

REVUE
INTERNATIONALE
DE THÉORIE
DU DROIT
ET DE SOCIOLOGIE
JURIDIQUE

ISSN 0709-3302

Droit et Société

88
2011

Dossier
Les recompositions de la justice
pénale délictuelle en France

Études

À propos

Chronique
bibliographique

REVUE SOUTENUE PAR L'INSTITUT DES SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES
DU CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

LGDJ
lextenso éditions

Normes islamiques et droit interne en France : de quelques zones de confluences

Stéphane Papi

Institut de Recherches et d'Études sur le Monde Arabe et Musulman (IREMAM), Maison Méditerranéenne des Sciences de l'Homme,
5 rue du Château de l'Horloge, BP 647, F-13094 Aix-en-Provence cedex 2.
<stephane.papi@orange.fr>

■ Résumé

Bien qu'elle soit souvent pensée en termes antagonistes, la laïcité française n'équivaut en rien à l'ignorance par les autorités politiques et judiciaires du fait religieux. Dans ce cadre, la réception des normes islamiques en droit français a pendant longtemps concerné quasi exclusivement des problématiques de droit international privé centrées autour de la réception de droits étrangers marqués par le droit musulman. Aujourd'hui, à la faveur de l'implantation définitive en France d'une importante population musulmane, les normes islamiques issues des principales sources scripturaires du droit musulman, mais également de coutumes et pratiques qui présentent un fort caractère normatif, interrogent directement plusieurs domaines du droit interne. Ce phénomène laisse apparaître certaines zones de confluences plus ou moins dynamiques.

Confluences – Droit – Islam – Laïcité – France.

■ Summary

Islamic Norms and Law In France: Some Areas of Confluence

Although they are often perceived in terms antagonists, French secularism is not equivalent in any way to the ignorance of religion with political and judicial authorities. In this context, the reception of Islamic norms in French law has long concerned almost exclusively issues of private international law centered on the reception of foreign law marked by Islamic law. Today, thanks to the final establishment of a large Muslim population in France, Islamic norms derived from major scriptural sources of Islamic law, but also customs and practices that pose a strong normative question on several areas of law. This phenomenon reveals some areas of more or less dynamic confluences.

Confluences – Islam – Law – Secularism – France.

La laïcité se situe au cœur du combat républicain. Mais, bien qu'ayant, de ce fait, donné lieu à des affrontements parfois violents avec l'Église catholique longtemps prédominante dans l'hexagone, elle n'équivaut en rien à l'ignorance du fait religieux par l'État. La liberté de culte, rappelée dès l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905, instaure au contraire une neutralité bienveillante de l'État vis-à-vis des cultes¹, ce dernier devant favoriser leurs expressions, sauf si elles contreviennent à l'ordre public, sans toutefois s'immiscer dans l'objet même de la croyance, c'est-à-dire la doctrine ou le dogme. Dans la France laïque, les autorités politiques et judiciaires ont donc à connaître du fait religieux en général. De même, la jurisprudence des tribunaux n'est pas imperméable aux normes religieuses. Si elles ne peuvent acquérir une valeur juridique supérieure à la loi², la Cour de cassation s'y réfère parfois en considérant, par exemple, que le refus par le mari de confession israélite de délivrer l'acte de répudiation (le *gueth*) constitue de la part de celui-ci un abus de droit et peut permettre l'allocation de dommages et intérêts au profit de l'épouse lésée³. De même, dans les entreprises ou organisations dites de tendance, c'est-à-dire celles dans lesquelles « une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique est expressément prônée [et où] l'objet essentiel de l'activité de ces entreprises est la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique »⁴, les juges ont sanctionné le non-respect de certaines contraintes basées sur l'application de normes religieuses⁵.

Avec l'émergence de l'islam en France, la prise en considération du fait religieux par les pouvoirs publics se trouve réactivée, les normes religieuses islamiques venant s'ajouter à celles des cultes traditionnellement pratiqués dans l'hexagone. Ces normes, issues de la *shari'a*, c'est-à-dire la Loi divine au sens large dont le *fiqh* constitue la science de la compréhension, ont été toutes entières englobées par les juristes orientalistes de l'époque coloniale sous le terme « droit musulman » ou « droit islamique », « *Al qanûn al islami* » en arabe. Cette perception positiviste a perduré jusqu'à aujourd'hui en Occident comme en Orient⁶. Elle est basée sur une

1. « Découlent directement et exclusivement du principe constitutionnel de laïcité la neutralité de l'État en matière religieuse, l'égal respect de toutes les croyances et de tous les cultes » : Jean Pierre MACHELON, *La laïcité demain : exclure ou rassembler*, Paris : CNRS Éditions, 2012, p. 33.

2. Cass. civ., 15 octobre 1991.

3. Cass., 5 juin 1985 ; CA [cour d'appel] de Versailles, 31 octobre 1994 ; CA Paris, 21 avril 1989 ; CA Versailles, 16 février 2012. Cf. Florence RENUCCI, « Les solutions aux conflits en matière de divorce religieux du XIX^e siècle à nos jours : le cas du refus de délivrance du *gueth* en droit interne », in CENTRE D'HISTOIRE JUDICIAIRE DE LILLE (éd.), *La résolution des conflits familiaux*, 2011 (en ligne), p. 41-51. Une astreinte ne pourra cependant pas être prononcée contre le mari récalcitrant au nom de sa liberté de conscience : Cass. 2^e civ., 21 novembre 1990.

4. Philippe WAQUET, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gazette du Palais*, 1996, p. 1427.

5. Cf. concernant le refus du mariage après un divorce : Cass. ass. plén., 19 mai 1978, Dame Roy ; le refus de l'adultère : CA Toulouse, 17 août 1995 ; le refus de l'homosexualité : CA Paris, 30 mars 1990, *Droit ouvrier*, 1990, p. 296 ; Cass. soc., 17 avril 1991, P. c. Association Fraternité Saint Pie X, *Droit social*, 1991, p. 485, note Savatier.

6. Norman CALDER, « Law: Legal Thought and Jurisprudence », in John L. ESPOSITO (ed.), *Oxford Encyclopaedia of the Islamic World*, Oxford : Oxford University Press, 2009, vol. 3, p. 381, cité dans Robert GLEAVE, « La charia dans l'histoire : *ijtihad*, épistémologie et "tradition classique" », in Baudouin DUPRET (dir.), *La charia aujourd'hui : usages de la référence au droit islamique*, Paris : La Découverte, 2012, p. 25. Certains savants orientalistes, comme Snouck Hurgronje (1857-1936), Joseph Schacht (1902-1969) et Georges Henri

vision normative des phénomènes sociaux liée au mouvement de formation des États nationaux qui a dominé l'histoire européenne au XIX^e siècle. Dans cet esprit, le droit est issu principalement des structures étatiques. Pourtant, le *fiqh* constitue un système normatif beaucoup plus large. Il s'est formé à partir des différentes sources scripturaires musulmanes⁷, des interprétations diverses qu'en ont fait les *fuqahâ*⁸, qui divergeaient en fonction de leur affiliation aux différentes écoles juridiques⁹. Cette pluralité ressort également de l'intégration en son sein de certaines coutumes locales (*'urf* ou *'adat*) au point d'en constituer pour certains auteurs une source « spontanée »¹⁰.

