuse serait donc une réponse à apporter à ces tensions¹⁷²², une manière de préserver « la cohésion des équipes »¹⁷²³. Pour d'autres, l'extension de l'obligation de neutralité religieuse au milieu de l'entreprise serait justifiée par une dimension supplémentaire, qui a trait à la place symbolique de l'entreprise dans la société. L'entreprise serait, avec l'école et le milieu associatif, cette sphère sociale dans laquelle se construisent les identités¹⁷²⁴. L'entreprise, « dès lors qu'elle est un lieu de fabrication du lien social et de construction d'identités professionnelles et sociales »¹⁷²⁵, si elle laisse se déployer « des

¹⁷²⁰ *Ibid.*, p. 24.

¹⁷²¹ V. par ex., Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, Rapport au Président de la République, présidé par B. STASI, 11 déc. 2003 ; J. FOURQUET, *L'archipel français. Naissance d'une nation multiple et divisée*, Paris, Seuil, 2019 ; Rapport sur la proposition de loi constitutionnelle visant à garantir la prééminence des lois de la République, prés. Ch.-A. FRASSA, 14 oct. 2020.

¹⁷²² En ce sens, v. par ex. J.-É. SCHOETTTL, « Le principe de laïcité à la française : remise en cause et résistance sur le terrain du droit », in *Laïcité : une question de frontières* (dir. F. DE LA MORENA), Paris, LexisNexis, 2019, p. 187, spéc. p. 194. Également, I. DESBARATS, « Entre laïcité et neutralité : quelles frontières en droit du travail ? », *Revue du droit des religions*, 2017, n° 4, p. 51 ; « Quelle place pour la religion au travail ? Débat classique, nouveaux enjeux », *JCP E* 2013. 1588. Comp. M. CORSALINI, « Religious Freedom, Inc : Business, Religion and the Law in the Secular Economy », *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 9, févr. 2020, p. 28, spéc. p. 46.

¹⁷²³ F. DE LA MORENA, « Du principe de laïcité républicaine à l'application des valeurs de laïcité dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2015. 699 : « Le fait que des entreprises en appellent à l'extension du principe de laïcité dans la sphère privée, pour répondre aux revendications croissantes d'expression religieuse et aux risques que peut entraîner une visibilité confessionnelle plus importante au sein de l'entreprise (atteinte au fonctionnement de l'activité, tensions dans les relations de travail notamment), s'explique par certaines valeurs que véhicule la laïcité [...] La laïcité républicaine interdit donc tout communautarisme, notamment religieux. Elle n'est pas antireligieuse mais, à travers le principe de séparation, elle exige des religions de renoncer à leurs prétentions politiques [...] Rien d'étonnant donc à ce que des entreprises en appellent à ces valeurs pour rappeler peut-être que l'entreprise, comme la sphère publique, ne peut être un lieu de libre expression multiculturelle ou multiconfessionnelle, que la prise en compte des convictions religieuses des salariés ne peut se transformer en revendication de droits puis en inscription des croyances et des identités dans l'enceinte de l'entreprise au risque de susciter des affrontements entre communautés. La volonté, légitime, de ne pas survaloriser la règle religieuse au détriment de la règle de l'entreprise participe de la nécessité de garantir la "paix sociale" et la cohésion des équipes. »

¹⁷²⁴ N. MAGGI-GERMAIN, « Communauté, communautarisme, religion et fait religieux : de la nécessité d'opérer quelques clarifications sémantiques et juridiques », *Dr. soc.* 2015. 674 : « Il existe très certainement, entre une insertion communautaire et une insertion citoyenne, entre communautarisme et individualisme républicain, des formes d'insertion qui médient d'autres espaces, d'autres figures symboliques. La sphère privée (la famille), la sphère sociale (l'entreprise, l'école, les associations) et la sphère politique sont créatrices d'identités. De manière plus globale, les institutions sont créatrices d'identités dès lors qu'elles imposent certaines règles et, ce faisant, engendrent une cohésion source d'identification et de structuration d'un espace autour d'une communauté. Dans le même temps, elles génèrent reconnaissance et valorisation des membres de cette communauté vis-à-vis de la société [...] L'entreprise remplit certaines fonctions sociales ; elle est un lieu institutionnel de structuration de formes de solidarité bâties autour de la figure du travailleur qui transcendent les liens contractuels [...] »

¹⁷²⁵ N. MAGGI-GERMAIN, « L'entreprise et la communauté de travail », in *Laïcité : une question de frontières* (dir. F. DE LA MORENA), Paris, LexisNexis, 2019, p. 109, spéc. p. 122 : « La question de l'insertion ne se pose que dans une Société/entité qui se pense comme englobante, ce que l'on retrouve dans les expressions "vivre ensemble" et "faire société" [...] Le refus ou le rejet de l'insertion se traduisent par des revendications que l'on peut qualifier de dés-intégratrices.

revendications que l'on peut qualifier de dés-intégratrices [...], certaines formes d'engagements, qu'ils soient politiques ou religieux, peuvent conduire à une segmentation de la Société qui se manifeste au sein de l'espace public »¹⁷²⁶. Autrement dit, le communautarisme déployé dans l'entreprise servirait de bouillon de culture à un communautarisme de plus grande ampleur, celle de toute la société civile. La réciproque est-elle vraie ? Les auteurs se gardent d'en tirer la conclusion¹⁷²⁷, qui, pourtant, dans une telle logique, semble s'imposer : si le communautarisme se déploie dans le milieu de l'entreprise, interdire réciproquement les manifestations religieuses dans l'entreprise serait le moyen d'endiguer la diffusion du communautarisme dans la société civile. À suivre ce raisonnement, faire du milieu de l'entreprise un nouveau domaine de la laïcité impérative serait inspiré de la tradition : il s'agirait, comme en matière de laïcité de l'état des personnes, d'empêcher la diffusion dans la société d'une menace séditeuse, celle du communautarisme religieux, en limitant les restrictions à un domaine sensible. Ce serait empêcher la constitution d'un « État dans l'État ».

472. Forcer la sécularisation de la société civile. Ce que ce raisonnement a de spécieux ne se laisse percevoir qu'en prenant en compte la multitude des lieux dans lesquels ce communautarisme serait susceptible de se déployer : l'école, l'entreprise, mais encore les associations... *Quid* des restaurants, des salles de spectacle et des transports en commun ? En réalité, on ne voit guère à quel cercle limiter l'obligation de neutralité, certainement parce que les normes combattues ne régissent pas les relations de droit privé, mais les relations sociales. Dans cette perspective, la délimitation du périmètre de ce nouveau domaine de la laïcité impérative, l'entreprise, serait relativement artificielle, et susceptible d'extensions ultérieures. L'impasse est complète : comme l'avait analysé M. Vincent Valentin, « le problème ne serait plus comme en 1905 celui de la présence de l'Église catholique dans l'État mais de la diffusion du fondamentalisme musulman dans la société civile. Du coup, la demande adressée à l'État se déplace : non pas se séparer du clergé mais permettre aux simples citoyens, dans leurs relations privées, de s'organiser

Partant de ce constat, certaines formes d'engagements, qu'ils soient politiques ou religieux, peuvent conduire à une segmentation de la Société qui se manifeste au sein de l'espace public au sens donné par Habermas, c'est-à-dire un espace physique qui acquiert une dimension symbolique en tant que lieu d'enjeux et de pouvoir. L'entreprise peut être englobée dans cette acception dès lors qu'elle est un lieu de fabrication du lien social et de construction d'identités professionnelles et sociales. La question qui se pose alors est celle du lien entre les formes d'organisation du travail à faible densité institutionnelle (activités sous-traitées dans le cadre de marchés) et la formation de collectifs auto-proclamés et autonormés, autour de communautarismes religieux, par exemple. Ces espaces désarticulés de l'entreprise deviennent des cadres de revendication d'allocation de droits spécifiques. »

¹⁷²⁶ *Ibid.*

¹⁷²⁷ Plus circonspect, v. F. GEA, « Communautarisme (religieux) et droit du travail », *Dr. soc.* 2015. 661 : « Au communautarisme d'ordre religieux, notre droit du travail ne peut que réagir en désamorçant ce qui fragmente ou, pire, dénature, la seule communauté qu'il reconnaît et, en même temps, institue : la communauté de travail. Mais au-delà, a-t-il vraiment quelque chose à en dire ? »

contre ce qui est perçu comme une nouvelle menace »¹⁷²⁸. Or, juridiquement, ce déplacement pose problème, car théoriquement, l'État « n'a pas la légitimité *a priori* pour intervenir dans le secteur privé en l'absence de trouble à l'ordre public »¹⁷²⁹. L'État, en sa qualité d'« organisateur de la neutralité »¹⁷³⁰, est pris au piège d'injonctions contradictoires : « à la fois soutenir l'effectivité de la liberté religieuse et permettre d'en limiter les manifestations les plus inquiétantes. Aussi ne lui demande-t-on pas de se retirer de la société mais, au contraire, de l'investir »¹⁷³¹, ce dont il résulte « une très substantielle reconfiguration de la neutralité et de la laïcité »¹⁷³². La laïcité servirait donc à séculariser, au besoin par la force, la société civile, au moins pour limiter les manifestations religieuses inquiétantes, celles-ci dussent-elles se déployer en-dehors des rapports de droit privé.

¹⁷²⁸ V. VALENTIN, « Laïcité et neutralité », *AJDA* 2017. 1388.

¹⁷²⁹ *Ibid.*

¹⁷³⁰ *Ibid.*

¹⁷³¹ *Ibid.*

¹⁷³² *Ibid.*

Conclusion de la section 2

473. Nouvelle fonction de la laïcité ? Depuis la « détonation Baby Loup »¹⁷³³, la question d'étendre l'obligation de neutralité religieuse aux salariés de droit privé réapparaît régulièrement à l'ordre du jour du Sénat et de l'Assemblée nationale. À l'heure actuelle, cependant, aucune de ces propositions n'a été définitivement votée. Est-ce parce qu'elles rompent trop gravement avec les principes gouvernant le droit du travail ? La rupture serait certainement consommée à plusieurs niveaux, en particulier au regard du cadre traditionnel dans lequel intervient la laïcité impérative. La plus grande différence, avec les domaines précédemment examinés, a trait à l'absence de conflit normatif, au plein sens du terme : les règles religieuses qu'il est question de refouler ne régissent pas des relations de droit privé, mais des relations sociales. Aussi bien, le domaine d'intervention de ces propositions ne pourra être qu'artificiellement limité à l'entreprise, et la tentation sera grande, sous couvert de lutte contre la diffusion du communautarisme religieux, d'étendre l'obligation de neutralité à d'autres lieux de sociabilité.

Plus largement, l'adoption d'une telle mesure de laïcité impérative indique la volonté d'investir les relations sociales. Nourrissant l'espoir de préserver la société contre la menace d'un communautarisme susceptible de s'étendre un jour aux relations de droit¹⁷³⁴ et, peut-être, de « remettre en cause le principe constitutionnel de séparation des Églises et de l'État »¹⁷³⁵, la « nouvelle laïcité »¹⁷³⁶ prend la menace très en amont. Il n'est plus question de limiter la laïcité impérative à la préservation de domaines exclusifs de la loi étatique, mais d'imposer certains codes de conduite¹⁷³⁷ — ce qui n'est pas sans poser un problème de légitimité : est-ce le rôle du droit que de « s'opposer [...] à la pente insensible des mœurs »¹⁷³⁸ ?

¹⁷³³ P. ADAM, « Les laïcités et l'entreprise privée », *Dr. soc.* 2015. 708.

¹⁷³⁴ Ifop et Fondation Jean Jaurès, par J. FOURQUET, F. KRAUS, J.-Ph. DUBRULLE et S. SIBAI, (dir.), *Étude auprès de la population musulmane en France, 30 ans après l'affaire des foulards de Creil*, 23 sept. 2019, p. 36, en ligne : https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2019/09/116646_Rapport>Ifop_le_Point_FJJ_2019.09.11.pdf.

¹⁷³⁵ *Rapport sur la proposition de loi constitutionnelle visant à garantir la prééminence des lois de la République*, prés. Ch.-A. FRASSA, 14 oct. 2020, p. 24.

¹⁷³⁶ Par ex., S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso Éditions, coll. « Exégèses », 2014.

¹⁷³⁷ Comp. F. DIEU, « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *JCP A* 2010. 2355.

¹⁷³⁸ J. E. M. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, 1801.

Conclusion du chapitre 2

474. Réponses contestables à la nouvelle menace. Les nouvelles menaces pesant sur l'ordre public laïc ont convaincu les pouvoirs publics d'élargir le domaine traditionnel de la laïcité impérative. La famille n'étant plus le seul groupe humain à partir duquel risque de se constituer un « État dans l'État », il est désormais question d'investir de nouvelles relations de droit privé, afin d'en refouler autoritairement les manifestations religieuses : il s'agit de l'association et de l'entreprise.

Premier domaine concerné par l'innovation en matière de laïcité impérative, le droit des associations était pourtant classiquement irrigué d'esprit libéral. Dès l'origine, toutefois, le législateur avait prévu certaines restrictions, qui ne concernaient que les congrégations, dont certaines, en particulier la Compagne de Jésus et les Assomptionnistes, avaient plusieurs fois manifesté leur contestation de l'ordre établi. Cet unique verrou, auquel fut ajouté, à partir de 1936, le mécanisme exceptionnel de la dissolution administrative, devait s'avérer mal adapté pour lutter efficacement contre les troubles à l'ordre public émanant d'« associations musulmanes » — associations dont on rappellera qu'elles sont de simples associations de droit commun, dont les statuts mêlent plusieurs objets et ne se consacrent pas exclusivement à l'exercice du culte. Subissant toutes les conséquences de leur défaut de spécificité statutaire, les « associations musulmanes » se verront appliquer les restrictions du droit commun. Les congrégations musulmanes n'ayant pas d'existence, en France, c'est donc en dehors du binôme des lois de 1901 – 1905 que les mécanismes préventifs seront recherchés. Le premier, le mécanisme de dissolution administrative des associations, sera généralisé pour l'occasion, par le projet de loi confortant les principes républicains. Le second mécanisme de prévention consiste dans la création d'un « contrat d'engagement républicain », contrat auquel les associations de droit commun subventionnées seraient assujetties. Outre le fait que la généralisation du premier dispositif, à vocation exceptionnelle, peut être problématique pour le respect des libertés individuelles, l'adoption d'un « contrat d'engagement républicain » ne sera pas sans conséquence sur les associations de droit commun. Une des premières conséquences serait certainement d'inciter les associations musulmanes à se constituer suivant le modèle prévu par la loi de 1905 — objectif que le projet de loi confortant les principes républicains semble poursuivre, puisqu'il retouche la loi de 1905 dans cette perspective¹⁷³⁹.

¹⁷³⁹ Projet de loi confortant les principes républicains, 16 nov. 2020, NOR : INTX2030083L/Rose-1, art. 29 à 45.

Contrairement à l'association, l'entreprise n'est pas un milieu dans lequel se fomentent des complots anti-républicains. Aussi bien, l'ordre public laïc n'étant pas directement menacé par la vie de l'entreprise, une mesure de laïcité impérative interdisant toute manifestation religieuse y serait hautement contestable. Le législateur résistera-t-il à l'invite si souvent réitérée d'investir les relations sociales pour y imposer une morale laïque ? Une telle réserve est à espérer ; mais actuellement, rien ne permet d'affirmer que le cadre posé par la tradition aux domaines de la laïcité impérative sera respecté. Si le droit des associations devait être grossi d'un « contrat d'engagement sur la laïcité »¹⁷⁴⁰, si le droit du travail devait s'augmenter d'une interdiction générale de manifester ses croyances religieuses, il faudra craindre que ces deux nouveaux domaines ne soient que les premiers d'une liste indéterminée d'où les manifestations religieuses seront expulsées.

¹⁷⁴⁰ Cf. *supra*, n° 453.

Conclusion du titre 2

475. Domaine légitime de laïcité impérative en droit international privé. Un genre de menace contre l'ordre public laïc semble avoir été perçu par le juge français, lorsque, amené à se prononcer sur l'application de lois étrangères inspirées d'un ordre public confessionnel, il a fait le choix de s'y opposer systématiquement. Bien qu'il ait toujours dissimulé la mise en échec de ces lois derrière des artifices de droit international privé, la neutralisation de ces lois n'en est pas moins constante, et jure avec la bienveillance dont il a pu faire preuve pour accueillir d'autres institutions du droit musulman, comme la polygamie et la répudiation. Il s'agit donc d'un domaine dissimulé de la laïcité impérative. La « charge séditeuse » de ces lois n'était pas chimérique, puisque si elles étaient appliquées, elles instaureraient, aussi directement que le peut une norme de droit privé appliquée à une relation de famille, un communautarisme juridiquement organisé. La femme étrangère de statut musulman serait privée, en France, du droit d'épouser la personne de son choix ; la mère étrangère devrait laisser son enfant à partir d'un certain âge à la garde exclusive du père étranger de statut musulman, afin qu'il instruisse l'enfant de ses obligations religieuses ; les successions interreligieuses seraient prohibées, etc. De la sorte, lorsqu'elle est appliquée, la norme religieuse visée agit sur plusieurs personnes ; elle organise les rapports interpersonnels suivant une logique communautariste. Un microcosme serait ainsi créé, excluant globalement les mélanges interreligieux. Dans cette mesure, l'autorité séditeuse de ces lois doit être prise en compte par le juge, et neutralisée, pour préserver le minimum irréductible de la laïcité de l'état des personnes.

En somme, ce domaine dissimulé de la laïcité impérative est dans la droite ligne de la tradition française, développée depuis la période révolutionnaire. On y retrouve le cadre commun à toutes les mesures traditionnelles de la laïcité impérative : une question relative à l'état des personnes dans laquelle se pose un conflit normatif, tranché en faveur de la loi de l'État, et ce afin d'empêcher la constitution d'un « État dans l'État », constitution que favoriserait l'application de certaines lois religieuses. De là naît la compétence exclusive du droit étatique, limitée à certaines questions de l'état des personnes.

476. Domaine contestable de laïcité impérative dans les groupements privés. Mais alors que la laïcité impérative se limitait classiquement à la protection de la compétence exclusive du droit étatique en matière d'état des personnes, les propositions d'extension aux domaines de l'association et de l'entreprise signeraient une rupture. Outre le fait qu'elles débordent la matière de l'état des personnes, ces propositions d'extension outrepassent le cadre traditionnel

d'intervention de la laïcité impérative. Ainsi, il n'est plus question de trancher un conflit de normativités en faveur du droit étatique ; il ne s'agit plus de protéger une compétence étatique exclusive. En réalité, ces nouvelles mesures de laïcité impérative se proposent d'agir en-dehors du maillage juridique pour investir les relations sociales. Si elles venaient à être adoptées, elles marqueraient sans aucun doute un changement de perspective important non seulement dans la fonction de la laïcité du droit privé, mais également dans le rôle du droit, et viendrait rejoindre ce que certains commentateurs avaient dénoncé comme « la moralisation » des liens sociaux¹⁷⁴¹.

¹⁷⁴¹ Comp. au sujet de la L. n° 2010-1192 du 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, F. DIEU, « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *JCP A* 2010. 2355, § 12 : « L'interdiction législative de dissimulation du visage dans l'espace public est, de manière remarquable, justifiée non pas par un lien juridique mais par un lien social : aucun lien juridique n'existe en effet entre les personnes simultanément présentes dans l'espace public. » Est ainsi artificiellement créé un lien d'obligation, unissant tout individu à la société (*ibid.*, § 2) : « la loi affirme que la société, la "Société" selon la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, n'est pas réductible aux individus qui la composent et que ceux-ci ne sont pas seulement créanciers de droits mais aussi débiteurs d'obligations vis-à-vis d'elle : parmi ces obligations figurent les "exigences minimales de la vie en société" ». Anticipant l'avenir, cet auteur avertit (*ibid.*, § 41) : « Soulignons d'ailleurs, pour terminer, que l'espace public ne saurait être un espace commun au point de devoir rester imperméable à toute pratique ou manifestation "communautaire". En particulier, l'on ne peut faire de l'espace public (hors lieux de culte ouverts au public) un espace inaccessible aux manifestations d'appartenance religieuse : l'espace public n'est pas la cour de l'école, du collège ou du lycée, l'on doit toujours pouvoir y manifester sa religion (sous réserve que cela ne trouble pas l'ordre public) et circuler avec des signes d'appartenance religieuse : il faudrait sinon contraindre chacun à porter un "vêtement laïque" pour l'emprunter ». V. également, J.-Ph. FELDMANN, « *Burqa* : une loi dangereuse et inutile », *D.* 2010. 387. Pour cet auteur, « une nouvelle fois, l'inflation législative est motivée par la course à la médiatisation et nourrie par l'instrumentalisation des peurs : peur de l'islamisme radical, peur du terrorisme, peur de la barbarie, peur de l'autre. Brandissant ses normes, l'État-peur politise une question de société, il envahit la sphère de la société civile et provoque la confusion non seulement entre le Droit et la morale, mais encore le Droit et la législation. Une nouvelle fois, l'État substitue des lois aux normes de comportement des individus ; il remplace les codes non écrits de civilité par des codes écrits de contrainte. ».

Conclusion de la partie 2

477. **Appréciation des domaines traditionnels et nouveaux.** La laïcité impérative, dont l'action est de refouler autoritairement l'influence des normes religieuses en droit privé, est ancienne. Ses premières manifestations remontent à l'anticléricalisme révolutionnaire, époque à laquelle le législateur craignait la rébellion des ultramontains et le pouvoir des prêtres réfractaires. En édictant des mesures de laïcité impérative, par lesquelles les ministres du culte étaient punis de la peine de déportation s'ils faisaient obstacle aux nouvelles compétences exclusives du droit étatique, le législateur avait dans l'idée d'imposer la primauté du droit étatique en un seul domaine : celui de l'état des personnes. Seuls certains points précis faisaient l'objet de telles mesures de laïcité impérative : d'abord, la célébration du mariage, puis la capacité de divorcer, ouverte à tous, sans distinction de religion. Il s'agissait d'imposer l'intégration des factions religieuses dans le corps de la nation, afin d'éviter la fragmentation de la société qu'avait connue le royaume de France du temps où les huguenots constituaient une contre-société à part. Contre ce risque de création d'un « État dans l'État », la laïcité impérative devait donc offrir une solution, en résolvant d'avance l'hypothèse d'une concurrence normative entre le droit religieux et le droit étatique, en faveur du second. Dans ses manifestations traditionnelles, la laïcité impérative entend donc faire obstacle à la reconnaissance de statuts religieux. La tradition française de la laïcité impérative est donc l'exact opposé du pluralisme juridico-religieux germanique, résumé dans la maxime *cujus regio ejus religio*.

L'étude des domaines dits traditionnels de la laïcité impérative a permis de mettre en lumière le cadre commun à toutes ces mesures de laïcité impérative. Ce cadre est d'abord celui d'un domaine d'intervention : il s'agit toujours de trancher un conflit de normativités latent en faveur du droit étatique, strictement limité au domaine de l'état des personnes. Le cadre est aussi celui de la finalité de ces mesures : elles ont toujours eu pour but d'éviter la constitution d'un « État dans l'État ». C'est pourquoi, d'ailleurs, les manifestations traditionnelles de la laïcité impérative se limitaient *grosso modo* au domaine de l'état des personnes : un partage de compétences en la matière, entre l'ordre étatique et les ordre religieux, aurait favorisé, du point de vue du législateur, la fragmentation de l'État.

Une étude approfondie de la jurisprudence et des propositions de lois récentes a permis de mettre en lumière de nouveaux domaines de la laïcité impérative. Tous, cependant, ne sont pas fidèle à ce cadre. Si l'étude de la jurisprudence du droit international privé reste dans la ligne traditionnelle, tel n'est pas le cas de la généralisation des restrictions propres au milieu associatif ou à celui de l'entreprise.

478. Innovation possible. Pourtant, limiter les mesures de laïcité impérative au cadre traditionnel peut sembler trop restrictif ; et l'on n'aurait pas tort de soutenir que l'innovation devrait être possible. En-dehors du domaine de l'état des personnes, de nouvelles mesures de laïcité impérative pourraient ainsi voir le jour. Le droit du travail aurait pu fournir un terrain propice. Mais en ce domaine, il convient de remarquer que les mesures de laïcité impérative proposées se situent en-dehors d'une hypothèse de conflit de normativités : les signes religieux n'affectent pas, généralement, l'exécution du contrat de travail. En bonne orthodoxie, faire du droit du travail un domaine de laïcité impérative n'aurait d'autre effet que de déclarer que la norme de relevance contractuelle y est inutilisable — encore faudrait-il justifier ce refus par l'éclosion imminente d'un « État dans l'État », ce qui ne peut sérieusement être soutenu. Comment justifier, dans ce cas, que certaines entreprises identitaires se choisissent une tendance religieuse, et y soumettent l'essentiel des contrats qu'elles concluent ? Le régime libéral qui entoure les entreprises de tendance montre de façon évidente qu'aucune constitution d'un « État dans l'État » n'est encore à craindre en la matière. Une telle menace dût-elle exister, aucun régime dérogatoire ne saurait alors être admis, et les entreprises de tendance seraient en conséquence interdites. Toute la matière du droit du travail entrerait dans la laïcité impérative, sans exception — à l'image de la matière de l'état des personnes.

On le voit : pour créer de nouvelles mesures de laïcité impérative, il serait de meilleure politique de ne pas dissocier le domaine d'intervention de la finalité — faute de quoi les mesures risqueraient d'être liberticides.

Conclusion générale

479. Articulation laïcité dispositive – laïcité impérative. L'étude a permis de montrer que la laïcité du droit privé pouvait fonctionner sur le registre répressif : c'est celui de la laïcité impérative. Pourtant, l'essentiel des manifestations de la laïcité en droit privé appartient à un autre registre, celui de l'incitatif : c'est le domaine de la laïcité dispositive. Le système de la laïcité du droit privé repose ainsi sur deux niveaux, qui permettent, l'un par l'autorité, l'autre par la dissuasion, d'imposer l'application du droit privé étatique, seule source de droit officiellement légitime.

Ce système n'est pas hostile à la liberté religieuse et repose entièrement sur le choix d'une norme de relevance unique, la norme de relevance contractuelle. Elle seule peut donner à la règle, norme, pratique ou prescription religieuse la force d'une norme obligatoire, opposable à l'autre partie de la relation privée. Ainsi, de deux choses l'une : soit les parties ont utilisé la norme de relevance contractuelle, soit elles ne l'ont pas fait.

Dans la première hypothèse, dans laquelle les parties auraient fait le choix de stipuler une « clause religieuse », la norme religieuse en question sera incorporée dans leur relation, qui reste, pour l'ensemble, soumise au droit étatique. Ce dernier pose les conditions auxquelles la norme religieuse pourra être accueillie. Par exemple, la convention de divorce pourra contenir une « clause religieuse » par laquelle les parents s'entendent contractuellement sur l'éducation religieuse à donner à l'enfant — les conditions de validité d'une telle clause étant précisées par ailleurs en droit de la famille. De même, un contrat de travail pourra comporter une « clause religieuse », par laquelle certains éléments d'un droit religieux seront incorporés à la relation de travail — les conditions de validité de ladite clause étant par ailleurs réglées par le droit du travail, qui pose, par exemple, la règle qui veut que toute restriction à la liberté religieuse soit justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée à celle-ci. C'est donc seulement dans les espaces vacants du droit étatique, laissés à l'autonomie des parties, qu'une norme religieuse peut être accueillie en droit privé français. Dans ces conditions, la norme religieuse subit une mise en conformité rigoureuse : elle est arrachée de son ordre juridique d'origine, avec lequel aucun lien ne subsiste.

Dans la seconde hypothèse, dans laquelle les parties n'auraient, au contraire, pas prévu contractuellement d'intégrer une norme religieuse à leur relation de droit privé, cette norme est irrelevante. Ce sera donc en vain qu'une partie essaiera d'invoquer à retardement l'argument de sa liberté religieuse pour demander le respect de la norme religieuse litigieuse : le droit fondamental de liberté religieuse ne permet pas, à lui seul, l'inclusion même ponctuelle d'une norme religieuse

dans la relation de droit privé. L'usage exclusif de la norme de relevance contractuelle s'oppose nécessairement à celui de la norme de relevance conflictuelle.

Enfin, venant en renfort de la laïcité dispositives — qui pose le modèle de normalité d'un droit privé étatique exempt de normes religieuses — les mesures de laïcité impérative combattent, sur le registre autoritaire, les tentatives des individus de se soumettre à la normativité religieuse. Ces mesures, qui posent des restrictions à la liberté religieuse, doivent en principe être justifiées par des considérations d'ordre public. L'analyse de ces mesures de laïcité impérative ont révélé qu'elles avaient toutes pour but d'éviter la création d'un « État dans l'État », défendant la compétence exclusive du droit étatique dans certaines matières. Ces matières relèvent, pour l'essentiel, du statut personnel.

480. Appréciation du système. Théoriquement, le système est solide : l'hypothèse de relevance ne perturbe pas le fonctionnement normal du droit étatique, car les conditions d'accueil que pose la norme de relevance contractuelle sont suffisamment strictes pour désactiver le « potentiel séditionnel » des normes religieuses. En outre, la rigueur des conditions d'accueil limite, *de facto*, le nombre d'hypothèses dans lesquelles une demande de relevance religieuse pourra prospérer : les cas d'application du droit étatique libre de droit religieux écrasent, par leur nombre, ceux où une inclusion de droit religieux est autorisée. Enfin, la suprématie du droit étatique est assurée, au besoin, par le relais de la laïcité impérative : il est en effet toujours loisible au législateur d'édicter de nouvelles mesures de laïcité impérative pour lutter contre la soumission des membres de la population française à la normativité religieuse.

En dépit de son caractère complet, le système de la laïcité du droit privé souffre de certaines faiblesses. Elles résultent de la méconnaissance de la norme de relevance contractuelle, et de sa concurrence avec la norme de relevance conflictuelle de l'obligation d'accommodement raisonnable, réputée à juste titre plus respectueuse de la liberté religieuse individuelle. D'un côté, cette concurrence engendre certaines pressions tendant à réclamer l'adoption de l'obligation d'accommodement raisonnable en droit français — adoption qui mettrait fin au décalage dans le traitement des droits fondamentaux, pour aligner le régime de la liberté religieuse sur celui des autres droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme, avec la directive unique du contrôle de proportionnalité. De l'autre côté, cependant, ces demandes de mise en conformité du droit privé français avec les canons de cet instrument international ne sont pas

toujours bien reçues. On leur reproche de témoigner d'une faiblesse coupable à l'égard de dissidents, encourageant le communautarisme ou le séparatisme religieux¹⁷⁴².

Or, cette tension entre les deux pôles n'est pas sans conséquences sur le fonctionnement de la laïcité du droit privé. En effet, le tiraillement entre, d'une part, la volonté de promouvoir la liberté religieuse individuelle dans sa plus complète traduction juridique, et d'autre part, les réserves suscitées par la crainte d'un communautarisme dangereux, entraîne presque mécaniquement une augmentation du nombre des mesures de laïcité impérative. Pour l'essentiel, les nouvelles mesures de laïcité impérative sont motivées par la volonté d'éviter la constitution d'un « État dans l'État », comme au temps où les huguenots formaient une contre-société. Cependant, elles s'en éloignent dans la mesure où il n'est désormais plus seulement question de protéger une compétence exclusive de la loi étatique, mais de normaliser les comportements. La lutte contre le risque de constitution d'« État dans l'État » se déplace donc, sortant des relations de droit pour investir les relations sociales.

Mutatis mutandis, ce procédé peut être comparé aux mesures de déségrégation forcée de la société américaine des années 1950. Ces mesures consistaient, en particulier, à forcer le mélange d'enfants blancs et noirs dans les écoles publiques. S'inquiétant des troubles que ne manquerait pas de provoquer une application prématurée d'une telle mesure, l'école publique de Little Rock avait sollicité un moratoire, qui fut rejeté, à l'unanimité, par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique¹⁷⁴³. L'affaire s'est soldée par un lynchage. Était-il possible de moraliser autoritairement les rapports sociaux en y interdisant les discriminations ? Cette question a inspiré à Hannah Arendt de précieuses réflexions qui n'ont rien perdu en actualité :

« It certainly did not require too much imagination to see that this was to burden children, black and white, with the working out of a problem which adults for generations have confessed themselves unable to solve. I think no one will find it easy to forget the photograph reproduced in newspapers and magazines throughout the country, showing a Negro girl, accompanied by a white friend of her father, walking away from schools, persecuted and followed into bodily proximity by a jeering and grimacing mob of youngsters. [...] Have we now come to the point where it is the children who are being

¹⁷⁴² Par ex., v. J.-L. HAROUEL, *Les droits de l'homme contre le peuple*, Paris, Desclée de Brouwer, 2016.

¹⁷⁴³ Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958) : « this Court rejects the contention that it should uphold a suspension of the Little Rock School Board's plan to do away with segregated public schools in Little Rock until state laws and efforts to upset and nullify its holding in the *Brown* case have been further challenged and tested in the courts ».

asked to change or improve the world ? And do we intend to have our political battles fought out in the school yards ? »¹⁷⁴⁴

La conclusion qui s'impose à Hannah Arendt laisse songeur :

« Segregation is discrimination enforced by law, and desegregation cannot do more than abolish the laws enforcing discrimination ; it cannot abolish and force equality upon society. At any rate, without discrimination of some sort, society would simply cease to exist. »¹⁷⁴⁵

481. La future loi « contre les séparatismes ». Le législateur français renoncera-t-il à moraliser autoritairement les rapports sociaux ? Une réponse optimiste paraît prématurée ; toutefois, le dernier-né des textes relatifs à notre étude semble laisser provisoirement de côté les mesures de laïcité impérative les plus intrusives, se limitant à d'authentiques points de droit privé. Il s'agit du projet de loi confortant les principes républicains, qui fut successivement nommée appelée « loi contre les séparatismes »¹⁷⁴⁶ puis « loi renforçant la laïcité et les principes républicains ». Des cinq axes autour desquels le projet se structure¹⁷⁴⁷, quatre semblent destinés à contenir des mesures de laïcité impérative intéressant le droit privé. On y trouve de nouvelles mesures censées faciliter la dissolution des associations, en particulier lorsqu'elles sont soupçonnées d'accointances avec des réseaux terroristes¹⁷⁴⁸. Le projet propose encore de créer une infraction réprimant la production d'attestation de virginité des femmes¹⁷⁴⁹, de limiter le droit au regroupement familial des mariages polygamiques étrangers¹⁷⁵⁰, et de faire de la réserve héréditaire

¹⁷⁴⁴ H. ARENDT, « Reflections on Little Rock », *Dissent*, vol. 6, n° 1, hiver 1959, p. 45, , spéc. p. 50.

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 51.

¹⁷⁴⁶ C'est le nom qu'il lui avait donné dans son discours prononcé aux Mureaux, le 2 oct. 2020.

¹⁷⁴⁷ D'après un document de travail publié sur Tweeter le 6 oct. 2020 par le ministre de l'Intérieur, Gérald Darmanin, le premier axe concerne la neutralité du service public. Il s'agit, pour l'essentiel, de rappeler la neutralité à laquelle s'astreignent tous les agents du service public (cf. *supra*, n° 3), avec un ajout important : la mise en place de la « procédure de carence républicaine », qui permet au préfet de suspendre les décisions des collectivités qui méconnaîtraient gravement la laïcité du service public. Les exemples donnés laissent songeurs : les horaires d'aménagement des piscines municipales seraient, si l'on en croit ce document de travail, une violation grave de la laïcité du service public.

¹⁷⁴⁸ Projet de loi confortant les principes républicains, 16 nov. 2020, NOR : INTX2030083L/Rose-1, art. 8, créant un nouvel art. L. 212-1-1 du C. séc. int.

¹⁷⁴⁹ Projet de loi préc., art. 16. Serait ainsi intégré au Code de la santé publique un art. L. 1110-2-1 : « Hors les cas prévus par les lois et règlements, le professionnel de santé ne peut établir de certificat attestant de la virginité d'une personne », complété d'un art. 1115-3 : « Sans préjudice des sanctions disciplinaires applicables, l'établissement d'un certificat en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1110-2-1 est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. » Par où l'on croit voir ressurgir l'affaire dans laquelle la nullité d'un mariage avait été demandée, en raison du mensonge relatif à la virginité prétendue de la femme : cf. *supra*, n° 92.

¹⁷⁵⁰ Projet de loi préc., art. 14, proposant de créer un art. L. 311-2 dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : « Aucun document de séjour ne peut être délivré à un ressortissant étranger qui vit en France en état de polygamie. Tout document de séjour détenu par un ressortissant dans une telle situation doit être retiré. »

une valeur d'ordre public international¹⁷⁵¹, faisant obstacle au droit successoral prévoyant des parts inégales entre héritiers réservataires¹⁷⁵²... Outre les aspects de droit international privé¹⁷⁵³, le projet tend à réinvestir l'éducation, en interdisant par principe l'enseignement à domicile, et à restructurer le culte musulman. Ce dernier point manque encore de clarté, mais il semble que le gouvernement entende renouer avec le vieux rêve gallican d'un « islam de France », en proposant notamment aux associations qui gèrent actuellement le culte musulman de devenir des associations culturelles, abandonnant le régime de droit commun de la loi de 1901, et de prévoir un surcroît de transparence dans leur financement.

Dans ce pot-pourri de mesures « destinées à renforcer la laïcité », on reconnaîtra les parentes des mesures de laïcité impérative qui existent déjà — les dissolutions d'associations —, et d'autres qui sont en quelque sorte « sorties » de leur ancien régime de laïcité dispositive — comme la nouvelle infraction réprimant les attestations de virginité des femmes. En effet, en droit privé français la non-virginité n'avait jamais été considérée comme une cause de nullité du mariage, et l'autonomie laissée aux individus en la matière ne leur permettait pas d'en faire un élément entrant dans le champ contractuel du mariage. C'était donc en vain qu'un plaideur invoquait sa propre erreur sur les qualités essentielles de son épouse. La norme religieuse, qui voit dans la non-virginité de l'épouse une cause de nullité de son premier mariage, a donc toujours été irrelevante en droit français, sans qu'aucune mesure répressive ne soit nécessaire. Aujourd'hui, l'utilité d'une mesure de laïcité impérative semble s'imposer, pour lutter contre la pratique des attestations de virginité.

Au-delà de ces exemples, le projet de loi confirme la tendance visant à surveiller plus étroitement les doctrines professées dans les lieux de culte musulman. Bien que les mesures ne soient pas encore explicitées avec clarté, c'est de toute évidence l'objectif principal du projet de loi, puisque le ministre de l'Intérieur a affirmé vouloir faire des associations musulmanes des associations culturelles « spécialisées et encadrées »¹⁷⁵⁴ afin « d'assurer la transparence de la

¹⁷⁵¹ Projet de loi préc., art. 13, proposant de créer un nouvel art. 913 dans le C. civ. : « Lorsque le défunt ou au moins l'un des enfants est ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou y réside au moment du décès, et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne connaît aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, ces derniers peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens situés en France de façon à ce qu'ils soient rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française. »

¹⁷⁵² Pourtant, comme nous l'avons vu, l'ordre public laïc est moins directement menacé par ces discriminations successorales que par celles qui prévoient des empêchements successoraux fondés sur la disparité de culte : seules ces dernières recréent, aussi directement que le peut une règle de droit privé, un « État dans l'État » : cf. *supra*, n° 405 et s.

¹⁷⁵³ V. M.-L. ZAMBONI, « Projet de loi sur la laïcité et les principes républicains : regard internationaliste », *Dalloz Actualité*, 16 oct. 2020.

¹⁷⁵⁴ Document de travail publié sur Twitter le 6 oct. 2020 par le ministre de l'Intérieur, Gérald Darmanin.

gouvernance et des financements »¹⁷⁵⁵. Le nouveau régime s'enrichirait « d'obligations nouvelles de transparence (comptable et financière) »¹⁷⁵⁶, d'une « disposition “anti-putsch” »¹⁷⁵⁷ qui viserait à « protéger les associations cultuelles de prises de contrôle malveillantes »¹⁷⁵⁸ ainsi que d'un renforcement des « dispositions en matière de police des cultes [...] pour préserver les lieux de culte d'agissements et de diffusion d'idées et de propos hostiles aux lois de la République. »¹⁷⁵⁹. Dans l'objectif qu'il s'assigne, « renforcer la laïcité et les principes républicains », le projet de loi est-il opportun ?

482. Apport pratique de l'étude : articulation laïcité du droit public et du droit privé. Pour désamorcer la tendance autoritaire des mesures de laïcité impérative et limiter celles-ci au strict nécessaire, un effort de clarification du régime général de la laïcité du droit privé était incontournable. Or, cet effort de clarification, le projet de loi ne le fait pas. Il serait donc souhaitable que les pouvoirs publics prennent clairement position contre l'obligation d'accommodement raisonnable, tout en justifiant que cette position n'est pas hostile à la liberté religieuse, puisque la norme de relevance contractuelle permet de donner à ce droit fondamental une traduction juridique digne de lui. Cette position doit donc se renforcer de la promotion de la « clause religieuse ». Ce premier pas dans l'effort de clarification du régime de la laïcité du droit privé devrait permettre de rassérer ceux qui craignent que les droits fondamentaux ne soient instrumentalisés par les groupes fondamentalistes. Parallèlement, les pouvoirs publics devront renoncer à la multiplication des mesures de laïcité impérative qui tentent de faire échec à la constitution d'un « État dans l'État » en-dehors de la préservation des compétences exclusives du droit étatique ou d'un trouble grave à l'ordre public. La laïcité du droit privé ne peut, à elle seule, être chargée de la sécularisation de la société civile.

483. Apport théorique de l'étude : vers une théorie des normes de relevance ? La présente étude s'est construite sur l'ébauche d'une nomenclature des normes de relevance, opposant la norme de relevance conflictuelle à la norme de relevance contractuelle. Le droit français a donné sa préférence à la seconde, qui permet de maintenir l'ordre juridique religieux dans une position subordonnée à l'ordre juridique étatique — infériorité que ne permet pas la norme de relevance conflictuelle. Pour autant, ce tableau est-il l'ébauche d'une authentique *summa divisio* des

¹⁷⁵⁵ *Op. cit.*

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*

normes de relevance ? Nous ne pouvons l'affirmer, connaissant l'avertissement sur les oppositions binaires : « Les oppositions binaires sont une procédure analytique, mais leur utilité ne garantit pas que la réalité se divise de la sorte. Nous devons être soupçonneux vis-à-vis de quiconque déclare qu'il y a deux sortes de gens, ou deux sortes de réalités ou de processus. »¹⁷⁶⁰. Les travaux ultérieurs se chargeront, espérons-le, de compléter le tableau.

¹⁷⁶⁰ M. DOUGLAS, *Dedalus*, Automne 1978, cité par D. SCHNAPPER, *La communauté des citoyens*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 1994, p. 236.

« Qu'est-ce que c'est que cette expérience ? dit Rosa. Quelle expérience ? dit Amalfitano. Celle du livre accroché, dit Rosa. Il ne s'agit pas d'expérience, dans le sens littéral du terme, dit Amalfitano. Pourquoi ce bouquin est là-bas ? dit Rosa. Ça m'est venu d'un coup, dit Amalfitano, c'est une idée de Duchamp, laisser un manuel de géométrie suspendu en proie aux intempéries pour voir s'il apprend deux ou trois choses de la vie réelle. »

Roberto Bolaño, 2666, Gallimard, trad. Roberto Amutio, p. 302.