Afin de rester un tant soit peu fidèle à cet esprit initial, même si notre approche reste centrée, tout au moins en ce qui concerne le droit français, sur une analyse du droit positif en vigueur, nous engloberons dans les normes étudiées certaines pratiques qui conservent auprès de la population musulmane un fort caractère normatif. Nous nous attacherons également à l'étude des rapports entretenus par les normes islamiques et le droit interne, ce qui correspond à une évolution substantielle. Pendant longtemps, les problématiques issues de la réception de la norme islamique en droit français ont concerné avant tout¹¹ le droit international privé, c'est-à-dire la réception de normes issues de droits étrangers, marqués par le droit musulman, comme par exemple la polygamie ainsi que la répudiation, ou bien encore la *kafâla* (le recueil légal) et ses relations avec l'adoption¹². Celles-ci n'ont pas disparu mais, alors que de nombreux musulmans résident désormais de manière définitive en France, où beaucoup sont nés, et possèdent la nationalité, les

Bousquet (1900-1978), se sont toutefois distingués en pensant que le droit musulman constituait plus une déontologie qu'un système juridique : Baudouin DUPRET et Léon BUSKENS, « De l'invention du droit musulman à la pratique juridique contemporaine », in Baudouin DUPRET (dir.), *La charia aujourd'hui : usages de la référence au droit islamique*, op. cit., p. 11. Voir également : Baudouin DUPRET et Léon BUSKENS, « Qui a inventé le droit musulman ? Une histoire des études occidentales de la normativité islamique et leur diffusion en Orient », *Maghreb et sciences sociales*, 2012, p. 53.

7. Les sources principales sont constituées par le Coran, la *sunna* (la tradition du Prophète Mohammed basée sur ses actes et paroles : les *ahâdith* [sing. *Hadith*]). Il existe également des sources secondaires parmi lesquelles l'*ijmâ* (le consensus des juristes sur une question posée) et le *qiyâs* (raisonnement analogique permettant de dégager une solution en étendant la solution déjà trouvée pour une situation semblable ou voisine).

8. Savants en matière de *fiqh*, juristes.

9. Les *madhâhib* appelées aussi « rites » car elles traitent, entre autres choses, des actes rituels imposés aux musulmans. Elles se sont formées dans les premiers temps de l'islam, entre le VIII^e et le IX^e siècle. Quatre écoles sont reconnues au sein de l'islam sunnite (les écoles malékite, hanafite, chaféite et hanbalite) ; l'école ja'farite est la principale école chi'ite.

10. François-Paul BLANC et Louis MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris : Dalloz, 2000, p. 137. Sur la fonction de « filtre » opéré par le *fiqh* sur les coutumes, cf. Bernard BOTIVEAU, « Droit islamique : du politique à l'anthropologique », *Droit et Société*, 15, 1990, p. 184.

11. Il faut toutefois rappeler que, jusqu'en 1962, les normes islamiques ont été appliquées en droit interne en Algérie française où les « indigènes » musulmans n'étaient pas soumis aux dispositions du Code civil, mais relevaient d'un statut personnel et successoral de droit musulman. Jusqu'à très récemment, la polygamie était applicable aux habitants de l'île de Mayotte, régis par un statut personnel local de droit musulman.

12. Cf. Marie-Claude NAJM, « Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français : droit et idéologie(s) », *Droit et cultures*, 59, 2010, p. 209-229. Émilie BARRAUD, « Les multiples usages sociaux de la kafala en situation de migration : protection et non-protection des mineurs recueillis », *e-migrinter*, 2, 2008, p. 133 à 142.

normes islamiques interrogent directement plusieurs domaines du droit interne¹³, certaines ayant été rejetées au nom de la préservation de l'ordre public, l'attention médiatique s'étant particulièrement focalisée sur les prescriptions vestimentaires dans les écoles publiques, puis dans la totalité de l'espace public.

Au-delà de ces oppositions où les normes islamiques et le droit français semblent vécus comme figés dans des postures antagonistes, il semble intéressant de relever certaines zones de confluences dont l'étendue peut être appréciée à travers trois axes d'étude : les zones où les normes islamiques sont appliquées sans difficultés en droit français, celles où il tisse avec elles des compromis réciproques et enfin les zones où les normes islamiques sont retraduites dans les catégories du droit français.

I. L'application des normes islamiques en droit français

Le droit français permet l'application des normes religieuses islamiques, indirectement, en protégeant les pratiques culturelles s'y référant ou, plus directement, en les intégrant dans le corpus de règles qui le constitue.

I.1. La protection des pratiques culturelles issues des normes islamiques en droit français

Les pratiques culturelles accomplies dans l'espace privé, voire dans l'espace public, sont protégées en droit français et ce en vertu du principe de liberté de religion consacré par plusieurs textes. À la suite de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, affirmant en 1789 dans son article 10 que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». Il y a lieu de noter que la loi de séparation des Églises et de l'État du 9 décembre 1905 reconnaît la liberté de religion tout en ne la mentionnant pas directement en son article 1^{er} : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes dans l'intérêt de l'ordre public. » Ce principe est également affirmé par la constitution du 4 octobre 1958, la République assurant, aux termes de son article 1^{er}, « l'égalité devant la loi des citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

En ratifiant en 1974 la Convention européenne des droits de l'homme, la France a réaffirmé le principe de liberté de religion : « 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 rites¹⁴. » Ce principe ne peut, si on se

13. Cette évolution n'est pas circonscrite à la France : Louis-Léon CHRISTIANS, « La charia désétatisée : usage collectif et conscience individuelle en Belgique et en France », in Baudouin DUPRET (dir.), *La charia aujourd'hui : usages de la référence au droit islamique*, op. cit., p. 228 ; Id., « Les références belges à l'ordre public comme standard de régulation et révélateur de conflits de valeurs dans le statut des personnes musulmanes en dehors du droit international privé : l'exemple belge », in Nathalie BERNARD-MAUGIRON et Baudouin DUPRET, *Ordre public et droit musulman en Europe et en Afrique du Nord*, Montpellier : IRD, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 439.

14. Convention européenne des droits de l'homme, article 9, alinéa 1.

réfère à son article 9, alinéa 2, « faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Il ressort de cette architecture juridique que les pratiques culturelles issues des normes islamiques, comme par exemple les cinq prières quotidiennes, le jeûne du mois de *ramadhân* sont protégées en droit français sans limitation dans leur expression privée, c'est-à-dire dans le for intérieur de chaque individu, alors que leur expression publique peut faire l'objet de restrictions uniquement fondées sur des considérations d'ordre public¹⁵. Alors que certaines normes islamiques ont été interdites sur ce fondement, d'autres sont intégrées, de façon parfois très favorable, dans le corpus juridique français.

1.2. L'intégration de la finance islamique en droit français

C'est le cas des normes fondant le système de la finance islamique¹⁶, qui bénéficient d'une excellente réputation dans les milieux politiques, économiques et financiers, les déclarations de l'ancienne ministre de l'Économie Christine Lagarde, favorables à leur mise en œuvre, étant révélatrices de cet état d'esprit¹⁷.

Au mois de septembre 2009, plusieurs députés socialistes dénonçaient une atteinte à la laïcité lors de l'examen d'une proposition de loi sur le financement des petites et moyennes entreprises dont un article introduisait la finance islamique en France par l'intermédiaire d'une réforme de la fiducie permettant l'émission de *sukûk*, c'est-à-dire d'obligations islamiques conformes à la *shari'a*¹⁸. N'ayant pu empêcher son adoption, ils décidaient alors de saisir le Conseil constitutionnel qui, par une décision en date du 14 octobre 2009, censurait les dispositions du texte en cause non pas au nom de la défense de la laïcité, mais parce qu'elles étaient sans lien initial avec la proposition de loi qui tendait à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et constituaient de ce fait des « cavaliers » législatifs¹⁹.