Index thématique

(les numéros renvoient aux paragraphes)

-A-

Accommodement raisonnable : 10, 16, 22, 23, 24, 32 et s., 48 et s., 126 et s., 143 et s., 0 et s., 161, 198, 266 et s., 271, 280, 284 et s., 291, 295, 300, 301, 460, 468, 480, 482.

Adoption : 27, 401, 408 et s., 434, 442.

Algérie française : 21, 25, 30, 31, 31, 47, 51, 52, 55, 57, 60, 422 et s., 435, 454.

Algérie : 404, 407 et s., 431 et s., 434.

Allemagne : 77, 81, 117, 143, 148, 208, 271, 317, 319, 371, 385, 455, 458 et s.

Arbitrage religieux : 59, 381 et s.

Associations :

- culturelles : 182, 449 et s.
- diocésaines : 166, 170, 174, 187.
- dissolution : 446, 451 et s., 474, 481.
- loi de 1901 : 15, 445, 447, 451, 481.

Autorité parentale : 101, 107, 111, 113, 142, 193 et s., 389, 411 et s., 432 et s.

Autorités religieuses : 2, 15, 51, 54 et s., 183, 347, 379 et s., 389 et s.

Autriche : 42, 318 et s., 357, 361, 364 et s.

-C-

Cacherout : 12, 184, 188.

Cameroun : 21.

Canada : 9, 32 et s., 44 et s., 53 et s., 97, 117, 127, 161, 161, 240, 300, 384, 387.

Charia (ou *sharia*) : 12, 21, 51 et s., 79, 149 et s., 204, 211, 285 et s.

- *Board* : 204, 211

-B-

Baptême : 31, 103, 107, 145, 149, B, 184, 313.

Belgique : 288, 333, 365 et s.

Beth Din : 96 et s., 204, 210, 361, 380, 389.

Burqa : 7, 476.

Circoncision : 107, 145, 184.

Clause compromissoire : 98, 382, 388.

Clause laïque : 4, 265, 285 et s.

« **Clause Liberman** » : 97, 117, 147, 196, 238, 382.

Clause religieuse : 74, 192 et s., 196, 203 et s., 214 et s., 227, 231, 235, 258 et s., 265, 275, 289, 293, 296, 299, 479, 482, 482.

- Conditions de fond : 192 et s.
- Conditions de forme : 203 et s.
- Sanction : 214 et s.

Communautarisme : 51, 249, 280, 398, 441, 470 et s., 480.

Concordat : 20, 88, 166 247, 299, 319, 330, 353.

Conflit interne de lois : 16, 20, 28, 52, 104, 138 et s., 142, 148, 0, 175, 423.

Congrégation : 3, 7, 77, 208, 330, 446 et s.

Consistoire : 13, 51, 168, 311.

Constitution civile du clergé : 328 et s.

Contrat :

- d'agence de voyage : 6, 120.
- de bail : 6, 124, 134, 155, 190, 192, 200, 220, 236, 275, 275.
- de consommation : 44 et s.
- de mariage : 196, 388.
- parental : 100, 111.
- de travail : 76 et s., 122 et s., 155, 166, 174, 176, 198, 203 et s., 257 et s., 271, 287 et s., 291, 478, 479.

Contrôle de proportionnalité : 35, 130, 133 et s., 220, 268 et s.

Cujus regio ejus religio : 254, 310 et s., 323 et s., 417.

Cultes reconnus (système des) : 58, 62, 455.

-D-

« **Digicodes** » : 16, 121, 124 et s., 128, 130, 133, 136, 155, 192, 247, 261, 273, 275.

Discrimination :

- directe : 77, 98, 439, 441, 451, 481.
- indirecte : 38 et s., 46, 53, 466.

Divorce :

- civil : 86, 91 et s., 102 et s., 116, 141, 147, 156, B, 196 et s., 205, 215, 311, 326 et s., 336 et s., 366 et s., 376, 430, 479.
- international : 373 et s., 390 et s.
- religieux : 21, 56, 97, 357, 378 et s.

Droit commun : 240 et s.

-E-

Effet horizontal : 6, 10, 25, 125, 304.

Égypte : 21, 31, 405, 429.

Empêchement religieux :

- à mariage : 15, 58, 87 et s., 99, 114, 402 et s., 412, 419, 424, 428, 437, 442.
- à succession : 405 et s., 412, 419, 425, 428, 442.
- à l'adoption : 408 et s., 412, 419, 434.

Entreprise de tendance :

- religieuse : 70 et s., 117, 198, 205, 208, 291, 443, 478.
- laïque : 287 et s.

États-Unis d'Amérique : 10, 32 et s., 39 et s., 53, 59, 97, 117, 300, 384 et s., 480.

Exequatur : 56, 58 et s., 167, 183, 383, 385, 389, 413, 429 et s.

-F-

Fait justificatif : 334.

Foulard : 248, 291, 468.

Fiançailles : 196, 218, 237, 331.

Finance islamique : 79 et s., 216.

-G-

Gallicanisme : 166 et s., 188, 247, 307, 328 et s., 446, 454 et s., 481 et s.

Grand Sanhédrin : 252 et s., 379.

Gueth : 45, 95 et s., 114, 117, 147, B, 182, 196, 201, 215 et s., 382.

-H-

Hadhana : 411 et s., 426 et s.

Halakha : 96.

Halal : 75, 79, 184, 209 et s.

Hiérarchie des normes : 21, 46, 52, 161.

Huttérite : 33, 46.

-I-

Imam : 333 et s., 354, 385, 390, 455.

Intérêt de l'enfant : 109, 111, 195, 430.

Irrelevance : 11, 15, 165, 174, 379, 392, 479, 481.

Italie : 15, 183, 183, 271, 361, 458 et s.

-K-

Kafala : 408 et s., 426, 428.

Kirpan : 58.

-L-

Laïcité :

- contractuelle : v. « Clause laïque ».
- et liberté religieuse : 3 et s., 124 et s., 266 et s., 282, 304, 310 et s., 314, 316, 324, 326, 338 et s., 359, 366, 393, 479 et s.
- et lutte contre les discriminations : 439.
- neutralité : 1, 37, 206, 228, 250, 257, 265, 285, 287, 291, 304, 359, 398, 440, 457 et s.
- philosophique : 288, 316, 459.
- principe constitutionnel : 2, 279, 282, 288, 444, 459, 471, 473.
- du service public : 1 et s., 457.
- valeur(s) de la République : 2, 9, 254, 453, 454.

-M-

Maroc : 14, 21, 151, 152, 248, 410, 412 et s., 428, 434.

Mariage :

- célébration : 15, 88, 94, 106, 113, 150 et s., 183, 196, 199, 216, 318, 327 et s., 332 et s., 351 et s., 376, 397, 442, 477.
- civil : 15, 87, 104, 183, 196, 216, 316 et s., 331, 333, 337, 337, 352 et s., 360.
- international : 356 et s.
- nullité : 87 et s., 98, 104, 150, 183, 215, 361, 404, 481.
- religieux : 15, 91, 98, 103 et s., 114, 151, 181, 183, 188, 196, 218, 333, 353.

Marge nationale d'appréciation : 35, 270, 276, 459.

Liban : 17, 20, 25 et s., 51 et s., 161.

Libéralités : 26, 74, 82, 116, 199.

Loi de 1905 : 166 et s., 343, 379, 445, 449 et s., 472.

Loi de police : 357 et s.

Mayotte : 13, 19, 21, 25 et s., 47, 52 et s., 57, 60, 122.

Ministre du culte : 15, 173, 177, 181 et s., 319, 332, 345, 353 et s., 378 et s.

MIVILUDES : 448.

Multiculturalisme : 9, 45, 249, 301.

-N-

Neutralité : v. « Laïcité – neutralité »

Non-droit : 173, 175, 383.

-O-

Ordre public :

- confessionnel : 56, 80, 399, 423 et s., 474.
- et obligation d'accommodements raisonnables : 46.
- et règles dispositives : 242.
- familial : 84, 92, 98, 196, 199, 373, 387.
- laïc : 262, 272, 357 et s., 369, 379, 398, 423 et s., 439, 446 et s., 474 et s.
- sanitaire : 468.
- successoral : 197, 199.

Option de statut personnel : 62, 103, 369 et s., 374, 377.

v. également V° « Renonciation ».

-P-

Parrainage : 149, 177.

Pasteur : 174, 176, 331, 390.

Pluralisme juridique : 16, 63, 311 et s., 323, 346, 349 et s., 371, 376, 393, 395 et s.

Polygamie : 150, 399, 421, 475.

Prêtre : 87 et s., 94, 114, 177, 181, 307, 320, 327 et s., 477.

Prenuptial agreement : 97.

Privilège de laïcité : 28, 31.

-R-

Rabbin : 13, 42, 58, 76, 96 et s., 176, 210, 252, 253, 331, 360, 382, 390.

Ramadan : 120, 249, 260.

Régimes matrimoniaux : 26, 199, 390.

Règle dispositive : 229, 293, 294.

Règle de conflit :

- intercommunautaire : 25 et s., 34, 48 et s., 55 et s., 161.
- interne : 16 et s., 28, 34, 104, 138 et s.
- internationale : 16, 17, 20, 25, 302, 357 et s., 373, 399 et s.

Privilège de religion : 28, 31, 423.

Relevance :

- norme de relevance conflictuelle : 20 et s., 88 et s., 97, 127, 139, 159, 204 et s., 300, 479 et s.
- norme de relevance contractuelle : 19, 67 et s., 118 et s., 207 et s., 280, 479 et s.
- notion : 16 et s.

Règlement intérieur : 4, 46, 275, 285 et s., 460.

Renonciation :

- à un droit fondamental : 45, 273 et s., 289 et s.
- anticipée à l'action en réduction : 197.
- au divorce : 205, 366 et s., 372.
- au statut religieux : 27 et s., 31.

Répudiation : 29, 96, 177, 182, 357, 361, 378, 390, 399, 421, 475.

Royaume-Uni : 10, 15, 59, 97, 271, 383, 385, 389.

-S-

Sacrement : 58, 103, 307, 328, 369.

Schulchan Arouch : 12, 96, 182, 357, 361.

Secte : 7, 8, 13, 41, 314, 405, 448.

Sénégal : 21, 150, 152.

Séparation de corps : 141, 147, 336, 338, 339, 343, 371, 373, 373.

Séparatisme : 188, 443, 453, 480, 481.

Shabbat (ou sabbat) : 6, 33, 46, 120.

Sikh : 58.

Souccoth : 58, 121, 126.

Statut personnel religieux : 17, 21, 25 et s., 48, 51 et s., 57, 96 et s., 103 et s., 106, 123, 142, 150, 182, 357, 369, 370, 376 et s., 399 et s.

Successions : 26, 197, 414, 428, 475.

-T-

Tribunal rabbinique : v. « Beth Din ».

Tunisie : 404, 410, 413, 430 et s., 434.

Turquie : 333.

-V-

Vice du consentement : 85, 87, 89, 90 et s., 99, 481.

Virginité : 92, 481.

Voile intégral (V^o « Burqa »)

Glossaire

angrezi shariat : coutume anglaise de la charia. *Faransi shariat* est un néologisme, signifiant « coutume française de la charia ».

agounab (sing.), *agounot* (plur.) : femme adultère en droit mosaïque.

Beth Din : « Maison du jugement », ou tribunal de droit mosaïque.

charaïque, *charié* : relatif au droit musulman.

Dhimmis : les fidèles du judaïsme et de l'islam soumis, dans la Cité islamique, à un impôt, le *jizya* ; ils bénéficiaient en vertu d'un traité (*Akd Ed-Dhimma* ou *dhimma*) de la liberté de s'organiser juridiquement et judiciairement.

faqih (sing.), *fuqaha* (plur.) : juriste spécialiste du *fiqh*, droit musulman classique.

fiqh : droit musulman classique.

gueth : lettre de répudiation délivrée par l'époux de droit mosaïque à sa femme, permettant à celle-ci de se remarier religieusement.

badhana (ou *badana*) : garde de l'enfant en droit musulman classique.

hadith : recueil des actes et paroles de Mahomet.

halakha : loi juive, dont le recueil le plus important est le *Schulchan Arouch*, œuvre de Joseph Karo (1488-1575).

ijtihad : interprétation des textes ; modernisation des lois musulmanes classiques par l'interprétation.

kafala : recueil légal d'enfant en droit musulman classique.

ketouba : contrat de mariage en droit mosaïque

kirpan : petit poignard que les fidèles de la religion sikhe portent quotidiennement.

kitabiyā : les « gens du Livre », ou fidèles des autres grands monothéismes en droit musulman.

mamzer (sing.), *mamzerim* (plur.) : enfant adultérin ou « bâtard » de droit mosaïque, exclus de la communauté religieuse.

TABLE DES MATIÈRES

PLAN SOMMAIRE	13
INTRODUCTION	15
I. L'enjeu du sujet	17
II. La méthode	33
A. L'interférence de la règle religieuse dans les relations de droit privé étatique	34
B. Le concept de relevance	40
CHAPITRE PRELIMINAIRE :	49
LA NORME DE RELEVANCE CONFLICTUELLE	49
Section 1 : La désignation de la règle religieuse applicable	54
§ 1 L'énoncé de la règle de conflit intercommunautaire	55
I. La catégorie de rattachement du statut personnel	56
II. L'élément de rattachement objectif de l'appartenance religieuse	61
§ 2 L'énoncé de l'obligation d'accommodement raisonnable	64
I. Le postulat de l'égalité des droits étatique et religieux	68
II. La recherche de la loi la plus légitime	70
A. Le rôle du créancier	70
B. Le rôle du débiteur	74
Section 2 : L'application de la loi religieuse	82
§ 1 Le respect de la source hétéronome du droit religieux	83
I. Source institutionnelle dans la règle de conflit intercommunautaire	83
II. Source ambiguë dans le système de l'obligation d'accommodement raisonnable	88
§ 2 Le rôle des autorités religieuses	90
I. Le rôle de juge dans les systèmes de règle de conflit intercommunautaire	90
II. Le rôle d'expert dans le système de l'obligation d'accommodement raisonnable	94
PARTIE 1 :	100

LA LAÏCITE DISPOSITIVE	100
TITRE 1 :	102
LA NORME DE RELEVANCE FRANÇAISE	102
CHAPITRE 1 : LA GENERALITE DE LA NORME DE RELEVANCE CONTRACTUELLE	104
Section 1 : La norme de relevance contractuelle <i>stricto sensu</i>	105
§ 1 Un principe de portée générale	106
§2 Les applications par les entreprises de tendance	109
I. La notion extensive d'entreprise de tendance	110
II. L'exemple de la finance islamique	113
Section 2 : La norme de relevance contractuelle <i>lato sensu</i>	120
§ 1 Le contrat dans les relations de couple	121
I. Tentative d'application de la théorie des vices du consentement	122
A. Premier temps : hésitation dans le choix de la norme de relevance	123
B. Second temps : hésitation dans la qualification du vice d'erreur	124
II. L'application de certaines sanctions de l'inexécution	128
§ 2 Les contrats parentaux relatifs à l'enfant	136
I. Première époque	137
II. Deuxième époque	140
III. Troisième époque	142
CHAPITRE 2 : L'EXCLUSIVITE DE LA NORME DE RELEVANCE CONTRACTUELLE	153
Section 1 : Usage exclusif en droit des contrats <i>stricto sensu</i>	153
§ 1 Affirmation de l'exclusivité du contrat	153
I. L'affaire du « Boucher de Mayotte » ou la laïcité contractuelle	154
II. L'affaire des « Digidocodes » ou la conformité aux droits fondamentaux	156
III. L'affaire des « Cabanes » ou le respect de la chronologie contractuelle	157
§ 2 Exclusion des autres normes de relevance	159
I. Exclusion des droits fondamentaux	159
II. L'éventuelle remise en cause par l'auto-réforme de la Cour de cassation	161
Section 2 : Usage exclusif en droit de la famille	166
§ 1 La loi n'est pas une norme de relevance	166
I. La proposition d'introduire des règles de conflit interne	166
II. L'option restreinte de statut religieux	167
§ 2 Les droits fondamentaux ne sont pas une norme de relevance	169

I. Absence de pratique d’accommodements raisonnables	170
A. Dans les relations d’autorité parentale	170
B. Dans les rapports conjugaux	171
II. La question de l’interprétation culturaliste des cadres légaux	172
A. La jurisprudence	173
B. L’analyse	175
TITRE 2 :	183
LES FONCTIONS DE LA NORME DE RELEVANCE FRANÇAISE	183
CHAPITRE 1 : LA FONCTION UNIFORMISANTE	186
Section 1 : Le préalable de l’opération judiciaire de qualification	186
§ 1 Les obligations religieuses échappant à la sanction judiciaire	187
I. La cause : un legs implicite de la séparation des Églises et de l’État	188
II. La conséquence : la déclaration d’incompétence des tribunaux étatiques	192
A. L’incompétence en matière d’organisation ecclésiale	192
B. L’incompétence en matière d’activités culturelles	196
§2 Les obligations religieuses recevant la sanction judiciaire	198
I. La méthode de qualification	198
II. La typologie des obligations religieuses	201
Section 2 : Le traitement uniformisant de l’opération judiciaire d’interprétation	208
§ 1 Les conditions de validité de l’obligation religieuse	209
I. Les conditions de fond	209
A. Le respect du type de rapport d’obligation	210
1. Les rapports de famille	212
2. Les rapports contractuels stricts	216
B. Le respect du for intérieur	220
II. Les conditions de forme	221
A. Le refus du renvoi à la normativité religieuse	222
B. Le renvoi aux normes produites par les organismes de certification religieuse	226
§ 2 Les sanctions de l’inexécution de l’obligation religieuse	228
I. La sanction du débiteur	229
II. La sanction du juge	231
CHAPITRE 2 : LA FONCTION DISSUASIVE	239
Section 1 : Esquisse d’une politique de neutralisation du droit religieux	240

§ 1 Bilan statistique	240
I. Les ressorts de la dissuasion	241
A. Le biais d'inertie	242
B. Le biais de timidité	243
C. Le biais d'ignorance	244
II. La prépondérance du droit commun	245
§ 2 Nouvelle fonction du droit commun	250
I. Une politique du « chacun chez soi »	250
A. L'éveil de la laïcité dispositive	251
B. La redécouverte de la vertu fédératrice du droit commun	256
II. Une politique limitée aux frontières du droit commun	261
A. La limite matérielle de la laïcité dispositive	262
B. La limite territoriale de la laïcité dispositive	264
Section 2 : L'échec de la politique de neutralisation du droit religieux	269
§ 1 La fragilité des fondements de la laïcité dispositive	270
I. La fragilité des fondements techniques	272
A. L'argument de l'autorité du droit commun	273
B. L'argument de la marge nationale d'appréciation	274
C. L'argument de la renonciation au droit fondamental	277
II. La fragilité des fondements axiologiques	280
A. Les forces centrifuges	281
B. Le malentendu sur le rôle de la laïcité	285
§2 Le remède de la « clause laïque »	290
PARTIE 2 :	308
LA LAÏCITE IMPERATIVE	308
TITRE 1 : LE DOMAINE TRADITIONNEL DE LA LAÏCITE IMPERATIVE	311
CHAPITRE 1 : UNE SOLUTION AU PROBLEME D'UN « ÉTAT DANS L'ÉTAT »	312
Section 1 : La création de la laïcité de l'état des personnes	313
§ 1 Les conséquences de la réforme sur l'état des personnes	314
I. Le pluralisme du Saint Empire romain germanique	314
II. La fiction de l'unité religieuse française	316

§ 2 Le choix d'un droit étatique laïc	320
I. L'édit de 1783 de Joseph II	321
II. L'édit de 1787 de Louis XVI	323
Section 2 : L'affirmation d'un droit prééminent	329
§ 1 L'impérativité du droit matrimonial laïc	329
I. Premier temps : la coexistence indépendante dans la Constitution de septembre 1791	330
II. Second temps : les sanctions réprimant les ministres du culte célébrant	332
§ 2 Le divorce érigé en symbole de la laïcité du droit privé	339
I. L'argument de la liberté religieuse négative lors de la Révolution et du Code Napoléon	340
II. L'argument de la religion d'État lors des retours de la monarchie	342
III. L'argument de la laïcité lors de la III ^{ème} République	344
CHAPITRE 2 : LE REFUS DU PLURALISME EN MATIERE DE STATUT PERSONNEL	351
Section 1 : Les monopoles légaux sur l'état des personnes	352
§ 1 La précession de la célébration du mariage civil	352
I. Le maintien de l'incrimination du ministre du culte célébrant	353
II. La laïcité impérative projetée sur les mariages internationaux	356
A. La laïcité du mariage international célébré en France	357
B. La laïcité non étendue aux mariages célébrés à l'étranger	364
§ 2 L'impossible renonciation au divorce	369
I. Le ferme maintien du divorce en droit interne	369
A. La proposition d'option restreinte de statut catholique	369
B. La progression du droit au divorce	373
II. Le droit au divorce projeté dans les relations internationales	375
Section 2 : Le monopole juridictionnel sur l'état des personnes	383
§ 1 L'irrelevance des décisions des juridictions religieuses	384
§ 2 La question du divorce devant les tribunaux arbitraux religieux	387
I. Le succès mitigé des tribunaux arbitraux religieux à l'étranger	387
II. L'éventuel arbitrage religieux en droit français de la famille	394
A. L'arbitrage religieux des divorces internes	396
B. L'arbitrage religieux des divorces internationaux	399
TITRE 2 : LES DOMAINES NOUVEAUX DE LA LAÏCITE IMPERATIVE	405
CHAPITRE 1 : UN DOMAINE DISSIMULE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE	407
Section 1 : L'existence de lois religieuses reconstituant un « État dans l'État »	407

§ 1 Présentation succincte	408
I. L'empêchement religieux à mariage	408
II. Les empêchements religieux à succession	410
III. L'empêchement religieux à l'adoption ou à la <i>kafala</i>	412
IV. La <i>badhana</i> ou tutelle d'éducation de l'enfant musulman	414
§ 2 Analyse	418
Section 2 : La neutralisation des lois religieuses reconstituant un « État dans l'État »	424
§ 1 Traitement en jurisprudence	424
I. Le juge d'Algérie française	425
II. Le juge de la France postcoloniale	428
A. L'admission théorique du jeu de l'exception d'ordre public	428
1. Le rejet catégorique des empêchements confessionnels	428
2. Le rejet nuancé des règles de la <i>badhana</i>	429
B. La modification de la règle de conflit	433
§ 2 Proposition de simplification	436
I. Présomption d'atteinte à la laïcité impérative	437
II. Utilité méthodologique de la présomption	437
CHAPITRE 2 : LE DOMAINE CONTESTABLE DES GROUPEMENTS PRIVÉS	443
Section 1 : Les restrictions à la liberté d'association	444
§ 1 Les restrictions issues du cadre associatif de 1901 – 1905	445
§ 2 L'inadéquation des restrictions du cadre de 1901 – 1905 à l'islam	449
I. La multiplication des restrictions <i>ad hoc</i>	451
II. Les propositions de refonte du droit des associations culturelles	454
Section 2 : L'extension de la neutralité religieuse à l'entreprise privée	459
§ 1 Les premières manifestations	459
I. En Europe	460
II. En France	463
§ 2 Analyse	465
I. Appréciation de la licéité des interdictions	465
II. Appréciation de la fonction de la laïcité impérative	466
A. La question du conflit internormatif	467
B. La question du communautarisme dans l'entreprise	469
CONCLUSION GENERALE	480

INDEX THEMATIQUE	488
GLOSSAIRE	493
BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE	501

Bibliographie sommaire

I. Ouvrages généraux, traités, manuels et cours

- ANCEL, (B.), et LEQUETTE, (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2001, 4^{ème} éd.
- AUBRY, (Ch.), et RAU, (Ch.), *Cours de droit civil français* (par E. BARTIN), Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, 5^{ème} éd., t. VII.
- AUDIT, (B.), et D'AVOUT, (L.), *Droit international privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018.
- BATIFFOL, (H.), et LAGARDE, (P.), *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 1974, 6^{ème} éd ; 1971, 5^{ème} éd.
- BONFILS, (Ph.), et GOUTTENOIRE, (A.), *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, 2014, 2^{ème} éd., coll. « Précis ».
- BOUSQUET, (G.-H.), *Le droit musulman*, Paris, Armand Colin, 1963.
- BERGEL, (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2018, 3^{ème} éd.
- BUREAU, (D.), et MUIR WATT, (H.), *Droit international privé*, Paris, PUF, 2017, 4^{ème} éd., t. I.
- CAPITANT, (H.), TERRE, (F.), LEQUETTE, (Y.), CHENEDE, (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 2015, 13^{ème} éd.
- CARBONNIER, (J.), *Droit civil, Introduction*, t. 1, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004.
- *Droit civil*, t. 2, « La famille. Les incapacités », Paris, PUF, 12^{ème} éd.
- *Droit civil*, t. 4, « Les obligations », Paris, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000.
- CHARFI, (M.), « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », in *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Leiden/ Boston, Brill/ Nijhof, 1987.
- CORNU, (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2020, 13^{ème} éd.
- CORNU, (G.), *La rénovation du Code civil*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables » (préf. Y. LEQUETTE), 2017.
- DEMOLOMBE, (Ch.), *Traité du mariage*, Paris, Auguste Durand, 1872, 4^{ème} éd.
- DEPREZ, (J.), « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », in *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Leiden/ Boston, Brill/ Nijhof, 1988, t. 211.
- DOUAI, (Merlin de), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Garnery, 3^{ème} éd., 1807.
- DURAND, (B.), *Droit musulman, droit successoral*, Paris, Litec, 1991.
- DUPRE DE BOULOIS, (X.), (dir.), *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2019, 2^{ème} éd.

- DUTHEIL, (Ph.-H.), *Droit des associations et fondations*, Dalloz, coll. « Juris Corpus », 2016.
- EGEA, (V.), *Droit de la famille*, Paris, LexisNexis, 2016.
- FENOUILLET, (D.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, coll. « Cours Dalloz », 2013, 3^{ème} éd.
- MALAURIE, (Ph.), et FULCHIRON, (H.), *Droit de la famille*, Paris, LGDJ/ Lextenso, 2020, 7^{ème} éd.
- GANNAGE, (L.), « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », in *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Leiden/ Boston, Brill/ Nijhof, 2013, t. 357.
- GANNAGE, (P.), « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », in *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Leiden/ Boston, Brill/ Nijhof, 1979, t. 164.
- GARRIGUE, (J.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2018, 2^{ème} éd., coll. « HyperCours ».
- GHESTIN, (J.), et BARBIER, (H.), *Introduction générale au droit civil. Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 2018, 5^{ème} éd.
- GUGLIELMI, (G. J.), KOUBI, (G.) et Long, (M.), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien/ Lextenso, 2016, 4^{ème} éd.
- HALLAQ, (W.), *Shari'a : Theory, Practice and Transformation*, Cambridge University Press, 2009.
- JAYME, (E.), « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », in *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, The Hague/ Boston, Martinus Nijhoff, 1996, t. 251.
- KINSCH, (P.), « Le rôle du politique en droit international privé », in *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, The Hague/ Boston, Martinus Nijhoff, 2019, t. 402.
- LEQUETTE (Y.), « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », in *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Leiden/ Boston, Brill/ Nijhof, 2017, t. 387.
- LEREBOURS-PIGEONNIERE, (P.), (par Y. LOUSSOUARN), *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1962, 8^{ème} éd.
- LEVY, (J.-Ph.), et CASTALDO, (A.), *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2010, 2^{ème} éd.
- LOUSSOUARN, (Y.), BOUREL, (P.), VAREILLES-SOMMIERES, (P. DE), *Droit international privé*, Dalloz, coll. « Précis », 2013, 10^{ème} éd.
- MALAURIE, (Ph.), et FULCHIRON, (H.), *Droit de la famille*, Paris, LGDJ/ Lextenso, 2020, 7^{ème} éd.
- MAYER, (P.), « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », in *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Leiden/ Boston, Brill/ Nijhof, 2007, t. 327.
- MESSNER, (F.), PRELOT, (P.-H.), WOEHLING, (J.-M.), *Traité de droit français des religions*, Paris, LexisNexis, 2013, 2^{ème} éd.
- MILANO, (L.), SUDRE, (F.), SURREL, (H.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 14^{ème} éd., 2019.
- MILLIOT, (L.), *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 1953.

- MILLIOT, (L.), et BLANC, (F.-P.), *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1987.
- NIBOYET, (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1944, t. 3.
- PHILIP-GAY, (M.), *Droit de la laïcité*, Paris, Ellipses, coll. « Mise au point », 2016.
- RICHARDI, (R.), *Arbeitsrecht in der Kirche. Staatliches Arbeitsrecht und kirchliches Dienstrecht*, Munich, Beck, 2020, 8^{ème} éd.
- RIGAUX, (F.), « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », in *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Leiden/ Boston, Brill/ Nijhof, 1989-I, t. 213.
- RIVET, (A.), *Traité du culte catholique et des lois civiles d'ordre religieux*, Paris, Spes, 2 vol., 1947 et 1950.
- TAWIL, (E.), *Cultes et congrégations*, Paris, Dalloz, coll. « Juris Corpus », 2019, 1^{ère} éd.
- TERRE, (F.), et FENOUILLET, (D.), *Les personnes. Personnalité – Incapacité - Protection*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2012, 8^{ème} éd.
- TERRE, (F.), SIMLER, (Ph.), LEQUETTE, (Y.), et CHENEDE, (F.), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2018, 12^{ème} éd.
- TERRE, (F.), LEQUETTE, (Y.), et GAUDEMET, (S.), *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2014, 4^{ème} éd.
- VIGNAL, (T.), *Droit international privé*, Paris, Dalloz et Armand Colin, 2005.

II. Ouvrages spéciaux, monographies et thèses

- ABOU, (S.), *Cultures et droits de l'homme*, Mesnil-sur-l'Estrée, Hachette, coll. « Pluriel intervention », 1992.
- ALHALEL-ESNAULT, (Y.), *Les problèmes religieux de la famille en droit privé français* (th. dactyl.), 1975.
- AMSELLE, (J.-L.), *Vers un multiculturalisme français. L'empire de la coutume*, Paris, Flammarion, coll. « Champs essais », 2010.
- ANCEL, (B.), *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2017.
- Archives parlementaires (1787 à 1799)*, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1877.
- AOUN, (M.), (dir.), *Les statuts personnels en droit comparé. Évolutions récentes et implications pratiques*, Louvain, Peeters, 2009.
- BALAT, (N.), *Essai sur le droit commun* (préf. M. GRIMALDI), LGDJ, 2016.
- BANO, (S.), *Muslim Women and Shari'ab Councils. Transcending the Boundaries of Community and Law*, Palgrave Macmillan, 2012.
- BARRIERE, (L.-A.), *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Éditions universitaires, 1993.
- BATIFFOL, (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, (prés. Y. LEQUETTE), rééd. 2002, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz ».

- *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979.
- BASDEVANT, (J.), *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage. Du Concile de Trente au Code civil*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900.
- BAUBEROT, (J.), *Histoire de la laïcité en France*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 7^{ème} éd., 2017.
- *La laïcité falsifiée*, Paris, La Découverte, 2014, 2^{ème} éd.
- *Les laïcités dans le monde*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2014, 4^{ème} éd.
- BEAUD, (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994.
- BEAUD, (O.), COLLIOT-THELEN, (C.), et KERVEGAN, (J.-F.), (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, Paris, Garnier, 2019.
- BENELBAZ, (C.), *Le principe de laïcité en droit public français*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2011.
- BESANÇON, (A.), *Les trois tentations dans l'Église*, Paris, Calmann-Lévy, coll. « Liberté de l'esprit », 1996.
- BLANC DU COLLET, (Ch.), *Contribution à l'histoire du rétablissement du divorce en France en 1884*, 1939.
- BLUMENKRANTZ, (B.), et SOBOUL, (A.), (dir.), *Le Grand Sanhédrin de Napoléon*, Toulouse, Éd. Édouard Privat, coll. « franco-judaïca », 1979.
- BOCK-COTE, (M.), *Le multiculturalisme comme religion politique*, Paris, Cerf, 2016.
- BOISSON, (J.), *Les libéralités à caractère collectif* (préf. M. GRIMALDI), Paris, Defrénois, 2019.
- BONNET, (B.), (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ Lextenso, 2016.
- BOTTONI, (R.), CRISTOFORI, (R.), et FERRARI, (S.), (dir.), *Religious Rules, State Laws, and Normative pluralism — A Comparative Overview*, Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016.
- BOWEN, (J. R.), *On British Islam, Religion, Law, and Everyday Practice in Shari'a Councils*, Princeton et Oxford, Princeton University Press, 2016.
- BOYER, (A.), *L'institut musulman de la Mosquée de Paris*, Paris, CHEAM – La Documentation française, 1992.
- BRAGUE, (R.), *La loi de Dieu. Histoire philosophique d'une alliance*, Mesnil-sur-l'Estrée, Gallimard, coll. « L'esprit dans la cité », 2005.
- BOUYSSOU, (M.), *Les libéralités avec charges en droit civil français* (préf. G. MARTY), Paris, Sirey, 1947.
- BRIBOSIA, (E.), RORIVE, (I.), et TULKENS, (F.), (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse : regards croisés, Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles/ Bern/ Berlin, P.I.E. Peter Lang, 2015.
- CABRILLAC, (R.), (dir.), *Libertés et droits fondamentaux* Paris, Dalloz, coll. « CRFPA », 2020.
- CADIET, (L.), (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987.
- CALLEBAT, (B.), COURREGES, (H. DE), PARISOT, (V.), (dir.), *Les religions et le droit du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

- CALVES, (G.), *Territoires disputés de la laïcité. 44 questions (plus ou moins) épineuses*, Paris, PUF, 2018.
- CAPERAN, (L.), *Histoire contemporaine de la laïcité française*, Paris, Rivière et Nouvelles éditions latines, 1957-1961.
- CARBONNIER, (J.), *Écrits*, Paris, PUF, 2003.
- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.
- *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 2^{ème} éd., 1995.
- CARLIER, (J.-Y.), et VERWILGHEN, (M.), (dir.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992.
- CHARFI, (M.), *Islam et liberté. Le malentendu historique*, Paris, Albin Michel, 1998.
- CHEVALIER, (J.), *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004.
- COHEN-JONATHAN, (G.), (dir.), *Les droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels*, Paris, LGDJ, 1980.
- CORBION, (L.), *Le déni de justice en droit international privé* (préf. Y. LEQUETTE), PUAM, 2004.
- CORM, (G.), *Contribution à l'étude des sociétés multiconfessionnelles. Effets socio-juridiques et politiques du pluralisme religieux* (préf. E. RABBATH), Paris, LGDJ, 1971.
- CORNU, (G.), *La rénovation du Code civil*, « L'apport des réformes récentes à la théorie du droit civil » (1971) et « Regards sur le titre III du Livre III du Code civil » (1976), Ed. Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2017.
- COUARD, (J.), *L'entreprise congréganiste en droit des affaires* (préf. Ph. LE TOURNEAU), Paris, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », 2010.
- BOBBIO, (N.), *Essai de théorie du droit* (trad. M. GUERET), Bruxelles, Bruylant/ LGDJ, 1998.
- DEIXLEN-HÜBNER, (A.), et SCHAUER, (M.), (dir.), *Migration, Familie und Vermögen. Vom Europäischen Erbrecht bis zu binationalen Eben*, Autriche, LexisNexis, coll. « Zak Spezial », 2014.
- DEKEUWER-DESFOSSÉZ, (F.) et CHOAIN (Ch.), (dir.), *L'autorité parentale en question*, Villeneuve-d'Ascq, Septentrion Presses universitaires, 2003.
- DELFAU, (G.), *La laïcité, un défi du XXI^{ème} siècle*, Paris, L'Harmattan, 2016.
- DELMAS, (C.), *L'appréhension des convictions religieuses par les juges judiciaires* (th. dactyl.), 2019.
- DIETRICH, (H.), *Das protestantische Eherecht in Deutschland bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts*, Munich, Claudius Verlag, coll. "Jus ecclesiasticum", 1970, t. 10.
- DUPRET, (B.), (dir.), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches », 2012.
- DURAND-PRINBORGNE, (C.), *La laïcité*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2005.
- DUVERGIER, (J. B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État, de 1788 à 1824 inclusivement*, Paris, Guyot et Scribe, 1825, t. VI.
- DUVERT, (C.), *Sectes et droit* (préf. F. TERRE, post. Ph. THERY), Aix-en-Provence, PUAM, 2004.

- DWORKIN, (R.), *La religion sans dieu*, Genève, Labor et Fides, 2014.
- ELGEDDAWY, (A. K.), *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé* (préf. H. BATIFFOL), Paris, Dalloz, 1971.
- ESMEIN, (A.), *Le mariage en droit canonique*, Larose, 1891.
- ESSID, (Y.), *La face cachée de l'islamisation. La banque islamique*, La Tour d'Aigues, L'aube, 2016.
- FABRE-MAGNAN, (M.), *L'institution de la liberté*, Paris, PUF, 2018.
- FAUVARQUE-COSSON, (B.), et MAZEAUD, (D.), (dir.), *Pensée juridique française et harmonisation du droit en Europe*, Société de législation comparée, 2003.
- FELLOUS, (G.), *La laïcité pour tous. Les exceptions au droit commun*, t. IV, Paris, L'Harmattan, 2016.
- FERHAT, (I.), *Les Foulards de la discorde. Retours sur l'affaire de Creil, 1989*, Paris, éd. de l'Aube-Fondation Jean-Jaurès, 2019.
- FENET, (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires au Code civil*, Paris, Videcoq, 1836.
- FENET, (A.), KOUBI, (G.), et SCHULTE-TENCKHOFF, (I.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2001.
- FENET, (A.), et SOULIER, (G.), (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, L'Harmattan, 1989.
- FENOUILLET, (D.), et VAREILLES-SOMMIERES, (P. DE), (dir.), *La contractualisation du droit de la famille*, Economica, coll. « Études juridiques », 2001.
- FIRMAGE, (E. B.), WEISS, (B. G.), WELCH, (J. W.), (dir.), *Religion and Law: Biblical-Judaic and Islamic Perspectives*, Winona Lake, Eisenbrauns, 1990.
- FLAMMERMONT, (J.), *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^{ème} siècle*, t. III (1768-1788), Paris, Imprimerie nationale, 1898.
- FOBLETS, (M.-C.), et YASSARI, (N.), (dir.), *Legal approach to cultural diversity*, Leiden, Martinus Nijhof, 2013.
- FOHRER-DEDEURWAERDER, (E.), *La prise en considération des normes étrangères* (préf. B. Audit), Paris, LGDJ, 2008.
- FOREY, (E.), *État et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, Presses universitaires, 2007.
- FOREY, (Ph.), *La laïcité*, Saint Étienne, Presses universitaires, coll. « Le goût du savoir », 2020.
- FOURQUET, (J.), *L'archipel français. Naissance d'une nation multiple et divisée*, Paris, Seuil, 2019.
- FRANKEN, (S.), *Personal : Diversity Management*, Cham, Springer, 2015.
- GANNAGE, (P.), *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette Antoine/ Presses de l'Université Saint-Joseph, 2019.
- GAUCHET, (M.), *La religion dans la démocratie. Parcours de la laïcité*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 1998.
- GAUDREAU-DESBIENS, (J.-F.), (dir.), *Le droit, la religion et le raisonnable*, Montréal, Thémis, 2009.

- GERALDY, (Y.), *La religion en droit privé* (th. dactyl.), 1978.
- GHAMROUN, (S.), *Effets d'État. Les juges des enfants, les tribunaux de la charia et la lutte pour la famille libanaise*, (th. dactyl.), 2016.
- GOHIN, (O.), et MAURICE, (P.), (dir.), *Mayotte Actes du colloque universitaire de Mamoudzou*, 23 et 24 avr. 1991, Université de la Réunion, 1992.
- GRAFF, (G.), *Separation of Church and State — Dina de Malkhuta Dina in Jewish Law, 1750-1848*, Alabama, University Alabama Press, 2^{ème} éd., 2003.
- GUGLIELMI, (G. J.), (dir.), *L'application des droits et libertés par les personnes privées : la liberté d'expression en droit comparé*, Actes du colloque des 23-24 mai 2019, Paris, Éd. Panthéon-Assas, (à paraître).
- GUTMANN, (D.), *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille* (préf. F. TERRÉ), Paris, LGDJ, 2000.
- GYO, (Ch.), *Diskriminierung aufgrund der Religion im deutschen und französischen Arbeitsrecht. Völker-, europarechtliche und nationale Regelungen*, Peter Lang, 2011.
- HAARSCHER, (G.), *La laïcité*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, 5^{ème} éd.
- HALLAQ, (W. B.), *The Impossible State. Islam, Politics, and Modernity's Moral Predicament*, New York, Columbia University Press, 2013.
- *An Introduction to Islamic Law*, Cambridge University Press, 2009.
- HAROUËL, (J.-L.), *Les droits de l'homme contre le peuple*, Paris, Desclée de Brouwer, 2016.
- HENNETTE-VAUCHEZ, (S.), et VALENTIN, (V.), *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Paris, LGDJ, coll. « Exégèses », 2014.
- HERFARTH, (Ch.), *Die Scheidung nach jüdischem Recht, im internationalen Zivilrechtsverfahren*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 2000.
- HIMEUR, (C.), *Les contrats de la finance islamique. Analyse prospective* (préf. T. BONNEAU), Larcier, coll. « Cahiers financiers », 2018.
- HÖTTE, (F.), *Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit. Angloamerikanische Rechtspraxis, Perspektive für Deutschland*, Tübingen, Mohr Siebeck, coll. « Jus ecclesiasticum », 2013, t. 104.
- HUNTER-HENIN, (M.), *Why Religious Freedom matters for Democracy : Comparative Reflections from Britain and France for a Democratic "vivre ensemble"*, Oxford, Hart, 2020.
- HUNTINGTON, (S. P.), *Le choc des civilisations* (1996), Paris, Odile Jacob, 2000.
- HYDE, (A.-A.), *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation* (préf. M. Fabre-Magnan), Paris, IRJS Éditions, 2015.
- JAUFFRET, (J.), *Examen des articles organiques*, Paris, A. Eymery, 1817.
- JESTAZ, (Ph.), *Le droit*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2012, 7^{ème} éd.
- JOUNI, (E.), et PASTRE, (O.), *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris. Dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*, déc. 2008.

KAUFMANN, (E.), NAWIASKY, (H.), HENSEL (A.), et BÜHLER (O.) (dir.), *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 Reichsverfassung*, Berlin/ Leipzig, de Gruyter, 1927.

KHAÏAT, (L.), et MARCHAL, (C.), (dir.), *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008.

KOUSSENS, (D.), *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droits et discours*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et religion », 2015.

KINSCH, (P.), *Le fait du prince étranger* (préf. J.-M. BISCHOFF), Paris, LGDJ, 1994.

KINTZLER, (C.), *Penser la laïcité*, Paris, Minerve, 2014.

LACOUTURE, (J.), *Jésuites. Les conquérants*, Paris, Seuil, 1991.

LAGARDE, (G. de), *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen-Âge*, 6 vol., Louvain/ Paris, E. Nauwelaerts/ B. Nauwelaerts, 1934-1946.