Cette bienveillance des plus hautes instances de l'État pour la finance islamique s'est concrétisée par la publication d'instructions fiscales au *Bulletin officiel des impôts* précisant le régime fiscal applicable à quatre outils de la finance islamique : les *murâ-*

15. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH), 25 mai 1993, *Kokkinakis c/Grèce*. Jean-Robert HENRY, « Le droit français et l'islam », in Francis MESSNER, Pierre-Henri PRÉLOT, Jean-Marie WOERLING *et al.* (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris : Litec, 2003.

16. Le Coran proscrit l'usure (*riba*) – cf. notamment verset 275, sourate II ; verset 39, sourate 30 –, prohibition dont les *fuqaha* ont pu considérer qu'elle impliquait soit la prohibition de toute forme d'intérêt, soit celle d'un taux d'intérêt trop élevé. Concernant les différentes approches de la notion de *riba*, voir : Saeed ABDULLAH, *Islamic Banking and Interest: A Study of the Prohibition of Riba and its Contemporary Interpretation*, Leiden : Brill, 1996.

17. Christine Lagarde, le 2 juillet 2008 : « Nous allons développer sur le plan réglementaire et fiscal tout ce qui est nécessaire pour rendre les activités de finance islamique bienvenues en France », citée dans Claire GATINOIS, « Bercy veut faciliter le développement de la finance islamique », *Le Monde*, 3 juillet 2008.

18. Jacques BERTRAN DE BALANDA et Foued BOURABIAT, « Fiducie et finance islamique », *Droit et patrimoine*, 192, 2010, p. 84.

19. « Commentaire de la décision n° 2009-589 DC du 14 octobre 2009 », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 28, 2010.

*baha*²⁰, les *sukûk* d'investissement²¹, les contrats d'*ijâra* sur actif²² et les contrats d'*istina*²³. Le ministère des Finances souhaite ainsi attirer les fonds d'investissement du Moyen-Orient et devenir une place financière importante pour ce type de placements en Europe. Cette offre était déjà présente sur le territoire puisque, sur l'île de la Réunion, la Société générale avait proposé en 2008 un produit comportant des éléments financiers islamiques²⁴. Elle l'est également en métropole depuis le mois de juin 2011, la filiale française de la Banque populaire du Maroc ayant été autorisée à proposer à ses clients en France des services bancaires conformes à l'éthique islamique et ce dans une indifférence politique et médiatique quasi totale²⁵.

Ce phénomène semble devoir s'affirmer. À la faveur des difficultés financières auxquelles sont confrontés l'État et les collectivités territoriales, certains analystes n'hésitent pas à proposer que ces dernières se tournent vers les produits de la finance islamique qui pourraient les tenir à l'abri des « emprunts toxiques » responsables de la dégradation de leurs capacités budgétaires²⁶. Si l'acceptation est ici certaine, il est d'autres domaines où elle cède le pas à la recherche de compromis.

II. La recherche de compromis réciproques entre le droit français et les normes islamiques

Il va s'agir ici de trouver en droit français, tout comme dans le corpus normatif islamique, des espaces de compromis permettant de dépasser certaines oppositions. Parmi les divers exemples à même d'illustrer ce phénomène, notre choix s'est porté sur ceux concernant les mosquées et leurs minarets ainsi que les cimetières.

II.1. Mosquées et minarets

Alors que la présence de mosquées en France constitue un des révélateurs de l'insertion de la population musulmane, pratiquante ou pas, au sein de la collectivité nationale, il faut peut-être voir dans cette symbolique forte la cause des nombreux débats, voire des oppositions, qui se sont cristallisés autour de l'érection de mosquées dans la plupart des cités françaises, leur nombre restant toujours faible²⁷

20. *Bulletin officiel. Impôts*, 78, 24 août 2010, 4FE/S1/10, instruction du 23 juillet 2010.

21. *Ibid.*, 4FE/S2/10.

22. *Ibid.*, 4FE/S3/10.

23. *Ibid.*, 4FE/S4/10.

24. Assmaâ RAKHO MOM, « La Réunion, tête de pont de la finance islamique en France », *Saphirnews.com*, 15 avril 2008.

25. Cf. un article du *Courrier de l'Atlas* en date du 26 juillet 2011 : Gypsy ALLARD, « Percée de la finance islamique en France », <<http://www.lecourrierdelatlas.com/52226072011Percée-de-la-finance-islamique-en-France.html>>.

26. M. BONET, « Finance islamique », rubrique « Mots pour mot », *La Gazette des communes, des départements et des régions*, 30-2136, 6 août 2012, p. 37.

27. « En 2010 les mosquées et lieux de culte sont au nombre de 2 368, dont 267 situées à Mayotte et 49 dans les départements et les collectivités d'outre-mer. De 2000 au début 2010, l'évolution du nombre de mosquées et lieux de culte sur l'ensemble du territoire national est la suivante : 2000 : 1536 mosquées ; 2004 : 1685 ; 2007 : 1855 ; 2009 : 2101 + 267 à Mayotte. » Cf. réponse du ministre de l'Intérieur, *Journal officiel de l'Assemblée nationale (JOAN)*, 3 mai 2011, p. 4525, à une question écrite posée par le député Éric Raoult (*JOAN*, 31 août 2010, n° 86925, p. 9421). Cependant, selon certains observateurs, le nombre de mosquées apparaît

par rapport aux besoins recensés²⁸.

Aux difficultés plus strictement politiques, s'ajoutent des problématiques juridiques qui concernent surtout leur financement. Bien que la loi du 9 décembre 1905 interdise en son article 2 tout subventionnement public aux cultes, ce principe connaît plusieurs tempéraments illustrant l'esprit de compromis qui a longtemps prévalu, essentiellement mais pas seulement, au profit de la religion catholique²⁹, la plus anciennement et pendant longtemps la plus massivement implantée en France. Parmi ces derniers, le bail emphytéotique administratif³⁰ permet aux collectivités territoriales de mettre à la disposition des associations culturelles un bien immobilier afin d'édifier un lieu de culte, moyennant le versement d'un loyer. Alors que pendant longtemps la jurisprudence a considéré que celui-ci devait correspondre au prix du marché³¹, le Conseil d'État est venu préciser que sa modicité ainsi que l'incorporation, à l'issue du bail, dans le patrimoine des collectivités publiques de l'édifice construit dont elles n'auront pas supporté les charges de conception, de construction, d'entretien ou de conservation constituaient de justes contreparties à la mise à bail emphytéotique d'un terrain³². S'il y a tout lieu de penser que cette jurisprudence facilite la construction de mosquées, la plasticité des normes islamiques permet également de dégager des compromis utiles à la satisfaction de cet objectif.

Au-delà du fait que des débats théologiques existent sur l'obligation d'accomplir la prière dans une mosquée³³, ce qui, bien entendu, ne saurait atténuer les demandes légitimes des fidèles musulmans visant à prier dans des lieux de cultes décents, il convient de remarquer que, souvent, l'opposition de la population se structure autour de considérations architecturales et notamment autour de la présence de minaret. Or le droit français n'en interdit nullement l'édification, leur hauteur, comme celle de toutes les autres constructions, pouvant toutefois être limitée

toujours insuffisant, la plupart étant de superficie réduite. Cf. Mohammed TELHINE, « Les mosquées de France : un état des lieux. On est toujours loin du compte », <<http://www.oumma.com>>, 1^{er} juin 2009.