LAISNEY, (J.), *Mariage civil, mariage religieux*, th. dactyl., 1930.

LANDHEER-CIESLAK, (Ch.), *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, (préf. L. AYNES et P. GLENN), Cowansville, Bruylant/ Yvon Blais, 2007.

LASZLO-FENOUILLET, (D.), *La conscience*, (préf. G. CORNU), LGDJ, 1995.

LAZERGES (Ch.), *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2016.

LE DOLLEY, (E.), (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Paris, LGDJ/ Lextenso, 2010.

LEGENDRE, (R.), *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale* (préf. L. GANNAGE), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2020.

LE POURHIET, (A.-M.), (dir.), *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, Aix-en-Provence, PUAM-Economica, 1999.

Les décisions doctrinales du Grand Sanhédrin réuni sous les auspices de Napoléon le Grand, Lagrasse, Éditions Verdier, coll. « Poche », 2007.

LE TERTRE, (C.), *La religion et le droit civil du mariage*, (préf. R. LE GUIDEC), Defrénois, 2004.

LETTERON, (R.), (dir.), *La laïcité dans la tourmente*, Paris, Presse Sorbonne Université, coll. « Sorbonne Essais », 2019.

LIBCHABER, (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit*, Paris, LGDJ, 2013.

LIENHARD, (T.), et POUTRIN, (I), (dir.), *Pouvoir politique et conversion religieuse*, vol. 1 « Normes et mots », Rome, Publications de l'École française de Rome, 2017.

MAHMOOD, (S.), *Politique de la piété. Le féminisme à l'épreuve du renouveau islamique*, Paris, La Découverte, coll. « textes à l'appui », 2009.

LAMOIGNON DE MALESHERBES, (Ch. G. DE), *Mémoire sur le mariage des protestants*, 1785.

MANCERON, (G.), *Marianne et les colonies. Une introduction à l'histoire coloniale de la France*, Paris, La Découverte, coll. « Sciences humaines et sociales », 2005

- MANENT, (P.), *Situation de la France*, Paris, Desclée de Brouwer, 2015.
- MARGUENAUD, (J.-P.), (dir.), *CEDH et droit privé*, La Documentation française, 2001.
- MARTIN-SISTERON, (H.), *Finance islamique et financement de projets en France* (préf. A. COURET), Paris, IRJS, 2012.
- MARTINO, (Cardinal), (dir.), *Compendium de la doctrine sociale de l'Église*, Conseil pontifical justice et paix, Cerf, 2005.
- MAURIN, (L.), *Contrat et droits fondamentaux* (préf. E. PUTMAN), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2013.
- MEZGHANI, (A.), *L'État inachevé. La question du droit dans les pays arabes*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 2011.
- MORENA (F. DE LA), (dir.), *Les frontières de la laïcité*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes Perspectives », 2016.
- MOTULSKY, (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* (préf. P. ROUBIER), Paris, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 2002.
- MUIR WATT, (H.), *La fonction de la règle de conflit* (th. dactyl.), 1985.
- NAJM, (M.-C.), *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux* (préf. Y. LEQUETTE), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005.
- Orateurs de la Révolution française*, Paris, Gallimard, NRF, coll. « Bibliothèque de La Pléiade », t. I « Les constituants », 1989.
- OST, (F.), et VAN DE KERCHOVE, (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Université de Saint Louis, 2002.
- PARISOT, (V.), *Les conflits internes de lois* (préface P. LAGARDE), Paris, IRJS éditions, 2013, 2 vol.
- PEARSON, (M.), *Proportionality, Equality Laws, and Religion. Conflicts in England, Canada, and the USA*, Londres et New York, Routledge, 2017.
- PEÑA-RUIZ, (H.), *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Actuel », 2003.
- PENDU, (M.), *Le fait religieux en droit privé* (préf. F. KERNALEGUEN), Paris, Defrénois, 2008.
- PERES-DOURDOU, (C.), *La règle supplétive* (préf. G. VINEY), Paris, LGDJ, 2004.
- PEYREFITTE, (A.), *C'était de Gaulle*, Gallimard, coll. « Quatro », 2002.
- PITION, (J.-P.), *Les protestants français au XVII^e siècle*, Saumur, Archives de la ville.
- PORTALIS, (J., E., M.), *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844.
- *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.
- PORTIER, (Ph.), *L'État et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Rennes, Presses universitaires, 2016.

- POULAT, (E.), *Scruter la loi de 1905 : la République française et la religion*, Paris, Fayard, 2010, coll. « Les quarante piliers ».
- PRESCOTT, (W. H.), *Histoire de la conquête du Mexique*, 1^{ère} éd. 1843, Paris, Pygmalion Gérard Watelet, 1991.
- RABBATH, (E.), *La formation historique du Liban politique et constitutionnel*, Beyrouth, Publications de l'université libanaise, 1986.
- RALSER, (E.), *La célébration du mariage en droit international privé* (th. dactyl.), 1998.
- RAYNAUD, (J.), *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés* (préf. E. GARAUD), Aix-en-Provence, PUAM, 2003.
- REVEY, (T.) (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1996.
- RIPERT, (G.), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936.
- RIPOCHE, (E.), *La liberté et l'ordre public contractuels à l'épreuve des droits fondamentaux* (th. dactyl), 2019.
- ROBERT, (J.), *La fin de la laïcité*, Paris, Odile Jacob, 2004.
- ROMANO, (S.), *L'ordre juridique* (présentation P. MAYER, introduction Ph. FRANCESCAKIS), rééd., Paris, Dalloz, 2002.
- ROUBIER, (P.), *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1955, 2^{ème} éd.
- ROY, (O.), *L'échec de l'islam politique*, Paris, Seuil, coll. « Essais », 2015.
- *La sainte ignorance. Le temps de la religion sans culture*, Paris, Seuil, coll. « Essais », 2008.
 - *La laïcité face à l'islam*, Paris, Stock, 2005.
- SAAIDIA, (O.), *Algérie coloniale. Musulmans et chrétiens : le contrôle de l'État (1830-1914)*, (préf. H. LAURENS), Paris, CNRS Éditions, 2015.
- SAFI, (F.), *Prosélytisme intellectuel et droit pénal* (préf. Ph. CONTE), Paris, Fondation Varenne, 2014.
- SALEILLES, (R.), *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901.
- SAVATIER, (R.), *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, LGDJ, 1963, 2^{ème} éd ; 1937, 1^{ère} éd.
- SCHNAPPER, (D.), *De la démocratie en France. République, nation, laïcité*, Paris, Odile Jacob, 2017.
- *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Paris, Gallimard, coll. « Folio actuel », 2000.
 - *La communauté des citoyens*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 1994.
- SCHOLLER, (H.), et TELLENBACH, (S.), (dir.), *Westliches Recht in der Republik Türkei 70 Jahre nach der Gründung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.
- SCHOUPPE, (J.-P.), *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (préf. E. DECAUX), Paris, Pedone, coll. « Institut René Cassin de Strasbourg », 2015.

- SCHWARTZMANN, (M.), FLANDERS, (Ch.), et ROBINSON, (Z.), (dir.), *The Rise of Corporate Religious Liberty*, Oxford University Press, 2016.
- SHACHAR, (A.), *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, 2001.
- STIBBE, (I.), *Le divorce juif en droit international privé. Le gueth, ou la tradition à l'épreuve de la laïcité*, Éditions interuniversitaires suisses, 2005.
- STOFFEL-MUNCK, (Ph.), *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, (préf. R. BOUT), Paris, LGDJ, 2000.
- TABARAUD, *Principes sur la distinction du contrat et du sacrement de mariage*, Paris, Librairie de Fortic, 1825.
- TAWIL, (E.), *Norme religieuse et droit français*, Aix-Marseille, PUAM, 2005.
- TAYLOR, (Ch.), *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, (trad. D.-A. CANAL), Paris, Flammarion, coll. « Champs essais », 2009.
- TURGOT, (A. R. J.), *Le Conciliateur ou Lettres d'un ecclésiastique à un magistrat*, 1788.
- VANDENBUSSCHE, (R.), (dir.), *De Georges Clémenceau à Jacques Chirac, l'État et la pratique de la loi de Séparation*, Publications de l'Institut de recherches historiques du Septentrion, 2008.
- VARAINE, (L.), *La religion du cocontractant* (préf. J.-B. SEUBE), Paris, LGDJ, 2019.
- VENTURA, (M.), *Religion and law in Italy*, Alphen-sur-le-Rhin, Wolter Kluwers, 2013, p. 157.
- VILLEGAS, (D.), *L'ordre juridique mafieux. Étude à partir du cas de l'organisation criminelle colombienne des années 1980 et 1990* (préf. N. MOLFESSIS), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2018.
- WAGNER, (J.), *Richter ohne Gesetz. Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat*, Berlin, Ullstein, 2011.
- WIEVIORKA, (M.), (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris, La Découverte, 1996.
- WYLER, (E.), PAPAUX, (A.) (dir.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pedone, 1999.
- YASSARI, (N.), (dir.), *Changing God's Law : the Dynamics of Middle Eastern Family Law*, Londres, Routledge, coll. « Islamic Law in Context », 2016.
- YASSARI, (N.), MÖLLER, (L.-M.), GALLALA-ARNDT, (I.), (dir.), *Parental Care and the Best Interest of the Child in Muslim Countries*, La Haye/ Berlin, T. M. C. Asser/ Springer, 2017.
- YASSARI, (N.), MÖLLER, (L.-M.), NAJM, (M.-C.), (dir.), *Filiation and Protection of Parentless Children*, La Haye/ Berlin, T. M. C. Asser/ Springer, 2019.
- ZAGOURI, (A.), *Du mariage en droit hébraïque* (préf. M. R. TAJOURI), Paris, LGDJ, coll. « Études juridiques, politiques et économiques de la Faculté de droit du Maroc », 1960.
- ZAHER, (K.), *Conflit de civilisations et droit international privé* (préf. V. HEUZE), Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2009.

ZIMMERMANN, (R.), (dir.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 2016, t. CXIII.

ZOLLER, (E.), *La conception américaine de la laïcité*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005.

III. Articles, chroniques, notes, observations, commentaires, rapports, conférences, communications, avis et conclusions

ABIDA, (S.), « Les pouvoirs du juge tunisien en droit de la famille », in *Changing God's Law : the Dynamics of Middle Eastern Family Law* (dir. N. YASSARI), Londres, Routledge, coll. « Islamic Law in Context », 2016, p. 153.

ACHI, (F.), et FORGET, (E.), « La gouvernance des comités charia », *Rev. dr. bancaire et fin.*, mars 2011, étude 14.

ADAM, (P.), « Baby Loup : rebond international », *JSL* n° 1828, 17 sept. 2018 et *JSL* suppl. 2019, n° 1847, p. 29.

— « La CJUE ou l'anticyclone européen (À propos de la neutralité religieuse dans l'entreprise privée) », *RDT* 2017. 422.

— « Les laïcités et l'entreprise privée », *Dr. soc.* 2015. 708.

— « La crèche et l'au-delà... », *JSL*, 28 nov. 2011. 1515

ADRAGÃO, (P.), et LEÃO, (A.), « Portugal : religious rules and state law », in *Religious Rules, State Laws, and Normative pluralism — A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 298.

AFFAKI, (G.), FADLALLAH, (I.), HASCHER, (D.), PEZARD, (A.), et TRAIN, (F.-X.), *Rapport du groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques*, 21 sept. 2009.

AGOSTINI, (E.), note sous CA Versailles, 31 oct. 1994, *D.* 1995. 246.

— note sous Cass. civ. 2^{ème}, 21 nov. 1990, *D.* 1991. 434.

— chron. *JCP G* 1987. II. 20728.

— note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1982, n° 81-1261, *D.* 1983. 431.

AKGÖNÜL, (S.), « Le statut personnel des musulmans de Grèce. Vestiges ottomans et réalités contemporaines », in *Les statuts personnels en droit comparé. Évolutions récentes et implications pratiques* (dir. M. AOUN), Louvain, Peeters, 2009.

ALEMANNI, (A.), HELLERINGER, (G.), SIBONY, (A.-L.), « Brève introduction à l'analyse comportementale du droit », *D.* 2016. 911.

ALEXANDRE, (D.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avr. 1981, *De Itturalde de Pedro, JDI* 1981. 812.

Antidiskriminierungsstelle des Bundes, *Religiöse Vielfalt am Arbeitsplatz: Grundlagen und Praxisbeispiele*, 2017.

ANTONMATTEI, (P.-H.), « Le port de signes religieux dans l'entreprise : au-delà de Baby Loup », *SSL*, 23 déc. 2013, n° 1611.

ARDANT, (Ph.), note sous Cass. ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41. 211, *D.* 1978. 546.

ARENDE, (H.), « Reflections on Little Rock », *Dissent*, vol. 6, n° 1, hiver 1959, p. 45.

ATIAS, (Ch.), « Liberté religieuse et légalité : la suprématie de la règle inférieure sur la règle supérieure et l'éviction de l'ordre public », *D.* 2006. 2887.

— « Les convictions religieuses dans la jurisprudence en matière de divorce », *JCP G* 1984. I. 3151.

AUGSBERG, (I.), et KORIOTH, (S.), « The Interplay Between State Law and Religious Law in Germany », in *Religious Rules, State Law and Normative Pluralism. A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI, S. FERRARI), Cham, Springer, 2016, p. 175.

AYACHE, (G.-D.), « Le gueth ou la religion a-t-elle ses raisons que le droit ne saurait méconnaître ? », *Gaz. Pal.* 1991. 2. doct. 760.

BAHUREL, (Ch.), « La priorité du mariage civil et l'Islam : pour un droit de la famille au service de l'unité nationale », *D.* 2018. 859.

BARBIER, (P.), « Le divorce, la religion et l'exceptionnelle dureté au sens de l'article 240 du Code civil », *Gaz. Pal.* 1987. 1. doct. p. 273.

— « Le problème du *gueth* », *Gaz. Pal.* 1987, doct. 484.

— « De l'incidence du comportement religieux de l'un des époux sur la dissolution du lien conjugal », *Année canonique*, 1975, t. 19, p. 41.

— note sous TGI Paris, 6 juin 1973, *Gaz. Pal.* 1974, 1, 299.

BARRIERE-BROUSSE, (I.), « L'enfant et les conventions internationales », *JDI* 1996. 843.

BARROCHE, (J.), « La citoyenneté européenne victime de ses propres contradictions : de la nationalité étatique à la rationalité économique », *Jus Politicum*, janv. 2018, n° 19.

— « Une citoyenneté sans conscience d'elle-même est-elle possible ? Le cas de l'Union européenne », in *Droits subjectifs et citoyenneté* (dir. O. BEAUD, C. COLLIOT-THELEN et J.-F. KERVEGAN), Paris, Garnier, 2019.

BARTIN, (E.), note sous CA Paris, 17 mars 1902, *Levinçon*, *D.* 1903. 2. 49.

BASDEVANT-GAUDEMET, (B.), « Droit et religion en France », *RIDC* 1998. 335.

BATIFFOL, (H.), Préface à : I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1977, p. VI.

— note sous Cass. civ., 22 juin. 1955, *Caraslanis*, *Rev. crit. DIP* 1955. 723.

— note sous Trib. civ. Seine, 25 avr. 1938 et Trib. civ. Toulouse, 8 juin 1938, *Rev. crit. DIP* 1939. 103.

- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1961, *Tarvid*, *Rev. crit. DIP* 1961. 547.
- note sous Cass. civ., 17 avr. 1953, *Rivière*, *Rev. crit. DIP* 1953. 412.
- BAUDOUIN, (P.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Administrer* mai 2003, p. 30.
- BAUDUIN, (B.), « L'entreprise entre laïcité et neutralité », in *Justice & Cassation*, dossier « Laïcité », Paris, Dalloz, 2019, p. 53.
- BAZIN, (E.), note sous CA Douai, 28 août 2014, n° 14/05205, *AJ Famille* 2014. 556.
- BEAUD, (O.), « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande », in *La volonté générale, Jus Politicum*, n° 10, 2014.
- BECHILLON, (D. DE), « Voile intégral : éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux », *RFDA* 2010. 467.
- BELLER, (E. T.), « The Headscarf Affair : The Conseil d'État on the Role of Religion and Culture in French Society », *Texas International Law Journal*, vol. 39 (2004), p. 581.
- BELLO, (B. G.), « Accommodamenti ragionevoli basati sulla religione tra diritto antidiscriminatorio e diversity management », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, n° 12, p. 1.
- BENABENT, (A.), « La liberté individuelle et le mariage », *RTD civ.* 1973. 480.
- BEN ACHOUR, (Y.), « Islam et laïcité. Propos sur la recomposition d'un système de normativité », *Pouvoirs*, n° 62, 1992, p. 15.
- BEN ACHOUR, (S.), « L'adoption en droit tunisien : à propos de la condition d'islamité », in *L'enfant en droit musulman* (dir. L. KHAÏAT et C. MARCHAL), Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 333.
- « Les problèmes liés à la garde d'un enfant issu d'un couple mixte franco-tunisien », in *L'enfant en droit musulman* (dir. L. KHAÏAT et C. MARCHAL), Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 359.
- BEN HALIMA, (S.), « Religion et statut personnel en Tunisie », *Rev. tunisienne de droit*, 2000. 117.
- BERGER, (V.), « Une logique de mise en balance des intérêts », *SS Lamy Supplément*, 30 sept. 2013, n° 1599, p. 12.
- BERNARD-MAUGIRON, (N.), « Charia et hiérarchie des normes », in *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, (dir. B. DUPRET), Paris, La Découverte, 2012, p. 51.
- BERNAUD, (V.), GRAY, (L.), et SEVERINO, (C.), note sous Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *D.* 2007. 1166.
- BIALOSTOZKY (N.), « Volition and Religion : a Right-Based Appraisal of Islamic Arbitration in England », in *Approches juridiques de la diversité culturelle*, (dir. M.-C. FOLETS et N. YASSARI), Leiden/Boston, Martinus Nijhof Publishers, 2013, p. 603.
- BIARD, (A.), et FAURE, (M.), « Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes : illustrations européennes », *RTD eur.* 2015. 715.
- BINET, (J.-R.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-23531, *Dr. Fam.* 2017, comm. 220.

- « Le croissant et la balance : de quelques spécificités du droit applicable à Mayotte au crépuscule de la justice cadiale », in *RIDC* 2002. 787.
- BISCHOFF, (J.-M.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1982, n° 81-1261, *Rev. crit. DIP*, 1983. 300.
- BLACKSTONE, (L.), « Courting Islam : Practical Alternatives to a Muslim Family Court in Ontario », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 31 (2006), p. 207.
- BOBBIO, (N.), « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *Essai de théorie du droit* (trad. M. Gueret), Bruxelles, Bruylant/ LGDJ, 1998, p. 159.
- BODEN, (D.), « Le pluralisme juridique en droit international privé », in *Arch. phil. dr.*, Paris, Dalloz, 2006, t. 49 « Le Pluralisme », p. 275.
- BOLLEE, (S.), « Retour au cap des tempêtes », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 65.
- BONNICHON, (A.), « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 1949. 615 (première partie) et 1950. 11 (seconde partie).
- BORE, (L.), « Laïcité : un principe essentiel et complexe », *Justice & Cassation*, dossier « Laïcité », Paris, Dalloz, 2019, p. 5.
- BOSSU, (B.), « Port de la barbe et discrimination fondée sur la religion », *JCP S* 28 juill. 2020. 2092.
- « L'interdiction du port du foulard islamique dans l'entreprise privée : entre discrimination directe et indirecte », *JCP S* 2017. 1105.
- BORGHETTI, (J.-S.), « Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va », *D.* 2015. 137.
- BOUET, (J.-B.), « La “Charte de la laïcité dans les services publics” et les établissements publics de santé : une occasion manquée », *RDSS* 2007. 1023.
- BOUKHARI, (R.), « La protection de l'enfant en droit international privé tunisien : l'exemple de la garde (ou hadhana) », 23.1 (2010) *Revue québécoise de droit international*, p. 91.
- BOULANGER, (F.), « Autorité parentale et formation religieuse des mineurs (essai comparatif) », *Dr. fam.* 2013, n° 11, étude 14.
- BOURDELOIS, (B.), note sous CA Versailles, 30 mars 1995, *Rev. crit. DIP* 1996. 639.
- BOUTIN, (Ch.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 oct. 2007, n° 06-13732, *Assoc. GPMF, Bull. Joly* févr. 2008, n° 2, p. 107.
- BOUZAT, (P.), note sous CA Paris, 30 oct. 1974, *RTD com.* 1972. 207.
- BOYD, (M.), *Dispute Resolution. Protecting Choice, Promoting Inclusion*, 20 déc. 2004.
- BREDIN, (J.-D.), « La religion de l'enfant », *D.* 1960. 73, chron. XIII.
- BRICE-DELAJOUX, (C.), « Épilogue dans l'affaire de la crèche Baby Loup : la Cour de cassation tranche en faveur de la liberté religieuse », *Dr. adm.* 2013, n° 5, p. 34.

- « La laïcité et l'accueil de la petite enfance dans les structures de droit privé (à propos de l'arrêt rendu en appel dans l'affaire de la crèche Baby Loup) », *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, 1^{er} nov. 2012, n° 6, p. 1585.
- BROSSIER, (P.), « L'état civil à Mayotte », in *Mayotte* (dir. O. GOHIN et P. MAURICE), Actes du colloque universitaire de Mamoudzou, 23 et 24 avr. 1991, Université de la Réunion, 1992, p. 233.
- BROUZES, (C.), et MARSTAL, (L.), *Le refus de délivrance du gueth ou get*, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, Bureau chargé du contentieux, juill. 2015.
- BRUN, (H.), « Un aspect crucial mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des chartes canadienne et québécoise : l'objection de conscience », *C. de D.* 1987, vol. 28, p. 185.
- BUFFELAN-LANOIRE, (Y.), « Le mariage du droit canonique au droit contemporain », in *Mélanges Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 113.
- BUI-XUAN, (O.), « Les ambiguïtés de l'étude du Conseil d'État relative à la neutralité religieuse dans les services publics », *AJDA* 2014. 249.
- BUREAU, (P.), note sous Montpellier, 25 juill. 1911, *D.* 1914. 2. 33.
- BUCHET, note sous Cass. civ., 17 avr. 1953, *Rivière*, *JCP* 1953. II. 7863.
- CABRILLAC, (R.), « Un Code européen des affaires, une chance pour la construction européenne », *D.* 2019. 1191.
- CALVES, (G.), « Politiques de neutralité au sein des entreprises privées : un feu vert de la CJUE ? », *SSL* 27 mars 2017, n° 1762, p. 3.
- CAMUS, (A.), « Sur une philosophie de l'expression », in *Poésie* 44, n° 17, déc. 1943 – févr. 1944, p. 22.
- CANIVET, (G.), « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives communautaires », in *Actes du colloque Principes fondamentaux et transposition des directives communautaires*, Budapest, 1-3 oct. 2009.
- CANUT, (F.), « Affaire Baby-Loup : bientôt l'Assemblée plénière ! », *RLDA*, févr. 2014, n° 90.
- « Principe de laïcité versus liberté religieuse : être ou ne pas être un service public », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2013, n° 83, p. 49.
- CAPOULADE, (P.), et GIVERDON, (C.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 20 juill. 1994, n° 92-17.651, *RDI* 1994. 690.
- CARBONNIER, (J.), « La sécularisation du droit civil par le Code civil des Français », in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1384.
- « Les phénomènes d'internormativité », in *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 2^{ème} éd., 1995, p. 287.
- Préface à : G. DOLE, *Les professions ecclésiastiques*, in *Écrits*, Paris, PUF, 2008, p. 1475.

- « Droit et non-droit », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 28.
 - « Le Code civil », in *Le Code civil : 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz et Litec, 2004, p. 17.
 - « La culture française : une culture catholique laïcisée ? » (1983), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1426.
 - « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire* (dir. P. NORA), Paris, Gallimard, 1997, t. 1, p. 1345.
 - « De l'État quand sa robe l'empêche de courir », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 174.
 - « La laïcisation de l'état civil », in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 189.
 - note sous TGI Versailles, 24 sept. 1962, *D.* 1963. 52.
 - note sous CA Paris, 30 avr. 1959, *D.* 1960, jur. 673.
 - note sous T. civ. Châtelleraut, 8 févr. 1949, *D.* 1949, p. 467.
 - note sous Trib. civ. Briançon, 6 janv. 1948, *D.* 1948. 579.
 - note sous C.E. 9 juill. 1943, *Ferrand*, *D.* 1944. 160.
 - « Terre et ciel dans le droit du mariage » (1950), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 202.
 - « Sociologie et psychologie de l'Édit de Révocation » (1985), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1451.
 - « Droit et théologie chez Calvin », in *Écrits*, Paris, PUF, p. 1353.
 - « La Révocation permanente » (1985), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1447.
 - « 1781-1787, de la famille de l'Édit à l'Édit des familles » (1987), in *Écrits*, Paris, PUF, 2003, p. 1479.
 - « Études de psychologie juridique », *Annales de l'Université de Poitiers*, 1949, 2^{ème} série, t. II, p. 1-18, réédité au *JCP G* n° 51, 14 déc. 2015, doct. 1407.
- CHOAN, (C.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 janv. 1994, *D.* 1995. 226.
- COSTA, (J.-P.), note sous Cour EDH, 20 juill. 2001, n° 30882/96, *Pellegrini c. Italie*, RTDH 2002. 470.
- CAYLA, (O.), « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires », *D.* 2011. 1166.
- CHABAS, (F.), note sous Cass., civ. 2^{ème}, 21 avr. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, n° 306-307, Jurispr. 590.
- CHAMPEAUX, (F.), « Baby Loup à la croisée des chemins », *SS Lamy Supplément*, 24 févr. 2014, n° 1619, p. 10.
- « L'arrêt Baby Loup en six leçons », *SS Lamy Supplément*, 30 sept. 2013, n° 1599, p. 7.
- CHARENTENAY, (P. de), « La Charte européenne et la laïcité », *Études*, sept. 2001, p. 153.

- CHAUVY, (Y.), « Travail et religion sous le rapport tempéré de la neutralité (autour d'un interdit alimentaire dans l'Islam de l'outre-mer français) », *Gaz. Pal.* 1998, 3, doct. p. 1525.
- CHAVRIER, note sous Cass. civ., 22 juin. 1955, *Caraslanis*, *D.* 1956. 73.
- CHELINI-PONT, (B.), « L'expérience des cours d'arbitrage islamique en Grande-Bretagne », *Annuaire Droit et religions*, 2015-2016, vol. 8, PUAM, p. 171.
- CHENEDE, (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016. 796.
- CHENU, (D.), et PFEIFER-CHOMICZEWSKA, (K.), « Baby-Loup : la laïcité encadrée », *RJPF* 2013, n° 7, p. 14.
- CHEVALLIER, (J.-Y.), note sous Cass. crim., 11 juill. 1994, *Sabaja Yoga*, *JCP* 1994. II. 22210.
- CHRISTIANS, (L.-L.), « Les mutations du concept d'entreprise de tendance », in *Les religions et le droit du travail. Regards croisés, d'ici et d'ailleurs* (dir. B. CALLEBAT, H. de COURREGES, V. PARISOT), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 253.
- « Belgique et France : la charia désétatisée », in *La charia aujourd'hui : usages de la référence au droit islamique* (dir. B. DUPRET), 2012, Paris, La Découverte, p. 227.
 - note sous Cour EDH, 20 juill. 2001, n° 30882/96, *Pellegrini c. Italie*, *Rev. crit. DIP* 2004. 106.
- CHRISTIANS, (L.-L.), et OVERBEEKE, (A.), « Religious Rules and Principles in Belgian Law », in *Religious Rules, State Law and Normative Pluralism. A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI, S. FERRARI), Springer, 2016, p. 91.
- CLERE, (J.-J.), « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) », *Revue de l'arbitrage*, 1981, p. 16.
- COERTZEN, (P.), « Religion and the Constitutional Experience of South Africa », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 343.
- COLAVITTI, (R.), « La protection des identités culturelles dans le contexte européen », in *Legal approach to cultural diversity* (dir. M.-C. FOBLETS et N. YASSARI), Martinus Nijhof, 2013, p. 183.
- COLIN, (A.), « Le droit de succession dans le Code civil », in *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, Arthur Rousseau, 1904, p. 295.
- COLONNA, (J.), et RENAUX-PERSONNIC, (V.), « La liberté religieuse du salarié », *Gaz. Pal.* 2013, n° 158-159, p. 13.
- Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Mémento du contrôle de conventionalité au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentale*, déc. 2018.
- Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au Président de la République*, présidé par B. STASI, 11 déc. 2003.
- Commission européenne, *Livre blanc sur l'avenir de l'Europe. Réflexions et scénarios pour l'EU-27 à l'horizon 2025*, mars 2017.

- Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur la laïcité*, 26 sept. 2013.
- Conseil d'État, *Rapport public, Un siècle de laïcité*, La Documentation française, 2014.
- Conseil d'État, *Étude demandée par le défenseur des droits le 20 septembre 2013*, 19 déc. 2013.
- Conseil d'État, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 25 mars 2010.
- CORNU, (G.), « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002. 351.
- « Préface », in *Le droit contemporain des contrats* (dir. L. CADIET), Paris, Economica, 1987, p. 1.
 - chron. *RTD civ.* 1976, p. 365.
 - chron. *RTD civ.* 1972. 614.
- CORSALINI, (M.), « Religious Freedom, Inc : Business, Religion and the Law in the Secular Economy », *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 9, févr. 2020, p. 28.
- CORRIGNAN-CARSIN, (D.), note sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *JCP G* 2014. 903.
- « Entre laïcité et liberté religieuse, l'art difficile du compromis », *JCP G* 2013. 935.
 - « Loyauté et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 125.
- COSTA, (J.-P.), note sous Cour EDH, 20 juill. 2001, n° 30882/96, *Pellegrini*, *RTDH* 2002. 464.
- COULOMBEL, (P.), « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.* 1956. 1.
- COURTIN, (Ch.), « La religion de l'enfant en cas de séparation des parents », *AJ Famille* 2010. 29.
- DAMAS, (N.), « Les convictions religieuses n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel », *D.* 2004. 844.
- DAVID, (S.), note sous CA Montpellier, 5 févr. 2008, n° 07/02030, *JurisData* n° 2008-360219, *AJ fam.* 2009. 394.
- DEBET, (A.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil* (préf. L. LEVENEUR), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002.
- DECROUX, (P.), note sous Cour suprême marocaine, 24 nov. 1964, *JDI* 1966. 389.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, (F.), « Les sept voiles de la mariée », *RJPF*, juill.-août 2008, p. 8.
- DELPECH, (F.), « Les Juifs en France et dans l'empire et la genèse du Grand Sanhédrin », in *Le Grand Sanhédrin de Napoléon* (dir. B. BLUMENKRANTZ et A. SOBOUL), Toulouse, Éd. Édouard Privat, coll. « franco-judaïca », 1979, p. 1.
- DEMOLOMBE, (Ch.), *RTD civ.* 1953. 317.
- DEPONDY, (A.), « Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *JCP* 2015. 429.
- DEPREZ, (J.), « Les évolutions actuelles du droit international privé français dans le domaine du droit familial en relation avec les convictions religieuses », *Rev. dr. canonique* 1995. 7.

- « Famille et religion en droit international privé », in *Revue de droit canonique*, 1990, vol. 4, p. 25.
- DESBARATS, (I.), « Entre laïcité et neutralité : quelles frontières en droit du travail ? », *Revue du droit des religions*, 2017, n° 4, p. 51.
- « Quelle place pour la religion au travail ? Débat classique, nouveaux enjeux », *JCP E* 2013. 1588.
- DESJARDINS, concl. sous Cass. civ., 22 déc. 1896, *D.* 1898. I. 537.
- DESPAX, (M.), *JCP* 1963. I. 1976, n° 32.
- DESPREZ, (F.), « Brèves remarques sur l'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public », *Gaz. Pal.* 2 sept. 2010. 7.
- DEUMIER, (P.), comm. sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *GADLF*, 2019, 2^{ème} éd., n° 68, p. 580.
- « Repenser les outils des conflits de normes entre systèmes », in *Traité des rapports entre ordres juridiques* (dir. B. BONNET), Paris, LGDJ/ Lextenso, 2016, p. 497.
- Deutscher Bundestag, *Aspekte des Schutzes der Religionsausübung am Arbeitsplatz*, oct. 2019, WD 6 - 3000 - 083/19.
- DIENI, (E.), « L'arrêt Pellegrini contre Italie de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Dr. canonique*, 51/1, 2001. 141.
- DIEU, (F.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 nov. 2014, n° 13-25156, *D.* 2015. 850.
- « Le principe de laïcité n'a pas sa place dans l'entreprise : l'extension très limitée de l'application du principe de laïcité aux salariés de droit privé », *JCP A* 2013, n° 18, p. 44.
- « La dissimulation du visage : la confirmation d'une interdiction de large portée. À propos des circulaires du 2 mars et du 31 mars 2011 », *JCP A* 2011. 2144, n° 31.
- « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *JCP A* 2010. 2355.
- DISSAUX, (N.), « Religion, où es-tu ? », *D.* 2017. 345.
- DITTGEN, (J.), « Les mariages civils en Europe : histoires, contextes, chiffres », *Droit et société* n° 36/37, 1997, p. 309.
- DOCKES, (E.), « Liberté, laïcité, "Baby Loup" : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante », *Dr. soc.* 2013. 388.
- DONVILLE, (T.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-23531, *Gaz. Pal.* 2017, n° 40, p. 20.
- DOUCHY-LOUDOT, (M.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-23531, *Procédures* 2017, n° 271.
- DUCAMIN, (B.), « Le général de Gaulle et les congrégations religieuses. Réflexions et témoignages sur le règlement d'un long conflit », *RDP* 2010. 1577.
- DUMONT, (H.), et DELGRANGE, (X.), « Le principe de pluralisme face à la question du voile islamique en Belgique », *Droit et société* 2008, n° 68, p. 75.

DUMORTIER, (G.), et PECAUT-RIVOLIER, (L.), « Naissance des principes essentiels du droit du travail », *RDT* 2016, p. 79.

DREYFUS, (J.-D.), « La neutralité religieuse peut être imposée au personnel d'une crèche associative, entreprise de conviction », *AJ Coll. terr.*, 2014. 63.

— « La gestion d'un service public conditionne l'application des principes de neutralité et de laïcité aux organismes privés », *AJDA* 2013. 1069.

DUBOIS, (J.-P.), « Pluralisme, laïcité, sphères publiques et sphère privée », in *Arch. phil. dr.*, t. 49 « Le Pluralisme », Paris, Dalloz, 2006, p. 171.

DUHAMELLE, (Ch.), « Conversion et droit confessionnel dans le Saint Empire romain germanique (XVI^{ème}-XVIII^{ème} siècles) », in *Pouvoir politique et conversion religieuse*, (dir. T. LIENHARD et I. POUTRIN), vol. 1 « Normes et mots », Rome, Publications de l'École française de Rome, 2017.

DUMAS, (J.), concl. sous Trib. civ. Seine, 10 déc. 1918, *Anker, Rev. crit. DIP.* 1919. 120.

DUPRET, (B.), et BUSKENS, (L.), « De l'invention du droit musulman à la pratique contemporaine », in *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique* (dir. B. DUPRET), Paris, La Découverte, coll. « Recherches », 2012, p. 9.

DURRY, (G.), chron. *RTD civ.* 1984. 114.

DUTHEIL DE LA ROCHERE, (J.), « L'Union Européenne et le phénomène religieux », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 293.

DUTHEILLER DE LAMOTHE, (L.), et ODINET, (G.), « La crèche entre dans les Tables », *AJDA* 2016. 2375.

DUVERT, (C.), note sous CA Paris, 29 juin 2000, *D.* 2001. 1585.

— « Droit et religion(s) : genèse et devenir d'un rapport méconnu », *RRJ* 1996-3, p. 737.

EGEA, (V.), note sous CA Douai, 17 nov. 2008, n° 08/03786, *D.* 2008. 2938.

EGEA, (F.), « La tentation de la laïcité », *SS Lamy Supplément*, 30 sept. 2013, n° 1599, p. 11.

EOCHE-DUVAL, (Ch.), « Faut-il dépenaliser les célébrations religieuses effectuées sans mariage civil ? », *D.* 2012. 2615.

ESMEIN, (P.), note sous CA Bordeaux, 21 déc. 1954, *D.* 1955, jurispr. p. 242.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE, (A.), « La résiliation du prêt confrontée à la liberté religieuse : vers un "forçage" du contrat tiré des droits fondamentaux ? », *D.* 2015. 2350.

EUDIER, (F.), note sous Cass. crim., 11 juill. 1994, *Sabaja Yoga, JCP* 1995. II. 22441.

FABRE-MAGNAN, (M.), « Et si les droits de l'homme étaient pris en compte dans le droit des contrats ? », *RDLF* 2019, chron. 34.

FALCIMAIGNE, note sous Cass. civ. 29 mai 1905, *Levinçon, Rev. dr. int.*, 1905. 518.

FARGE, (M.), « La gestation d'un droit fondamental au divorce en Europe ? », *RDLF* 2012, chron. n° 19.

FATIN-ROUGE STEFANINI, (M.), et PHILIPPE, (X.), « Le Conseil constitutionnel face à la loi anti-burqa : entre garantie des droits fondamentaux, sauvegarde de l'ordre public et stratégie politique », *RFD const.* 2011. 548.

FELDMANN, (J.-P.), « Burqa : une loi dangereuse et inutile », *D.* 2010. 387.

FENOUILLET, (D.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *LPA* 2006, n° 133, p. 9.

FERRARI, (S.), « Religious Rules and Legal Pluralism : An Introduction », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 1.

FICARA, (J.), « La Cour de cassation et le port de signes religieux ostentatoires dans les structures de droit privé », *Gaz. Pal.* 2013, n° 114, p. 5.

FIORENTINO, (A.), « La liberté religieuse sur les lieux du travail : approche comparative des systèmes américain et britannique », *RDT* 2013, p. 649.

FLAUSS, (J.-F.), note sous Cour EDH, 20 juill. 2001, n° 30882/96, *Pellegrini c. Italie*, *AJDA* 2001. 1060.

FLAUSS-DIEM, (J.), « Le droit privé est-il laïc ? », in *De Georges Clémenceau à Jacques Chirac, l'État et la pratique de la loi de Séparation* (dir. R. VANDENBUSSCHE), Publications de l'Institut de recherches historiques du Septentrion, 2008, spéc. n° 10, p. 194.

FLORI, (J.-B.), « L'organisation judiciaire de Mayotte », in *Mayotte* (dir. O. GOHIN et P. MAURICE), Actes du colloque universitaire de Mamoudzou, 23 et 24 avr. 1991, Université de la Réunion, 1992, p. 197.

FLOUR, (Y.), « Libéralités et libertés », *LPA* 1995, n° 55, p. 12.

FOSSIER, (T.), note sous TI Sarrebourg, 12 nov. 1988, *JCP N* 1989, p. 213.

FOUCHER, (A.-V.), « Le respect des prescriptions alimentaires au sein de l'entreprise privée ordinaire », *Rev. Dr. Trav.* 2016. 621.

FOYER, (J.), note sous CA Paris, 1er juill. 1974, *El Kodszy c. dame El Kadi*, *Rev. crit. DIP* 1975. 266.

FRANCESCAKIS, (Ph.), « Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international », *Rev. crit. DIP* 1975. 553.

— note sous Cass. civ., 17 avr. 1953, *Rivière, RabelsZ* 1955. 520.

FRASSA, (Ch.-A.), *Rapport sur la proposition de loi constitutionnelle visant à garantir la prééminence des lois de la République*, 14 oct. 2020.

GANNAGE, (P.), « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette Antoine/ Presses de l'Université Saint-Joseph, 2019, p. 89.

— « Droit intercommunautaire et droit international privé (à propos de l'évolution du droit libanais face aux droits proche-orientaux) », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États*

- multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette Antoine/ Presses de l'Université Saint-Joseph, 2019, 2^{ème} éd., p. 235.
- « L'État libanais est-il laïque ? », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette, coll. « Presses de l'Université Saint-Joseph », 2019, 2^{ème} éd., p. 15.
- « Les conséquences du défaut d'approbation des codes de statut personnel des communautés non musulmanes », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette, coll. « Presses de l'Université Saint-Joseph », 2019, 2^{ème} éd., p. 67.
- « La distinction des conflits internes et internationaux de lois », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette Antoine/ Presses de l'Université Saint-Joseph, 2019, 2^{ème} éd., p. 199.
- « Exequatur des jugements étrangers », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette, coll. « Presses de l'Université Saint-Joseph », 2019, 2^{ème} éd., p. 357.
- « Le contrôle des décisions étrangères des juridictions communautaires », in *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Hachette Antoine/ Presses de l'Université Saint-Joseph, 2019, 2^{ème} éd., p. 365.
- GARAUD, (E.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *RJPF* avr. 2003, n° 4, p. 9.
- GARAY, (A.), TAWIL, (E.), « Tumulte autour de la laïcité », *D.* 2004. 225.
- GARE, (T.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-23531, *RJPF* 2017, n° 11, p. 26.
- GAUDEMET, (Y.), « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *RD* 2015. 329.
- « Le Code civil, "Constitution civile de la France" », in *1804-2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 297.
- GAUDEMET-TALLON, (H.), note sous Versailles, 23 mars 1995, *Rev. crit. DIP* 1996. 699.
- GAUDU, (F.), « L'entreprise de tendance laïque », *Dr. soc.* 2011. 1186.
- GEA, (F.), « Communautarisme (religieux) et droit du travail », *Dr. soc.* 2015. 661.
- GEDICKS, (F. M.), « Exemptions religieuses, neutralité et laïcité », in *La conception américaine de la laïcité*, (dir. E. ZOLLER), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 179.
- GERALDY, (Y.), note sous CA Amiens, 3 mars 1975, *D.* 1975. 706.
- GERIN, (A.), et RAOULT, (E.), *Rapport d'information sur la pratique du voile intégral sur le territoire national*, n° 2262, 26 janv. 2010.
- GEST, (A.), et GUYARD, (J.), *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur les sectes*, 22 déc. 1995.
- GLEAVE, (R.), « Filiation/nasab and Family Values in Pre-modern Shi'i Law », in *Filiation and Protection of Parentless Children* (dir. N. YASSARI, L.-M. MÖLLER, M.-C. NAJM), La Haye/ Berlin, T. M. C. Asser/ Springer, 2019, p. 25.