28. 23 % des musulmans fréquentent un lieu de culte au moins une fois par mois contre 5 % pour les catholiques. Cf. « IFOP, analyse 1989-2009 : enquête sur l'implantation et l'évolution de l'islam en France », août 2009, p. 8 et 9 et 10, en ligne : <<http://www.ifop.com>>. Pour une analyse de ce sondage, cf. Patrick HAENNI, « Décryptage : l'islam en France et en chiffres : 1989-2009 », Institut Religioscope, <<http://www.religion.info>>, 31 août 2009.

29. Par exemple, suite au refus de l'Église catholique de constituer des associations culturelles prévues par la loi de 1905, un compromis fut trouvé entre le Saint Siège et le gouvernement français en 1924 avec la création des associations diocésaines.

30. Institué par la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation. Son régime juridique a été précisé par l'ordonnance du 21 avril 2006.

31. Cf. CE (Conseil d'État), « Communauté urbaine de Lyon », 6 avril 1998, n° 151752 ; TA (tribunal administratif) Lille, « Ville de Roubaix », 9 janvier 2007, n° 0401078 ; TA Marseille, « Mouvement pour la France », 17 avril 2007 ; cour administrative d'appel de Lyon, « Association culturelle arabo-islamique de Tournon », 16 février 2010, n° 08LY01769.

32. CE, « Mme Vayssière », 19 juillet 2011, n° 320796. Cet arrêt est venu confirmer un arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles en date du 3 juillet 2008, « Commune de Montreuil Sous Bois », n° 07VE01854.

33. Il semble que l'accomplissement des prières dans l'enceinte d'une mosquée ressorte d'une simple recommandation, seule la prière du vendredi devant obligatoirement y être effectuée. Selon un célèbre *hadîth* : « Là où t'atteint l'heure de la prière, tu dois t'exécuter et cela est un *masjid* ». Le terme *masjid* désigne tout lieu de prosternation et non pas forcément une mosquée.

dans le cadre de la délivrance de l'autorisation de construire³⁴. Il est parfois craint qu'ils portent atteinte à l'harmonie architecturale locale, que leur hauteur soit plus élevée que celle des clochers des églises environnantes³⁵ et que les résidents alentours ainsi surplombés se trouvent importunés par des appels répétés à la prière.

Selon un sondage réalisé en mai 2011, les Français pensent qu'il existe, en moyenne, 191 minarets sur le territoire³⁶. Pourtant, seulement un quart des mosquées françaises seraient dotées d'un tel édifice³⁷. Ceci s'explique par le fait, d'une part, que la majorité des mosquées sont installées dans des bâtiments préexistants à leur affectation culturelle³⁸ et, d'autre part, qu'aucune norme islamique n'exige la présence de minarets, même s'ils se sont peu à peu imposés par l'usage³⁹, ce qui constitue une source de compromis possible, même si beaucoup de musulmans sont culturellement attachés à leur présence, celle-ci étant fréquente dans leurs pays d'origine. Cet élément est à rapprocher du fait que, dans les mosquées françaises, les musulmans acceptent que l'appel à la prière soit effectué de l'intérieur même des mosquées et non pas du haut des minarets⁴⁰, ces derniers, quand ils existent, n'ayant alors plus qu'une vocation architecturale. Cette position révèle également une volonté de compromis avec le droit français. Ce dernier n'interdit pas expressément l'appel à la prière mais cette problématique peut s'analyser au moins partiellement par référence aux sonneries de cloches des églises qui peuvent faire l'objet de limitations par le Maire dans le strict respect du maintien de l'ordre public et, autant qu'il se peut, des traditions locales⁴¹. Ces dernières ne comprennent pas, du moins pour l'instant et, pour quelques années encore, l'appel aux cinq prières quotidiennes, qui seraient prohibées si elles étaient effectuées par haut-parleur dont l'usage public reste interdit sauf autorisation spéciale⁴².

II.2. Droit funéraire

Tout comme celle des mosquées, la présence de tombes musulmanes dans les cimetières constitue une des formes de l'enracinement des populations musulmanes, et plus largement de l'islam, dans le paysage religieux français.

34. Le droit commun s'applique en ce domaine, le lieu de prière pouvant être démoli s'il n'est pas conforme à un permis de construire : TA Marseille, « Association culturelle du Temple Pyramide », 18 décembre 1997, n° 94-300. Sur les difficultés rencontrées dans l'instruction des dossiers de demandes de permis de construire concernant des mosquées, cf. Stéphane PAPI, « Les musulmans et le droit de l'urbanisme : vers une plus grande reconnaissance juridique des discriminations », *Actualité juridique du droit administratif*, 24, 12 juillet 2010, p. 1350-1355.

35. Hervé GUÉNOT, « Polémiques autour de la hauteur d'un minaret », *Le Figaro*, édition du 29 juillet 2003.

36. Sondage Institut Harris Interactive, mai 2011.

37. Raphaël LIOGER, *Le mythe de l'islamisation. Essai sur une obsession collective*, Paris : Seuil, 2012, p. 124.

38. Il y aurait en France entre 100 et 200 mosquées construites comme telles, c'est-à-dire n'étant pas issues d'une réaffectation d'un bâtiment préexistant : Stefano ALLIEVI, *La guerra delle moschee. L'Europa e la sfida del pluralismo religioso*, Venise : Marsilio, 2010, p. 31.

39. Marianne BARRUCAND, « Mosquée », in *Dictionnaire de l'Islam. Religion et civilisation*, Paris : Albin Michel, Encyclopædia Universalis, 1997, p. 599.

40. Chems-eddine HAFIZ et Gilles DEVERS, *Droit et religion musulmane*, Paris : Dalloz, 2005, p. 120.

41. Article 51 du décret du 16 mars 1906 et CE, 5 février 1909, *Abbé Olivier, Rec.*, p. 186.

42. *Ibid.*

Aujourd'hui, les personnes de confession musulmane souhaitent pourtant encore être très majoritairement (à 80 %) inhumées dans leurs pays d'origine⁴³. En ce qui concerne les immigrés qui vivent seuls en France, cet « exode *post mortem* » est à rapprocher d'un attachement naturel à la terre des ancêtres, voire au lieu de résidence des enfants restés au pays et qui pourront ainsi plus facilement visiter leurs tombes. En revanche, s'agissant des personnes dont la famille et plus particulièrement les enfants sont installés en France, et *a fortiori* pour ces derniers qui y sont souvent nés, ce phénomène peut s'expliquer par les incompatibilités existant entre le droit funéraire français et les normes islamiques⁴⁴ dont certaines ont pu être dépassées, à la faveur de compromis réciproques⁴⁵.

C'est le cas en matière de *délai d'inhumation*, où les normes musulmanes recommandent de procéder rapidement à l'inhumation après le décès, ce qui résulte du souci de ne pas contrarier la volonté divine, le corps devant être rendu sans attendre à son créateur⁴⁶. De son côté, le Code général des collectivités territoriales prévoit en son article R 2213-33 un délai minimum légal de 24 heures entre la mort et l'inhumation, le non-respect de cette disposition étant puni, par l'article R 645-6 du Code pénal, d'amendes prévues pour les contraventions de 5^e classe. Des compromis ont cependant été trouvés car les autorités religieuses musulmanes ont accepté ce délai en convoquant différents *ahadith*, comme par exemple celui indiquant que l'inhumation ne doit pas s'effectuer dans la précipitation afin de s'assurer de l'effectivité de la mort⁴⁷. Ces compromis ont également été rendus possibles car les services funéraires municipaux font généralement, et dans la mesure du possible, en sorte de ne pas dépasser le délai minimum légal de 24 heures⁴⁸.