- GOLDMAN, (B.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1961, *Tarwid*, *JDI* 1961. 734.
- GOMES, (B.), ORGERIT, (X.), UFORTE, (T.), « La liberté d'expression religieuse au travail à l'épreuve des soubresauts du principe de laïcité », *Lettre Actualité Droits-Libertés*, du CREDOF, 1^{er} mai 2013.
- GONZALEZ, (G.), « Vade-mecum pour interdire les signes religieux au travail », *Rev. UE* 2017. 342.
- Les constatations du Comité des droits de l'homme des Nations unies en 2018 relatives à la liberté de religion en France », *Revue du droit des religions*, 2010, n° 9, p. 175.
- GOTHOT, (P.), « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1971. 1.
- GOUËZEL, (A.), « Laïcité et droit civil », *Justice & Cassation*, dossier « Laïcité », Paris, Dalloz, 2019, p. 121.
- GROSGHENS, (J.-C.), « La loi de 1905 et le régime des cultes d'aujourd'hui », *Études théologiques et religieuses*, 2007/1, p. 81 et s.
- GRIMALDI, (M.), « La prohibition des testaments conjonctifs est une règle de forme et la liberté religieuse est protégée contre les volontés des morts », *RTD civ.* 2013, p. 162.
- GUERIN, (O.), et ROUQUET, (Y.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *AJDI* 2003. 182.
- GUIHO, (P.), obs sous Cass., ch. mixte, 17 oct. 1975, n° 72-40. 23, *D.S.* 1976. 512.
- note sous Cass. civ., 22 juin. 1955, *Caraslanis*, *JCP* 1956. II. 9328.
- GUILLAUMONT, (O.), « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *RJP* 2002/2. 213.
- « Statuts personnels et Constitution », *RRJ* 2001. 1453.
- GUYOMAR, (M.), et COLLIN, (P.), chron. CE, avis, 3 mai 2000, *Demoiselle Marteaux*, n° 217017, *AJDA* 2000. 602.
- HAARSCHER, (G.), « Les droits collectifs contre les droits de l'homme », *RTDH* 1990. 231.
- HAMMJE, (P.), « Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas du divorce sans for », *Rev. crit. DIP* 2017. 143.
- « Le nouveau règlement (UE) n° 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 corps », *Rev. crit. DIP* 2011. 291.
- « L'effet atténué de l'ordre public », in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique* (dir. E. WYLER et A. PAPAUX), Pedone, 1999, p. 87.
- HANICOTTE, (R.), « Belphégor ou le fantôme du Palais Royal. L'avis du Conseil d'État sur le voile intégral », *JCP A* 2010. 2142.
- « Visage caché, œil policier... La dissimulation du visage au regard de l'ordre public », *AJDA* 2010. 417.
- Haut Conseil à l'Intégration, *L'expression religieuse et la laïcité dans l'entreprise*, 1^{er} sept. 2011, avis.

Haut Conseil à l'Intégration, *L'islam dans la République*, nov. 2000, avis.

HAUTEFORT, (M.), note sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *JS Lamy* 2014, n° 371-2.

HAUSER, (J.), « Religion de l'enfant : cacophonie chez les juges du fond », *RTD civ.* 2008. 472,

— chron. CA Lyon, 25 juill. 2007, *RTD civ.* 2008. 99.

— note sous Montpellier, 27 nov. 2007, *JCP G* 2008. IV. 1799.

— note sous Cass. civ. 2^{ème}, 9 oct. 1996, n° 95-10.461, *RTD civ.* 1997. 103.

— note sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Mel Yeddei*, *RTD civ.* 1996. 580.

— note sous CA Versailles, 30 mars 1995, *RTD civ.* 1995. 606.

— « La polygamie n'exclut pas la putativité », *RTD civ.* 1994. 326.

— note sous CA Montpellier, 29 juin 1992, *RTD civ.* 1992. 751.

— « Adhésion à une secte et autorité parentale », *RTD civ.* 1992. 75.

— note sous Cass., civ. 29 janv. 1975, *D.* 1975. 668.

HAVET, (J.), « L'hérésie et le bras séculier au moyen âge jusqu'au treizième siècle », in *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 1880, t. XDI, p. 488.

HEBRAUD, (P.), « Nullités de mariage et divorce », in *Mélanges offerts à Jean Dauvillier*, Toulouse, 1979, p. 403.

HEBRAUD, (P.), et RAYNAUD, (P.), note sous CA Rennes, 2 févr. 1953, *RTD civ.* 1953. 365.

HENNETTE-VAUCHEZ, (S.), « Pour une lecture dialogique du droit international des droits humains. Remarques sur les constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire Baby Loup, et quelques réactions qu'elles ont suscitées », *RDH*, sept. 2018.

— « Séparation, garantie, neutralité... les multiples grammaires de la laïcité », in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2016/4, n° 53.

HOLLEAUX, (D.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1961, *Tarnid*, *D.* 1961. 437.

HOLM, (S.), et GARCÍA OLIVA, (J.), « Religion and Law in Twenty-Firstv Century England: Tradition and Diversity », in *Religious Rules, State Law and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 375.

HOUSSIER, (J.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-23531, *AJ Fam.* 2017. 592.

HUET-WEILLER, (D.), note sous Cass. civ. 2^{ème}, 5 juin 1991, *RTD civ.* 1991. 522.

HUGLO, (J.-G.), « Laïcité et liberté religieuse des salariés. Interdiction du port d'un voile islamique », *RJS* 2013. 291.

— « Le juge ne tranche pas les questions de société », *JS Lamy Supplément*, 30 sept. 2013, n° 1599, p. 9.

- HUNTER-HENIN, (M.), « L'impact de l'arrêt Eweida de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit anglais », in *Les religions et le droit du travail* (dir. B. CALLEBAT, H. DE COURREGES, V. PARISOT), Bruxelles, Bruylant, 2017.
- ICARD, (J.), note sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Cab. soc.* 2014. 397.
- IVALDI, (M. C.), « La question des signes et symboles religieux en Italie entre législation et jurisprudence », *Revue du droit des religions*, 2019, n° 7, p. 154.
- JÄKSCHKE, (G.), « Die Imam-Ehe in der Türkei », *Die Welt des Islams*, Leiden, E. J. Brill, 1955.
- JALLAMION, (C.), « Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier », *Ann. His. Révolution française*, 2007, p. 69.
- JAMAL, (A. A.), « Managing Religion Through "Religious Harmony": The Case of Singapore », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 325.
- JAMBU-MERLIN, (R.), « Essai sur l'histoire des conflits de lois au Levant et en Afrique du Nord », *Rev. crit. DIP.* 1958. 1.
- JANUEL, (P.), « Projet de loi séparatisme : le texte de l'avant-projet de loi », *Dalloz Actualité*, 18 nov. 2020.
- JESTAZ (Ph.), « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987. chron. 11.
- JESTAZ, (Ph.), MARGUENAUD, (J.-P.), et JAMIN, (Ch.), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014. 2061.
- JOURDAIN, (P.), note sous Cass., civ. 2^{ème}, 15 juin 1988, n° 86-15.476, *RTD civ.* 1988. 770.
- KAHN, note sous TGI Toulon, 5 août 1980, *JDI* 1982. 138.
- KELSEN, (H.), « La théorie juridique de la convention », in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1940.
- « Diskussionsrunde zu den Berichten », in *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 Reichsverfassung* (dir. E. KAUFMANN, H. NAWIASKY, A. HENSEL et O. BÜHLER), Berlin/Leipzig, de Gruyter, 1927, p. 53.
- KLEIN, (J.), « Affaire Baby Loup : impact de l'avis du Comité de l'ONU », *D.* 2019. 120.
- KOUBI, (G.), note sous CE, avis, 3 mai 2000, *Demoiselle Marteaux*, n° 217017, *D.* 2000. 747.
- « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ? », *JCP* 1987. I. 3292.
- KRÜGER, (H.), « Fragen des Familienrechts : Osmanisch-islamische Tradition versus Zivilgesetzbuch », *Revue de droit suisse*, Neue Folge, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1976, t. 95, p. 287.
- KRUMENACKER, (Y.), « Les dragonnades du Poitou, leur écho dans les mémoires », *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français*, 1985, t. 131, p. 405.

- KÜTÜK, (M.), VORHOLZER, (K.), et THIELMANN, (J.), « Il existe un espace pour la charia en Allemagne », in *La charia aujourd'hui* (dir. B. DUPRET), Paris, La Découverte, 2012, p. 255.
- KYMLICKA, (W.), *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La découverte, coll « Textes à l'appui/ politique et sociétés », 2001.
- LABBEE, (P.), note sous TGI Lille, 1^{er} avr. 2008, *D.* 2008, jurispr. p. 1389.
- LABBEE, (X.), « Les musulmans et les poulets », note sous T. com. Lille, 15 mars 2007, *D.* 2007. 2518.
- LACAZE, (M.), « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public : incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », *Dr. pén.* 2012, ét. 5.
- LAFFAILLE, (F.), « Droit, sectes, religions et pastafarisme », *D.* 2020. 1033.
- LAFON, (J.), « Les capitulations ottomanes, un droit para-colonial ? », *Droits* 1999. 155.
- LAFON, concl. sous Trib. civ. Seine, 27 mai 1913, *Rozenzweig, Rev. crit. DIP* 1913. 857.
- LAGARDE, (P.), *Rev. Crit. DIP* 2003. 203, rapport sur Ch. HERFARTH, *Die Scheidung nach jüdischem Recht, im internationalen Zivilrechtsverfahren*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 2000.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1963, *Patino, Rev. crit. DIP*, 1964. 532.
- LAMARCHE, (M.), « État civil et statut personnel à Mayotte (de l'ordonnance de Villers-Cotterêts à la recherche d'une identité pour les Mahorais du 101^{ème} département français) », *Dr. fam.* 2009/4.
- LAMARCHE, (T.), et MOUTON, (S.), « Principe de laïcité : affaire Baby Loup : levons le voile sur une entreprise de conviction peu convaincante, pour mieux observer le principe de laïcité », *Constitutions* 2014. 211.
- LAPANOUSE, (J. DE), note sous Cass. crim., 9 nov. 1906, *D.P.* 1907, I. 165.
- LARCHER, (E.), « Des effets juridiques de changement de religion en Algérie », *JDI* 1908, p. 989.
- LARDEUX, (G.), « Liberté contractuelle du bailleur et liberté fondamentale du preneur », *RDC* 2004. 348.
- LARROUMET, (Ch.), note sous Cass., civ. 2^{ème}, 13 décembre 1972, *D.* 1973. 493.
- LASSERRE, (V.), « Droit et religion », *D.* 2012. 1072.
- LE BOT, (O.), note sous Cons. constit., n° 2017-677 QPC du 1^{er} déc. 2017, *Constitutions* 2018. 277.
- LE BARS, (T.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29.285, *D.* 2016. 578.
- LE BRAS, (G.), « Le Conseil d'État, régulateur de la vie paroissiale », in *Études et documents du Conseil d'État*, 1950, p. 63, spéc. p. 74.
- LECUYER, (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 643.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, n° 96-10498, *Dr. fam.* 1998, comm. 35.
- LEFORT, (D.), note sous TGI Paris, 7 avr. 1981, *Dame Didier c/ Benabdallah, Rev. crit. DIP* 1981. 510.

LEGIER, (G.), et MESTRE, (J.), note sous CA Aix-en-Provence, 21 janv. 1981, *Rev. crit. DIP* 1982. 297.

LEHMANN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1982, n° 81-1261, *JDI* 1983. 595.

— note sous TGI Grasse, 5 déc. 1967, *Zagha*, *JDI*. 1969. 82.

LEJWI, (G.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Rev. loyers* 2003. 217.

LEMOULAND, (J.-J.), *JCP G* 1986. II. 20573.

LE POURHIET, (A.-M.), « Discriminations religieuses : la Cour de justice de l'Union et l'identité constitutionnelle des États-membres », *Constitutions* 2017. 249.

LEQUETTE, (Y.), « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Études offertes au doyen Ph. Simler*, Paris, Dalloz, 2006, p. 167.

— « Le conflit de civilisations à la lumière de l'expérience franco-tunisienne », in *Mélanges Sassi Ben Halima*, Tunis, Centre de publications universitaires, 2005, p. 175.

— note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1987, *Zouaoui*, *Rev. crit. DIP* 1988. 337.

— note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 1979, *Bayar c. dame Nemeth*, *Rev. crit. DIP* 1979. 629.

— note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 1978, *Benziane*, *JDI* 1979. I. 353.

— note sous CA Paris, 1^{er} juill. 1974, *El Kodssy c. dame El Kadi*, *JDI* 1975. 525.

LE ROUX, (M.), « Usager du service public et laïcité », *RFDA* 2013. 727.

LEROYER, (A.-M.), « Autorité parentale et contrat », in *La contractualisation du droit de la famille* (dir. D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIERES), Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2001, p. 153.

LESTANG, (R. DE), note sous Trib. police Dunkerque, 9 mars 1972, *JCP G* 1972. II. 17215.

LAULOM, (S.), « Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations », *SSL* 27 mars 2017, n° 1762, p. 6.

LEVADE, (A.), « Épilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée ! », *JCP G* 2010. 1043.

— « Voile intégral : consensus sur une résolution parlementaire », *JCP G* 2010. 551.

— « Le refus de la République. Prologue d'un débat national ? », *JCP G* 2010. 142.

— « Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série, 2009, p. 63.

LEVENEUR, (L.), « Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant ? », in *L'autorité parentale en question* (dir. F. DEKEUWER-DESFOSEZ et Ch. CHOAIN), Villeneuve-d'Ascq, Septentrion Presses universitaires, 2003, p. 43.

— « Introduction », in *La contractualisation du droit de la famille* (dir. D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommieres), Economica, coll. « Études juridiques », 2001 p. 1.

LHERNOUD, (J.-Ph.), « Signes religieux au travail : arrêts Baby-Loup et CPAM 93 », *JSL* 2013, n° 342, p. 8.

LIBCHABER, (R.), « Limitation et auto-limitation du droit étatique : à propos de la radiation d'une mention de baptême », *D.* 2013. 2611.

— « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.* 2012. 2044.

— « À la croisée des interprétations : le voile et la loi », *RTD civ.* 2004. 161.

— « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD civ.* 2003. 575.

— « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle* (dir. T. REVET), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1996, p. 65.

LINDON, (R.), note sous Cass. ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41. 211, *JCP* 1979. II. 19009.

— note sous CA Paris, 16 mars 1978, *JCP G* 1978. II. 18964.

— concl. sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1964, *JCP* 1965. II. 13978.

LOCHAK, (D.), « Table ronde », *LPA* 30 juill. 2013, n° 151, p. 29.

— « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in *Les minorités et leurs droits depuis 1789* (dir. A. FENET et G. SOULIER), L'Harmattan, 1989, p. 111.

LOISEAU, (G.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Dr. et patrimoine* 2003, n° 117, p. 85.

LOUVARIS, (A.), « La laïcité française, telle qu'en elle-même sa singularité la change », in *Justice & Cassation*, dossier « Laïcité », Paris, Dalloz, 2019, p. 11.

LOUVEL, (B.), « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015. 1326.

LOUSSOUARN, (Y.), note sous TGI Seine, 22 juin 1967, *Rev. Crit. DIP.* 1969. 474.

— note sous CA, 7 juill. 1959, *Rev. crit. DIP* 1960. 354.

LUCHAIRE, (F.), « Le Conseil constitutionnel et la consultation de Mayotte », note sous Cons. const., 4 mai 2000, déc. n° 2000-428 DC, Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, *RJP* 2000-3, t. 54, p. 250.

— obs. sous Trib. 1^{ère} inst. Casablanca (1^{ère} esp.), *Wizmann*, 21 déc. 1949, *D.* 1953. 538.

MACRÌ, (G.), « Osservazioni sulla proposta di legge "Norme in materia di libertà di coscienza e di religione", elaborata dal gruppo di lavoro coordinato dalla Fondazione ASTRID », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, n° 10, p. 1.

MADERA, (A.), « Il porto di simboli religiosi nel contesto giudiziario », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, févr. 2020, n° 4, p. 38.

MAGER, (I.), « Ich bin dein und du bist meyn, das ist die ehe : Martin Luthers Eheauffassung und ihre ethischen und rechtlichen Nachwirkungen », *INTAMS Review* 12, 2-14 (2006).

MAGGI-GERMAIN, (N.), « L'entreprise et la communauté de travail », in *Laïcité : une question de frontières* (dir. F. DE LA MORENA), Paris, LexisNexis, 2019, p. 109.

— « Communauté, communautarisme, religion et fait religieux : de la nécessité d'opérer quelques clarifications sémantiques et juridiques », *Dr. soc.* 2015. 674.

MAGNON, (X.), « Repenser la frontière droit externe – droit interne au profit d'une approche unitaire du droit », in *Traité des rapports entre ordres juridiques* (dir. B. BONNET), Paris, LGDJ Lextenso, 2016, p. 653.

MALAURIE, (Ph.), « La Bible et le droit », *RTD civ.* 2000. 525.

— obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, n° 89-20.878, *D.* 1991. 521.

— note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1963, *Patino*, *JDI* 1963. 1016.

MALLET-BRICOUT, (B.), « Arbitrage et droit de la famille », *Dr. et patrimoine*, mai 2002. 59.

MAOZ, (A.), « The Application of Religious Law in a Multi-Religion Nation State: The Israeli Model », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 109.

MARAIS, (A.), « Liberté religieuse et bail » *RDC* 2003. 220.

MARGUENAUD, (J.-P.), « La liberté de porter des vêtements religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *D.* 2010. 682.

— « La troisième chambre civile de la Cour de cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD civ.* 2006. 722.

— « Transsexualisme : droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme dans les relations contractuelles », *RTD civ.* 2004. 361.

— note sous Cour EDH, 20 juill. 2001, n° 30882/96, *Pellegrini c. Italie*, *RTD civ.* 2001. 986.

MARGUENAUD, (J.-P.), et RAYNARD, (J.), « Digicode, liberté de religion et effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ.* 2003. 382.

MARIN, (J.-C.), *Avis rendu devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation*, 16 juin 2014.

— note sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *JCP G* 2014. 902.

MARNIERRE, (E. S de la), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 20 juill. 1994, n° 92-17.651, *D.* 1995. 408.

MARTINEZ-TORRÓN, (J.), « Striking the balance between religious rules and state law : Spain », in *Religious Rules, State Laws, and Normative pluralism — A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, chapter n° 13.

MARTINEZ-TORRÓN, (J.), et DURHAM, (W. C.), Jr. (dir.), *Religion and the Secular State : National Reports / La religion et l'État laïque : rapports nationaux*, « Rapport général », 18^{ème} congrès international de

- droit comparé (25 – 31 juill. 2010), Provo, International Center for Law and Religion Studies, Brigham Young University, 2010, p. 1.
- MASSON, (Ch.), « L'ordre public familial en péril ? », *RTD civ.* 2018. 809.
- MASSIP, (J.), « Règles applicables à Mayotte », *Defrénois*, 30 oct. 2010, n° 18, art. 39163-1, p. 2019.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1987, *Zouaoui*, *D.* 1987. 467.
- MATHIEU, (B.), « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur le voile intégral. La reconnaissance implicite d'un ordre public immatériel », *JCP G* 2010. 1018.
- MATTER, concl. sous Trib. civ. Aurillac, 13 févr. 1907, *Revue des institutions culturelles*, 1909. 303.
- MAUGAIN, (G.), « Le juge, le droit de la famille et la religion », *JCP G* 2019, n° 1-2, doct. p. 31.
- MAUPIN, (E.), note sous CE, 26 janv. 2018, n° 412312, *AJDA* 2018. 197.
- MAUS, (D.), « La crèche est-elle un objet cultuel ou culturel ? », *D.* 2016. 2456.
- MAYAUD, (Y.), note sous Cons. constit., n° 2017-677 QPC du 1er déc. 2017, *D.* 2018. 876.
- MAYER, (D.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 1979, *Bayar c. dame Nemeth*, *JDI* 1979. 393.
- MAZEAUD, (H. et L.), note sous Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958, *RTD civ.* 1958. 615.
- MAZEAUD, (L.), « Solution au problème du divorce », *D.* 1945. chron. 11.
- MAZZOLA, (R.), « Modifications et contradictions de la réalité socioreligieuse en Italie », in *Religious Rules, State Laws, and Normative pluralism — A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 229.
- MBONGO, (P.), « Institutions privées, entreprises de tendance et droit au respect des croyances religieuses », *JCP G* 24 juin 2013, n° 26, doct. 750.
- MEKHANTAR, (J.), « Les primes accordées aux surveillants “congréganistes” de l'administration pénitentiaire », *AJFP* 2002. 39.
- MEKKI, (M.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29.285, *D.* 2016. 566.
- MENSKI, (W.), « Angrezi shariat : Globalised plural arrangement by migrants in Britain », *Law vision*, 2008, p. 10.
- MESTRE, (A.), « Les congrégations religieuses légalement reconnues », *JCP E*, hors-série nov. 2005, n° 8, p. 15.
- MESTRE, (J.), et FAGES, (B.), « Les pratiques dictées par les convictions religieuses », *RTD civ.* 2003. 290.
- MESTRE, (J.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Mel Yeddei*, *RTD civ.* 1996. 897.
- « Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel », *Rev. crit. DIP* 1977. 659.
- MEZIOU, (K.), « Pérennité de l'islam dans le droit tunisien de la famille », in *Le statut personnel des musulmans*, 1992, p. 247.
- note sous Trib. cant. Tunis, 26 déc. 1974, *JDI* 1979. 650.