Les *conditions d'inhumation* révèlent également des espaces de compromis. La mise en bière du corps, prévue par l'article R 2213-15 du Code général des collectivités territoriales, est respectée par les musulmans de France, aidés en cela par certains avis religieux⁴⁹, alors même que l'inhumation à même la terre reste prescrite par le

43. Chiffre cité par les sénateurs Jean-Pierre Sueur et Jean-René Lecerf dans leur rapport *Le bilan et les perspectives de la législation funéraire*, Paris : Sénat, 2006, n° 372.

44. Les références aux normes islamiques en matière funéraire citées ci-après sont issues de : Sami Awad ALDEEB ABU SAHLIEH, *Cimetière musulman en Occident. Normes juives, chrétiennes et musulmanes*, Paris : L'Harmattan, 2002 et Mostafa BRAHAMI, « Les rites funéraires musulmans, entre textes et contextes », in Khadiyatoullah FALL et Mamadou NDONGO DIMÉ (dir.), *La mort musulmane en contexte d'immigration et d'islam minoritaire. Enjeux religieux, culturels, identitaires et espaces de négociations*, Québec : Presses Universitaires de Laval, 2011, p. 23 à 64.

45. Stéphane PAPI, « Droit funéraire et islam en France : l'acceptation de compromis réciproques », *Actualité juridique du droit administratif*, 22 octobre 2007, p. 1968 à 1973.

46. Plusieurs *ahadith* attribués au Prophète Mohammed vont dans ce sens : « trois choses ne doivent pas être retardées : la prière lorsqu'elle vient ; les funérailles lorsqu'elles se présentent et la femme non mariée lorsqu'elle trouve un mari qui lui est digne » (rapporté par Al Thirmidhi, récit n° 156) ; « Hâtez-vous d'enterrer les morts. S'ils étaient bons, c'est vers le bien que vous les emmenez, et s'ils étaient mauvais, c'est d'un mal que vous vous débarrassez » (rapporté par Al Bukhari, récit n° 1231).

47. Le Prophète avait réprimandé ses compagnons qui avaient rapidement accompli les rites funéraires d'une dame noire qui s'occupait de l'entretien de la mosquée et l'avaient enterrée de nuit (*hadith* rapporté par Al Bukhari, n° 1272, et Muslim, n° 956).

48. *La Gazette des communes, des départements et des régions*, dossier « Carrés musulmans, l'ultime geste d'intégration », 40/1618, 29 octobre 2001, p. 34.

49. FADL ALLAH, *Al Masa'il al Fiqhiyyah*, vol. 2, p. 85, p. 105 ; IBN 'ABIDIN, *Rad al muhtar*, vol. 2, p. 235, p. 104.

Coran⁵⁰. Les normes religieuses islamiques prohibent l'inhumation d'un musulman dans le cimetière des « mécréants », sauf si ce dernier est préalablement désaffecté, le « mécréant » ne devant pour sa part aucunement reposer dans un cimetière musulman⁵¹. Malgré cette stricte prohibition, l'inhumation des musulmans au sein des carrés confessionnels des cimetières publics, donc à proximité des autres tombes, est acceptée par le Conseil français du culte musulman (CFCM)⁵², l'Académie du droit musulman, qui dépend de l'Organisation de la conférence islamique, conditionnant cet accord à l'impossibilité de transférer la dépouille dans un pays musulman⁵³. De son côté, le droit français, tout en posant le principe de la neutralité religieuse des cimetières, en vertu notamment duquel la création et l'agrandissement des cimetières confessionnels reste interdits⁵⁴, admet la présence de carrés confessionnels musulmans au sein des cimetières publics dans les départements d'Alsace-Moselle où la loi de séparation du 9 décembre 1905 ne s'applique pas⁵⁵. Dans les autres départements métropolitains, trois circulaires⁵⁶ sont venues encourager leur création, le Conseil d'État ayant considéré que cela induisait une forme d'insécurité juridique⁵⁷ préjudiciable à l'action des élus locaux qui souhaiteraient que l'État prenne clairement parti sur ce sujet⁵⁸.

Les incompatibilités juridiques concernant la désaffectation des tombes, l'exhumation des corps et leur crémation ont également pu être dépassées, alors même que le droit français les autorise et que les normes religieuses islamiques les prohibent en vertu de principes clairement établis, même s'ils souffrent quelques exceptions. L'exhumation et la désaffectation sont ainsi interdites jusqu'à la dissolution complète des os, sauf en cas de nécessités impérieuses (*darûrât*), telles les expertises médicales ou d'utilité publique véritable (*maslaha mu'tabara*), par exemple si la tombe est susceptible de subir un dommage (éboulement, terrain devenu la destination d'immondices...) ⁵⁹. La crémation l'est tout autant, hormis dans des situations extrêmes, comme par exemple un risque avéré d'épidémie⁶⁰. De ce fait,

50. Coran, sourate n° 77, verset n° 25 : « N'avons-Nous pas fait de la terre un rassemblement pour les morts et pour les vivants ? ». Cf. Jacques BERQUE, *Essai de traduction du Coran*, Paris : Albin Michel, 1995 (édition revue et corrigée), p. 654.

51. AL BAHUTI, *Kashshaf al qina*, vol. 2, p. 214-125 ; AL ANSARI, *Sharh al Manhaj*, vol. 2, p. 201 ; IBN 'ABIDIN, *Rad al Muhtar*, vol. 2, p. 234.

52. Voir communiqué du CFCM du 23 septembre 2010.

53. *Majallat majma al fiqh al islami*, n° 3, partie 2, 1987.

54. Ce principe, confirmé par une jurisprudence constante du Conseil d'État, résulte des lois du 14 novembre 1881 et du 5 avril 1884 qui sont revenues sur les dispositions du décret du 23 prairial an XII.

55. Réponse ministérielle n° 38452 du 7 février 2000 et également circulaire du ministère de l'Intérieur du 19 février 2008.

56. Circulaires du ministère de l'Intérieur des 28 novembre 1975, 14 février 1991 et 19 février 2008.

57. Rapport du CONSEIL D'ÉTAT, *Un siècle de laïcité*, Paris : La Documentation française, 2004, p. 326-327.

58. Rapport de la Commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics présidée par le Pr J.P. Machelon, 20 septembre 2006, p. 62.

59. Abû Zakariyya AL Nawawî, *Al majmû sharh al muhadhdhab*, Beyrouth : Dâr al fikr, 1991 (rééd.), p. 284 ; Mansûr AL BAHUTI, *Kashshaf al qina an matn al iqna*, Beyrouth : Alam al kutub, 1983 (rééd.), p. 143-144.

60. Sami Awad ALDEEB ABU SAHLIEH, *Cimetière musulman en Occident. Normes juives, chrétiennes et musulmanes*, op. cit., p. 146.

la possibilité offerte aux maires de désaffecter une tombe en cas d'absence d'entretien après une période de trente années⁶¹ reste très mal vécue par les musulmans de France, ce qui se vérifie assez régulièrement lors des exhumations pratiquées au sein des cimetières ou des carrés musulmans⁶².

Dans un esprit de compromis face à ces oppositions religieuses qui ne sont pas en ces domaines propres à l'islam, le Code général des collectivités territoriales a été enrichi d'un article L 2223-4, alinéa 2 précisant que le maire ne peut imposer la crémation des restes d'une concession reprise sans s'être assuré au préalable de l'absence d'opposition « connue ou attestée du défunt » à cette pratique. En vertu d'une circulaire du ministre de l'Intérieur du 14 décembre 2009⁶³, le maire doit s'attacher dès l'inhumation à rechercher auprès de la famille du défunt les manifestations d'un tel refus, cette recherche ne devant pas aller au-delà des signes manifestes d'appartenance religieuse car il ne lui appartient pas, pas plus qu'à l'autorité religieuse, de déterminer *in abstracto* l'appartenance religieuse d'une personne⁶⁴. De même, l'opposition des normes islamiques à l'exhumation des corps a été prise en compte puisque l'article L 2223-4 du Code général des collectivités territoriales oblige les communes à prévoir la création d'un ossuaire aménagé rendant possible l'affectation à perpétuité des restes exhumés aussitôt réinhumés. Obligation est aussi faite de distinguer au sein de l'ossuaire les restes des personnes qui avaient manifesté leur opposition à la crémation, c'est-à-dire notamment les personnes de confession musulmane. Il y a également lieu de rappeler le « devoir de délicatesse » conseillé aux maires par le Haut Conseil à l'intégration afin d'éviter que les tombes soient ouvertes et vidées sans que les familles concernées soient informées⁶⁵.

III. La retraduction des normes islamiques en droit français

Comme l'ont noté Pierre Bosset et Paul Eid : « L'ouverture du droit étatique au pluralisme juridique est possible, mais à condition que les normes non étatiques en quête de reconnaissance légale soient décomposées et retraduites dans le langage "programmatique" du système juridique⁶⁶. » Même si l'opération de retraduction ne provoque pas l'introduction pure et simple d'une norme non étatique dans le système juridique, elle en facilite toutefois la reconnaissance symbolique. Ce processus nous semble opérant en ce qui concerne certaines normes islamiques et plus particulièrement dans les domaines des *waqf* et du mariage.

61. Cf. art. L 2223-17 du Code général des collectivités territoriales.

62. Il convient de rappeler l'exemple des exhumations pratiquées au cimetière musulman de Bobigny qui ont été l'occasion de conflits vifs et douloureux, cf. Chems-eddine HAFEZ et Gilles DEVERS, *Droit et religion musulmane*, op. cit., p. 168 ; ou plus récemment celles pratiquées au sein du carré musulman du cimetière de l'Ariane à Nice, cf. « Nice : l'exhumation des défunts musulmans choque », *Saphirnews.com*, 19 décembre 2011.

63. Circulaire ministérielle n° NOR/IOCB0915243/C du 14 décembre 2009.

64. TA Grenoble, « Époux Darmon », 5 juillet 1993, *JCP*, 1994, II, 22198, note Prélot.

65. HAUT CONSEIL À L'INTÉGRATION, *L'Islam dans la République*, novembre 2000, p. 62.

66. Pierre BOSSET et Paul EID, *Droit et religion : de l'accommodement raisonnable à un dialogue inter normatif?*, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Québec, Cat. 2.500.127, avril 2006.

III.1. Les *waqf*

Les *waqf* ou *habous*, sont des fonds immobilisés, de sorte qu'ils ne soient ni donnés, ni vendus, et que leurs revenus reviennent à l'aumône⁶⁷. Débordant le cadre géographique de la plupart des pays arabo-musulmans, des *waqf* ont été depuis plusieurs années constitués dans les pays occidentaux, leurs initiateurs, souvent originaires de pays où les *waqf* existent, utilisant pour ce faire les dispositifs juridiques légalement reconnus. C'est particulièrement le cas dans les pays anglo-saxons et singulièrement au Royaume-Uni par l'intermédiaire du *trust*⁶⁸, dont l'origine remonterait... aux *waqf* découverts par les chevaliers lors des croisades en Orient dont ils se seraient inspirés afin de protéger leurs biens desquels il restaient éloignés pendant de longues années⁶⁹. Le *trust* constitue un moyen pour une personne physique d'organiser sa succession même sur plusieurs générations. Il déroge ainsi aux dispositions du Code civil français, qui interdit les pactes sur succession future⁷⁰. Il ne peut, de ce fait, être utilisé en France pour la constitution de *waqf*, ceux-ci se rapprochant de différents instruments juridiques permettant sa retraduction, même infidèle, dans le langage juridique du droit français.

La fondation reconnue d'utilité publique est « l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif »⁷¹. Bien que présentant des différences notoires avec le *waqf*, sa création devant être validée par les plus hautes instances de l'État et ses ressources devant être affectées à un objet d'intérêt général défini, il faut noter, avec Bernard Godard, que la création de la Fondation des œuvres de l'islam de France, la seule concernant depuis

67. Leur régime juridique repose sur un *hadith* du Prophète Mohammed rapporté par Al Boukhari : « Omar ibn al Khattab (qui fut quelques années plus tard le second calife de l'islam) vint un jour trouver le Prophète et lui dit : "Apôtre de Dieu, je viens d'acquérir un terrain de valeur à Khaibar, que me conseilles-tu d'en faire pour être agréable à Dieu ?" Tu pourras, répondit Mohammed, immobiliser le fonds de ce terrain et en affecter les revenus à de bonnes œuvres. »

68. Il s'agit de l'ensemble des relations juridiques résultant de la décision (irrévocable ou pas) d'une personne créant le *trust* (le constituant ou *settlor*) de confier des biens à un tiers (le gestionnaire ou *trustee*) qui les contrôle (de manière discrétionnaire ou encadrée) dans l'intérêt d'un bénéficiaire (ou dans un but déterminé, par exemple caritatif) éventuellement avant d'en transférer la propriété à un attributaire (une même personne pouvant être constituant, bénéficiaire et/ou attributaire).

69. Gamal Moursi BADR, « Islamic Law: Its Relation to Other Legal Systems », *The American Journal of Comparative Law*, 26 (2), 1978, p. 187-198, cf. p. 196-198 (Proceedings of an International Conference on Comparative Law, Salt Lake City, Utah, February 24-25, 1977); Alastair HUDSON, *Equity and Trusts*, Londres : Cavendish Publishing, 3^e éd., 2003, p. 32; Monica M. GAUDIOSI, « The Influence of the Islamic Law of *Waqf* on the Development of the *Trust* in England: The Case of Merton College », *University of Pennsylvania Law Review*, 136 (4), 1988, p. 1231-1261. Antonio D'EMILIA, « Per una comparazione fra le *piae causae* nel diritto canonico, il *charitable trust* nel diritto inglese e il *waqf khayri* nel diritto musulmano », in *Atti del Congresso di Diritto Comparato 1*, Rome : Istituto Italiano di Studi Legislativi, 1953, p. 187 et suiv., Id., *Scritti di diritto islamico*, Rome : Istituto per l'Oriente, 1976, p. 276.

70. Art. 722, Code civil : « Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi ». Les *trusts* constitués à l'étranger sont toutefois reconnus par la jurisprudence civile (cf. notamment Cass. civ., 1^{er} ch., 24 mai 2007, n° 05-15545) ainsi qu'en droit fiscal (cf. art. 6 de la loi de finances rectificative pour 2011 concernant l'imposition de biens ou droits composant un *trust* à l'impôt de solidarité sur la fortune et aux droits de mutation à titre gratuit).