- MEZGHANI, (A.), « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI* 2003. 721, spéc. p. 725.
- MICHELET, (E.), « L'intervention du juge dans les conflits familiaux en matière de vocation religieuse », *D.* 1971. 233.
- MILLARD, (E.), « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », in *Mélanges en l'honneur du Doyen F.-P. Blanc*, Toulouse, Presses Universitaires de Perpignan et Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 721.
- MILNE, (E. L.), « Marriage and the Religion Clauses », *St John's Law Rev.* 2011, vol. 85, n° 4, p. 1451.
- Ministère du Travail, *Guides pratiques du fait religieux dans les entreprises privées*, janv. 2017, mise à jour févr. 2018.
- MOGHUL ESQ, (U. F.), et AHMED ESQ, (A. A.), « Contractual Forms in Islamic Finance Law and Islamic Inv. Co. of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors. : A First Impression of Islamic Finance », *Fordham Int. Law Journal*, volume 27, issue 1 2003, art. 7
- MOIZARD, (N.), « Une atteinte à la liberté religieuse », *SS Lamy Supplément*, 30 sept. 2013, n° 1599, p. 14.
- MONEGER, (F.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Loyers et copr.* déc. 2006, rep. 11.
- MONTECLER, (M.-Ch. DE), note sous A Montreuil, 27 oct. 2020, n° 2011260, *Fédération musulmane de Pantin*, *AJ Pénal* 2020. 2054.
- « Le Conseil d'État ménage l'âne et le bœuf », *AJDA* 2016. 2135.
- MOORE, (B.), « Sur la contractualisation de la croyance religieuse », in *Le droit, la religion, et le "raisonnable"* (dir. F. GAUDREAU-DESBIENS), 2009, p. 495.
- MORANGE, (J.), « Les crèches de Noël : entre cultuel et culturel », *RFDA* 2017. 127.
- « Peut-on réviser la loi de 1905 ? », *RFDA* 2005. 153.
- MORENA, (F. DE LA), et YAZI-ROMAN, (M.), « Installation d'une crèche de Noël sur un emplacement public : regards croisés », *AJCT* 2017. 90.
- « Du principe de laïcité républicaine à l'application des valeurs de laïcité dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2015. 699.
- note sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *AJCT* 2014. 337.
- MORTIER, (R.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 oct. 2007, n° 06-13732, *Assoc. GPMF, Dr. sociétés* déc. 2007, n° 12, comm. 212.
- MOTULSKY, (H.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1963, *Patino*, *JCP* 1963. II. 13365.
- MOUANNES, (H.), « Modifier la rhétorique juridictionnelle ou protéger, par la force de la loi, la petite enfance des options religieuses de ses éducateurs. À propos de la décision de la Cour de cassation du 19 mars 2013 », *Politeia*, 2013, n° 23, p. 127.

- MOULY, (J.), « L'affaire Baby Loup devant le Comité onusien des droits de l'homme : vers une révision déchirante de la jurisprudence interne ? », *D.* 2018. 2097.
- « Le voile dans l'entreprise et les clauses de neutralité : les enseignements de la CJUE “traduits” en droit interne par la Cour de cassation », *D.* 2018. 218.
 - « La CJUE et le voile dans l'entreprise privée : le recul de la protection contre les discriminations », *D.* 2017. 947.
 - note sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Dr. soc.* 2014. 811.
 - « L'affaire Baby Loup devant la cour de renvoi : la revanche de la laïcité », *D.* 2014. 65.
- MOUSSA, (J.), « Egypt », in *Parental Care and the Best Interest of the Child in Muslim Countries* (dir. N. YASSARI, L.-M. MÖLLER, I. GALLALA-ARNDT), La Haye/ Berlin, T. M. C. Asser/ Springer, 2017, p. 1.
- MICHAELS, (R.), « Religiöse Rechte und postsäkuläre Rechtsvergleichung », in *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung* (Hrsg. R. ZIMMERMANN), Mohr Siebeck, 2016, t. 133, p. 43.
- NAMMOUR, (F.), « La compétence des tribunaux religieux en droit libanais », in *Mélanges Neau-Leduc*, Paris, LGDJ, 2018, p. 740.
- NAUROIS, (L. DE), « Aux confins du droit privé et du droit public, la liberté religieuse », *RTD civ.* 1962. 241.
- obs sous Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958, *JCP G* 1960. II. 11632.
- NERSON, (R.), note sous Trib. police Dunkerque, 9 mars 1972, *RTD civ.* 1972. 771.
- NIEL, (P.-L.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-23531, *LPA* 2017, n° 256, p. 19.
- NOKKARI, (M.), « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la sunna », in *L'enfant en droit musulman* (dir. L. KHAÏAT et C. MARCHAL), Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 33.
- NOIRIEL, (G.), « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses*, 13, 1993, p. 3.
- NOUAL, (P.), « Sur les traces de la “Constitution civile des Français” », *RTD civ.* 2020. 563.
- NIBOYET, (M.-L.), note sous TGI Paris, 7 avr. 1981, *Dame Didier c/ Benabdallah*, *JDI* 1982, 699.
- NURJANAAN, (Ch. L. H.), « Legal Pluralism and Conflicts in Malaysia : The Challenge of Embracing Diversity », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 251.
- NAMMOUR, (F.), « La compétence des tribunaux religieux en droit libanais », in *Mélanges Neau-Leduc*, Paris, LGDJ, 2018, p. 740.
- OPPETT, (B.), « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, chron. p. 107.
- ÖZTAN, (B.), « Türkisches Familienrecht nach 70 Jahren ZGB », in *Westliches Recht in der Republik Türkei 70 Jahre nach der Gründung* (dir. H. SCHOLLER et S. TELLENBACH), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, p. 122.

- PAGNERRE, (Y.), « [Liberté de] Religion vs [Liberté d'] Entreprise », *Dr. soc.* 2017. 450.
- PARISOT, (V.), « Les classifications des conflits internes de lois à l'épreuve de leurs solutions », *Rev. crit. DIP* 2014. 469.
- PASTOR, (J.-M.), « Voile intégral : le refus de la République », *AJDA* 2010. 124.
- PERROUD, (J.), note sous Trib. civ. Seine, 25 nov. 1907, *Edinson, JDI* 1908. 1148.
- PESCHAUD, (H.), « Laïcité et liberté religieuse public-privé : l'égalité introuvable ? », *LPA* 2013, n° 127, p. 7.
- PHILIP-GAY, (M.), « Valeurs de la République et Islam à Mayotte », *Revue du droit des religions* 2018, n° 6, p. 59.
- PLAISANT, note sous Cass. civ., 17 avr. 1953, *Rivière, JDI* 1943. 860.
- PONTAVICE, (E. DU), « Droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges Voirin*, Paris, LGDJ, 1998, p. 678.
- POUPEAU, (D.), « Le règlement intérieur d'une entreprise peut interdire le port du voile », *AJDA* 2017. 551 et chron. 1106.
- Premier ministre, *La laïcité aujourd'hui. Note d'orientation de l'observatoire de la laïcité*, 27 mai 2014.
- PUIG, (P.), « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.* 2016. 70.
- PUTMAN, (E.), « Claire Le Tertre : la religion et le droit civil du mariage », *RTD civ.* 2005. 688.
— note sous Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *RJPF* 2006, n° 10.
- QUENAUDON, (R. DE), note sur l'avis du Haut conseil à l'intégration, L'expression religieuse et la laïcité dans l'entreprise, avis 1er sept. 2011, *Rev. dr. trav.* 2011, p. 643.
- RABBATH, (E.), Préface à : G. CORM, *Contribution à l'étude des sociétés multiconfessionnelles. Effets socio-juridiques et politiques du pluralisme religieux*, Paris, LGDJ, 1971.
- RACINE, (J.-B.), « L'arbitrabilité des litiges en droit de la famille », *Droit et Patrimoine* n° 275, déc. 2017, p. 26.
- RACT, (A.-S.), et AMSON, (C.), « La difficile conciliation de la loi civile et de la loi religieuse », *Gaz. Pal.* 8-9 juin 2007.
- RADE, (Ch.), « L'entreprise privée et les chartes de laïcité », *D.* 2014. 816.
— note sous Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *D.* 2014. 1536.
- RALSER, (E.), « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *Rev. crit. DIP* 2012. 733.
- RAMACIOTTI, (S.), « Existe-t-il une liberté religieuse des personnes morales ? », in *L'application des droits et libertés par les personnes privées : la liberté d'expression en droit comparé* (dir. G. J. GUGLIELMI), Actes du colloque des 23-24 mai 2019, Paris, Éd. Panthéon-Assas, (à paraître).
- RAY, (J.-E.), « A propos d'une rébellion (Cour d'appel de Paris, 27 novembre 2013, Baby Loup) », *Dr. soc.* 2014.

RAYNAUD, (J.), « Harmonie de l'immeuble contre liberté religieuse : la Cour de cassation placerait-elle un règlement de copropriété au sommet de la hiérarchie des normes ? », *AJDI* 2006, p. 609.

— note sous Cour EDH, 2 oct. 2001, req. n° 49853/99, *Pichon et Sajous c/ France*, *JCP E* 2002. II. 1045.

REMY, (Ph.), « Obligations et contrats spéciaux », *RTD civ.* 1986. 570.

REVEY, (T.), « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage », *JCP G* 1987, doct. 3309.

— note sous Cass. soc., 20 nov. 1986, *Demoiselle Fischer* (1er arrêt) et *Sieur Caldier* (2nd arrêt), *JCP G* 1987. II. 20798.

— CA Paris, 7 mai 1986, *JCP G* 1986. II. 20671.

RIAD, (F.), « Pour un code européen de droit musulman », in *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, (dir. J.-Y. CARLIER et M. VERWILGHEN), Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 379.

RIASSETTO, (I.), « Le faith-based : un concept en droit bancaire et des marchés financiers », in *Les concepts émergents en droit des affaires* (dir. LE DOLLEY), Paris, LGDJ, 2010, p. 163.

RIBOULOT-THIERY, (V.), « Cinq questions sur l'histoire du mot laïcité », in *La laïcité dans la tourmente* (dir. R. LETTERON), Paris, Presse Sorbonne Université, coll. « Sorbonne Essais », 2019.

RIVERO, (J.), « Rapport introductif », in *Les droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels* (dir. G. COHEN-JONATHAN), Paris, LGDJ, 1980, p. 17.

— « De l'idéologie à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative », in *La laïcité*, Paris, PUF, 1960, p. 263.

— « La notion juridique de laïcité », *D.* 1949. chron. XXXIII, p. 137.

ROBERT, (J.), « Liberté de religion, de pensée et de croyance », in *Libertés et droits fondamentaux* (dir. R. CABRILLAC), Paris, Dalloz, coll. « CRFPA », 2020, n° 563 et s., p. 468 et s.

— « La liberté religieuse », *RIDC* 1994, n° 2, p. 627.

ROBIN-OLIVIER, (S.), « Neutraliser la religion dans l'entreprise ? », *RTD eur.* 2017. 229.

ROCHFELD, (J.), « Contrat et Convention européenne des droits de l'homme », *RDC* 2004. 231.

ROME, (F.), « L'Europe, le voile et les valeurs », *D.* 2010. 561.

— « Halal est grand !!! », *D.* 2010. 445.

— « La "burqattitude" », *D.* 2009. 1585.

ROULAND, (N.), « Les statuts personnels et les droits coutumiers », in *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, (dir. A.-M. LE POURHIET), Aix-en-Provence, PUAM-Economica, 1999, p. 145.

ROUQUET, (Y), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *AJDI* mars 2003, p. 181.

RUBELLIN-DEVICHI, (J.), « Les causes du divorce en droit français dans leur rapport avec les nullités du mariage », *L'Année canonique*, 1989, p. 103.

— TGI Paris, 5 janv. 1982, *RTD civ.* 1983. 523.

RUDE-ANTOINE, (E.), « Les systèmes de droit musulman et le statut de l'enfant », in *L'enfant en droit musulman* (dir. L. KHAÏAT et C. MARCHAL), Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 45.

SAILLANT-MARAGHNI, (E.), « Les frontières de la laïcité », *AJDA* 2017. 1381.

SAINT-MARC, (G.), « La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française ? », *Bull. Joly Bourse*, avr. 2009, n° JBB-2009-023, p. 153.

SAINTOURENS, (B.), note sous CA Versailles, 8 janv. 2013, n° 11/09344, *RTD com.* 2013. 224.

SALEILLES, (R.), « Étude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.* 1906. 847.

SALIEH, (N.), « A Landmark Judgment of 23 January 2004 by the England and Wales Court of Appeal », *Arab Law Quarterly*, vol. 19, No. 1/4/ (2004), p. 287-291.

SANA-CHAILLE DE NERE, (S.), « Les conflits internes de lois, ou les quêtes d'appartenance », *Trav. com. fr. DIP*, 2016-2018, éd. A. Pedone, p. 285.

SANDBERG, (R.), « Conclusion : In Pursuit of Pluralism », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview*, (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 395.

SARIS, (A.), « Tribunaux religieux en contexte québécois et canadien », in *Revue juridique Thémis*, 2006, p. 353.

SAUVAGEOT, rapp. sous Cass. ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41. 211, *JCP* 1979. II. 19009.

SAVATIER, (J.), « Liberté religieuse et relations de travail », in *Mélanges Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 455.

— note sous Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, *Dr. soc.* 1998. 614.

SCHMELCK, concl. sous Cass. ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41. 211, *D.* 1978. 541.

SCHOETTL, (J.-E.), « Le principe de laïcité à la française : remise en cause et résistance sur le terrain du droit », in *Laïcité : une question de frontières* (dir. F. DE LA MORENA), Paris, LexisNexis, 2019, p. 187.

SCHWARTZ, (R.), « La laïcité paradoxalement consacrée », *SS Lamy Supplément*, 30 sept. 2013, n° 1599, p. 11.

— concl. sous CE, avis, 3 mai 2000, *Demoiselle Marteaux*, n° 217017, *RFDA* 2001. 146.

SENIQUER, (H.), « Communauté, “communautarisme” et islam en France », *Dr. soc.* 2015. 664.

SERRA, (G.), note sous CA Montpellier, 5 févr. 2008, n° 07/02030, *JurisData* n° 2008-360219, *D.* 2009. 832.

SEUBE, (J.-B.), « Les clauses “religion compatible” en droit des contrats : aspects de droit positif et de droit prospectif », *LPA* 2017, n° 121j2, p. 53.

— note sous Cass. civ. 1^{ère} 30 sept. 2015, n° 14-25.709, *Defrénois* 30 janv. 2016, n° 122b4, p. 74.

- « Questions de droit privé à Mayotte », *RJOI* 2009, numéro spécial « Mayotte 2009 : questions sur l'avenir du 101^{ème} département », doct. p. 137.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, *Mme Zéline et M. Élisée*, n° 04-19.349, *RDC* 2006/4, p. 1149.
- SEUBE, (J.-B.), et REVET, (T.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Dr. et patrimoine*, juill. 2007, p. 82.
- SIALELLI, note sous Cass. civ., 22 juin. 1955, *Caraslanis*, *JDI* 1955. 682.
- obs. sous CA, 7 juill. 1959, *JDI* 1960. 814.
- SINOPOLI, (L.), note sous Cour EDH, 20 juill. 2001, n° 30882/96, *Pellegrini c. Italie*, *Gaz. Pal.* 23 juill. 2002, p. 2.
- SPELLENBERG, (U.), « Pluriculturalisme et droit allemand de la famille », in *Mélanges Jean Hauser*, Paris, Dalloz, 2012, p.679.
- SOULEAU note sous Trib. civ. Seine, 22 févr. 1957, *Muskat c. Danan*, *JCP* 1957. II. 9892.
- SUEUR, (J.-P.), COINTAT, (Ch.), et DESPLANTS, (F.), « Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis », *Rapport d'information au Sénat*, 18 juill. 2012.
- SUPIOT (A.), « Commentaire de l'Avis sur la laïcité de la Commission nationale consultative des droits de l'homme », in *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme* (dir Ch. LAZERGES), Paris, Dalloz, 2016, p. 292.
- « La religion au travail », in *Mélanges Jean Hauser*, Paris, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 1031.
- STECKEL-ASSOUERE, (M.-Ch.), « La reconnaissance ambivalente de la laïcité par l'Union européenne », *AJDA* 2012. 1890.
- THIO, (L.-A.), « Irreducible Plurality, Indivisible Unity : Singapore Relational Constitutionalism and Cultivating Harmony Through Constructing a Constitutional Civil Religion », *German Law Journal* (2019), 20, p. 1007.
- TISSERAND-MARTIN, (A.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-23531, *JCP* 2017, n° 49.
- TORRES-CEYTE, (J.), « La religion et le contrat au Québec », *RIDC* 2020, n°3, p. 741.
- TORRICELLI-CHRIFI, (S.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-23531, *Dr. Fam.* 2017, comm. 245.
- TOUATI, (C.), « Grand Sanhédrin et droit rabbinique », in *Le Grand Sanhédrin de Napoléon*, (dir. B. BLUMENKRANTZ et A. SOBOUL), Toulouse, Éd. Édouard Privat, coll. « franco-judaïca », 1979, p. 27.
- TOULEMONDE, (B.), note sous CE, 6 avr. 2001, n° 219379, 221699 et 221700, *Syndicat national des enseignants du second degré*, *AJDA* 2002. 63.
- TREMBLAY, (L. B.), « Religion, tolérance et laïcité : le tournant multiculturel de la Cour suprême », in *Le droit, la religion et le raisonnable* (dir. J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS), Montréal, Thémis, 2009, p. 213.

- TRUCHOT, (L.), *Rapport devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation*, 16 juin 2014.
- TRUDEAU, (G.), « L'obligation d'accommodement en milieu du travail », in *Le droit, la religion et le raisonnable* (dir. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS), Montréal, Thémis, 2009, p. 169.
- TURNER, (B. S.), « Legal Pluralism : Freedom of Religion, Exemptions and the Equality of Citizens », in *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism — A Comparative Overview* (dir. R. BOTTONI, R. CRISTOFORI et S. FERRARI), Springer, coll. « Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law », 2016, p. 61.
- USUNIER, (L.), « Du droit commun européen de la vente aux propositions de directives sur les contrats de vente en ligne et de fourniture de contenu numérique: la montagne accouche d'une souris », *RTD civ.* 2016. 304.
- UYTENDAELE, (M.), « Le modèle belge de neutralité de l'État », *RDLF* 2019, chron. n° 52.
- VALENTIN, (V.), « Quelles perspectives pour la religion dans l'entreprise ? », *RDLF* 2017, n° 1.
— « Laïcité et neutralité », *AJDA* 2017. 1388.
- VAREILLE, (B.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Procédures* 2003. 157.
- VERON, (M.), note sous Cass. crim. 3 sept. 1996, *Dr. pénal*, 1996, comm. 4.
- VERPEAUX, (M.), « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre liberté et un nouvel ordre public », *AJDA* 2010. 2373.
- VILA, (J.-B.), « Le juge judiciaire, les libertés individuelles, la laïcité et la neutralité. À propos des arrêts rendus le 19 mars 2013 par la Cour de cassation », *JCP A* 2013, n° 18, p. 51.
- WAQUET, (Ph.), « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.* 1996. 1427.
- WEILL, (L.), « Le divorce des israélites russes en France », *Revue de droit international privé et de droit pénal international* 1908. 759 (première partie), 1909. 140 (seconde partie).
- WILLMANN, (Ch.), « Violence, contrat et religion », *D.* 2000. 76.
- WILLOCX, (L.), note sous Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 18-23.743, *RDT* 2020. 620.
- WITTREK, (F.), « Paralleljustiz in ethnischen Minderheiten ? Die bundesdeutsche Perspektive », in *Migration, Familie und Vermögen. Vom Europäischen Erbrecht bis zu binationalen Ehen* (dir. A. DEIXLEN-HÜBNER et M. SCHAUER), Autriche, LexisNexis, coll. « Zak Spezial », 2014, p. 91.
- WOEHLING, (J.), « Quelle place pour la religion dans les institutions publiques ? », in *Le droit, la religion et le « raisonnable »* (dir. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS), Montréal, Thémis, 2009, p. 163.
— « L'obligation d'accommodement et l'adaptation à la société religieuse », (1998) 43 *RD McGill*, p. 325.
- ZAMBONI, (M.-L.), « Projet de loi sur la laïcité et les principes républicains : regard internationaliste », *Dalloz Actualité*, 16 oct. 2020.
- ZWAHLEN, (M.), « L'application en Turquie du Code civil reçu de la Suisse », *Revue de droit suisse, Neue Folge*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1976, t. 95, p. 249.

IV. Articles d'encyclopédies ou de dictionnaires

ADRIANTSIMAZOVINA, (J.), GAUDIN, (H.), MARGUENAUD, (J.-P.), RIALS, (S.), SUDRE, (F.), (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2008, V^o « Laïcité », par P.-H. PRELOT, p. 597.

ALLAND, (D.), et RIALS, (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, V^o « Laïcité », par J. MORANGE, p. 913.

J.-Cl. Civil, Fasc. 5, « L'application de la loi à Mayotte », par J.-B. SEUBE, 2005, app. art. 3.

JCl Droit comparé, Fasc. 20, « Algérie - Droit de la famille : Mariage, divorce, filiation capacité », par K. SAÏDI, juill. 2016.

JCl Droit comparé, Fasc. 20, « Maroc. Statut personnel : droit commun. Capacité, mariage, filiation », par F. SAREHANE, 2013.

JCl Sociétés Traité, Fasc. 175-60, V^o « Associations soumises à un régime spécial – Congrégations religieuses », par A. BOUGNOUX, C. LARONDE-CLERAC, juin 2020.

Rép. civil, Dalloz, V^o « Séparation de corps », par N. DISSAUX, A. BRETON, J. BOUTON, E. FORTIS, avr. 2019, n^o 3.

Rép. dr. int., Dalloz V^o « Divorce et séparation de corps », par P. HAMMJE.

V. Numéros spéciaux

Justice & Cassation, dossier « Laïcité », Paris, Dalloz, 2019.

Revue du droit des religions, 2019, n^o 7, dossier « Convictions religieuses et ajustement de la norme ».

Revue du droit des religions, 2018, n^o 6, « Les valeurs de la République et l'islam ».

AJDA 2017. 1367 : « Dossier : Fait religieux et laïcité ».

RF Social, déc. 2016, n^o 169, « Liberté religieuse dans l'entreprise ».

Journal Spécial des Sociétés, nov. 2016, n^o 85, dossier « Laïcité et faits religieux » ;

Semaine Sociale Lamy, 26 mai 2014, n^o 1632, « Le management du fait religieux ».

Semaine Sociale Lamy Supplément, 24 févr. 2014, n^o 1619, dossier sur le premier arrêt « Baby Loup ».

Archives de philosophie du droit, « La Laïcité », Paris, Dalloz, t. 48, 2005.