71. Art. 18 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987.

2005 la religion musulmane, est « apparue dans les cercles d'origine algérienne qui avaient peut-être en tête la gestion des biens habous en pays musulman »⁷².

Un autre instrument juridique présente quelques similitudes avec les *waqf*. Il s'agit du *fonds de dotation* créé en 2008⁷³ afin de permettre à une personne morale de droit privé à but non lucratif de recevoir, gérer des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable, les revenus de sa capitalisation étant utilisés en vue d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général ou redistribués pour assister une autre personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général. La communauté musulmane s'est emparée de cet instrument juridique en créant des fonds de dotation dans différents domaines dont les droits des femmes⁷⁴ ou bien encore la collecte de la *zakât*, contribution en nature ou en espèce due par tout musulman qui représente le troisième pilier de l'islam et dont le versement peut servir à couvrir certaines dépenses d'intérêt public⁷⁵. Deux fonds de dotation concernent plus particulièrement l'enseignement confessionnel⁷⁶, ce qui n'est pas sans rappeler qu'historiquement les *waqf* ont permis en terre d'islam d'aider, dans le sillage des mosquées, les écoles coraniques à prospérer.

Le *waqf* peut également se rapprocher de la fiducie, qui a été introduite en droit français par la loi du 19 février 2007. Elle permet à un ou plusieurs constituants de transférer des biens, des droits ou des sûretés présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires⁷⁷. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 étant venue permettre à toute personne physique ou morale d'être constituant à l'exception des mineurs et personnes sous tutelle, le recours à la fiducie pourrait dès lors permettre la mise en place d'opérations de *waqf*, où le fiduciaire serait par exemple chargé de gérer les biens mis en fiducie pour des œuvres de bienfaisance.

III.2. Le mariage

La question du mariage religieux musulman pose un problème juridique digne d'intérêt. Il convient tout d'abord de rappeler que, contrairement au mariage catholique qui constitue un sacrement, le mariage musulman est seulement un contrat à prestations réciproques qui institue entre un homme et une femme des droits et des obligations, tout en comportant une dimension religieuse essentielle⁷⁸. Sa

72. Bernard GODARD, « La fondation des œuvres de l'islam de France », *Annuaire Droit et Religions*, 3, 2008-2009, p. 131.

73. Art. 140 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

74. Par exemple, le Forum européen des femmes musulmanes créé en 2012, cf. <<http://www.efomw.eu/>>.

75. Le fonds de dotation « Zakât », créé en 2011, a notamment pour objectif de collecter des dons sous forme de *zakât* auprès de la communauté musulmane.

76. Le fonds de dotation de l'école bilingue musulmane Eva de Vitray (Mantes la Jolie), créé en 2012 (cf. <<http://evadevitray.fr/>>), et le fonds de dotation « Al Kindi », créé en 2009.

77. Art. 2011 et suivants du Code civil.

78. Le mariage représente « la conséquence d'une grâce admirable de Dieu qui a imposé à ses créatures un désir sexuel qui les oblige par là, malgré leur volonté, à assurer la continuité de leur descendance ; il est un

validité est soumise au respect de plusieurs conditions, parmi lesquelles un échange de consentement requis seulement en ce qui concerne l'homme pubère et la femme non vierge – nous reviendrons sur ce point plus avant – qui devra pour ce faire recourir à un tuteur⁷⁹, l'homme impubère, la femme vierge ainsi que les incapables des deux sexes étant soumis au *jabr*, c'est-à-dire au droit de contrainte matrimoniale qui appartient au père de l'enfant ou à son tuteur. Cet échange de consentements doit s'opérer, non pas devant un *imâm*, ni dans une mosquée, mais simplement en présence de deux témoins et ne comporte aucune formule sacramentelle. À cette occasion, il est d'usage, sans que cela constitue nullement une obligation, que soit récitée la *fâtiha* (l'Ouverture), c'est-à-dire la première sourate du Coran.

En France, ce rituel a subi des aménagements constituant le fruit d'un syncrétisme culturel et religieux tout à fait remarquable : le « mariage à la *fâtiha* » est vécu comme un mariage religieux ; il se déroule en présence d'un *imâm* ou d'une personne reconnue pour ses connaissances religieuses, au domicile des parents de l'un des époux, ou dans une mosquée, la prononciation de la *fâtiha* étant assimilée à une condition de validité du mariage au point de le désigner. Le parallèle avec le mariage catholique est saisissant : le prêtre, l'église et les prières... Ces mariages à la *fâtiha* constituent une des caractéristiques du mariage *halâl*, c'est-à-dire un « bon mariage », reconnu et valorisé par le groupe d'appartenance⁸⁰.

Les tribunaux français ont pris en considération cette forme de mariage, vécu comme une norme islamique, le fait pour l'époux de refuser le mariage religieux, c'est-à-dire la prononciation de la *fâtiha* après le mariage civil constituant pour l'épouse une erreur sur les qualités essentielles du conjoint déterminante de son consentement et justifiant l'annulation du mariage sur le fondement de l'article 180, alinéa 2 du Code civil et le versement de dommages et intérêts au profit de l'épouse lésée par ce refus⁸¹. Souvent célébrés avant même le mariage civil⁸² – ce qui est interdit en droit français⁸³ –, afin de permettre aux futurs époux de se fréquenter en dehors ou au domicile des parents selon qu'ils se situent dans une famille plus ou moins traditionnelle, ces mariages à la *fâtiha* peuvent faire l'objet d'une retraduction juridique dans les catégories du droit français en étant assimilés au concubinage s'il y a vie commune⁸⁴ ou, dans le cas contraire, le plus fréquent, à des fian-

auxiliaire de la religion » : AL GHAZALI, *Le livre des bons usages en matière de mariage*, traduction de Léon Berchet et Georges-H. Bousquet, Paris : A. Maisonneuve, 1953, p. 6.

79. Sauf pour le rite hanéfite où la femme non vierge peut consentir directement à son mariage.

80. Beate COLLET et Emmanuelle SANTELLI, « Le mariage "halal", réinterprétation des rites du mariage musulman dans le contexte post migratoire français », *Recherches familiales*, 9, 2012, p. 89.

81. CA Aix-en-Provence, 15 novembre 2005, n° 2005-293158.

82. Dans une réponse apportée le 8 mai 2007 à une question écrite posée par le député du Gard Étienne Mourrut, le ministère de l'Intérieur a ainsi reconnu que si la mosquée de Paris et les autres mosquées principales exigeaient la production d'un acte d'état civil préalable, ce n'était pas le cas des autres mosquées, attribuant cette entorse à la loi au fait que le mariage musulman constitue un contrat civil faisant l'objet d'une cérémonie privée au cours de laquelle intervient de manière incidente un *imâm* pour une courte prière : Question écrite n° 118221, réponse publiée au JOAN, 8 mai 2007.

83. Art. 433-21 du Code pénal.

84. La jurisprudence qualifie de concubinage une vie commune qui succéderait à une simple cérémonie religieuse : Cass. 1^{re} civ., 6 mai 1985 ; CA Paris, 8 décembre 1992.

çailles⁸⁵. Ces deux situations ouvrent des droits au profit des fiancés et des concubins, notamment le versement de dommages et intérêts en cas de préjudice matériel ou moral engendré par le décès d'un des fiancés⁸⁶, la restitution des cadeaux en cas de rupture des fiançailles⁸⁷, le concubinage allant jusqu'à permettre le partage des biens par moitié⁸⁸. Les mariés « à la *fâtiha* » pourraient donc tout à fait saisir la justice française afin de les faire valoir.

Une autre problématique ayant trait au mariage a récemment secoué la scène judiciaire, puis politique et surtout médiatique. Il s'agit de la virginité de la future épouse, qui ne constitue pourtant nullement une condition de validité du mariage musulman, puisque la rupture du lien conjugal est reconnue en islam, une épouse divorcée pouvant toujours se remarier. Ceci posé, il y a lieu de constater que cette pratique est vécue comme islamique par nombre de musulmans.

La virginité de la future épouse représente en effet un élément incontournable du mariage *halâl*, tel que précédemment défini, distinguant encore très nettement les jeunes filles issues de familles musulmanes des autres jeunes filles de leur âge, pourtant issues majoritairement de familles catholiques⁸⁹.

Bien que ne constituant pas une condition de validité du mariage en droit français, le tribunal de grande instance de Lille a considéré, le 1^{er} avril 2008⁹⁰, que la non-virginité de l'épouse, présentée au futur mari comme chaste avant le mariage, constituait une erreur sur les qualités essentielles du conjoint déterminante de son consentement, entraînant la nullité du mariage, conformément à l'article 180, alinéa 2 du Code civil. Cette décision judiciaire a fait l'objet de nombreux commentaires négatifs, tant dans les médias que sur la scène politique, au nom de la défense de la laïcité, du statut de la femme et de la liberté sexuelle. Leur ampleur a poussé la cour d'appel de Douai à suspendre ce jugement⁹¹, le Ministère public faisant pour sa part appel contre la volonté des parties. En rendant son jugement le 17 novembre 2008⁹², la cour d'appel de Douai ne s'est pas prononcée concernant l'erreur sur la virginité

85. Et ce, alors même que les fiançailles, et *a fortiori* le concubinage, ne constituent pas des normes islamiques, le mariage étant simplement précédé d'une demande (*khutba*) effectuée auprès du père de la future femme par le prétendant accompagné de proches parents.

86. Sous sa forme matérielle, ce peut être aussi bien le préjudice actuel résultant des frais engagés en vue de la cérémonie et du mariage lui-même (CA Rouen, 9 juill. 1952 : *D.*, 1953, *jurispr.* p. 13 ; CA Rennes, 30 juin 1983 : *D.*, 1986, inf. rap. p. 64) que le retard de celui-ci (TGI [tribunal de grande instance] Pontoise, 21 avril 1982, *Juris Data*, n° 1982-042882) mais on pourra aussi retenir l'indemnisation du préjudice futur lié à la perte des secours ou de l'assistance espérée.

87. Les cadeaux importants offerts par des tiers doivent être restitués : CA Paris, 22 novembre 1949, *D.*, 1950, *jurisprud.* p. 97 ; les bijoux offerts entre fiancés qui ont un caractère familial marqué doivent également l'être : Cass. 1^{re} civ. 19 décembre 1979, *D.*, 1981, *jurisprud.* p. 449, ainsi que ceux qui atteignent une très grande valeur eu égard aux revenus du fiancé : CA Versailles, 22 novembre 2002, *AJF*, mai 2003.

88. Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1989, *Bull. civ.*, 1989, I, n° 130.

89. Beate COLLET et Emmanuelle SANTELLI, « Le mariage "halal", réinterprétation des rites du mariage musulman dans le contexte post migratoire français », art. cité, p. 87.

90. TGI Lille, 1^{er} avril 2008 : *JCP G*, 2008, II, 10122, note G. Raoul-Cornéil ; *Dr. famille*, 2008, comm. 98, obs. V. Larribeau-Terneyre ; *D.*, 2008, p. 1389, note X. Labbé, n° 07/08458.

91. CA Douai, 19 juin 2008 : n° 95/8, ord. réf., 19 juin 2008 *JCP G*, 2008, act. 451.

92. CA Douai, 17 novembre 2008 : *JurisData* n° 2008-371528 ; *JCP G*, 2009, II, 10006, note Malaurie ; *Dr. famille*, 2008, comm. 167, obs. V. Larribeau-Terneyre ; *D.*, 2008, p. 2938, obs. V. Egéa, n° 08/03786.

de l'épouse, qui, selon la cour et en fonction des conclusions du demandeur, « n'est pas invoquée comme une qualité essentielle » ; elle s'est prononcée sur le mensonge et sur l'inaptitude de la femme à dire la vérité sur son passé sentimental et sur sa virginité. Ce faisant, elle a statué en réalité sur le dol comme cause de nullité de mariage et elle a refusé de prononcer la nullité⁹³.

Comme l'indique Guy Raymond : « On reste donc avec un jugement de tribunal d'instance qui admet l'erreur sur la virginité de l'épouse comme cause de nullité du mariage. La grande presse s'est apaisée alors que la cour d'appel de Douai ne répond pas à la question qu'elle avait soulevée⁹⁴. »

Plus récemment, ayant à se prononcer à propos d'un accident survenu dans une école ayant provoqué la rupture accidentelle de l'hymen d'une jeune fillette de sept ans, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a rejeté le lien de causalité invoqué par sa famille entre la rupture de l'hymen et l'impossibilité de demeurer dans le respect des croyances religieuses. Cependant, la cour a accordé une indemnité de 2 000 euros au motif que cet accident avait provoqué des douleurs physiques, mais avait également caractérisé « une perte de chance de cette petite fille d'aborder sa première relation intime dans des conditions similaires à celles auxquelles elle pouvait prétendre sans l'accident »⁹⁵, ce qui revient à considérer que, pour elle, issue d'une famille musulmane pratiquante, le fait de ne pas être vierge au mariage constitue un préjudice.

Conclusion. Confluences ou coexistences ?

L'emploi du terme « confluences » n'est pas fortuit. Il sous-tend différentes perspectives juridiques et plus largement sociétales. Il évoque le dialogue et le compromis, dont les développements qui précèdent constituent des exemples évocateurs. Mais si l'on s'écarte de l'actualité et que l'on se tourne bien imprudemment vers l'avenir, les confluences évoquent également la symbolique des eaux mêlées, du métissage, de l'hybridation⁹⁶, voire de la créolisation⁹⁷. On irait alors

93. Dans un arrêt en date du 2 décembre 1997, (Cass. 1^{re} civ., n° 96-10-498), la Cour de cassation a confirmé l'annulation d'un mariage au motif que l'épouse avait été trompée par son époux, lequel avait dissimulé un divorce antérieur faisant suite à un premier mariage célébré religieusement, alors qu'il savait que la valeur du mariage religieux avait pour son épouse de confession catholique une importance primordiale. Plus récemment (Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 2005, n° 02-21-259, *Droit de la famille*, 2006, comm. 22), la Haute Cour a également considéré que les convictions religieuses du futur époux peuvent être prises en compte dans la détermination des qualités essentielles, démontrant ainsi une jurisprudence constante en ce qui concerne les couples catholiques dont il faut relever qu'elle n'a pas entraîné d'oppositions médiatiques et politiques particulières.

94. « Mariage : Les conditions à réunir dans la personne des époux », *JurisClasseur Civil Code*, Art. 144 à 147 Cote : 04,2009.

95. CA Aix-en-Provence, « Zineb B. C/ Mutuelle Assurances de l'Éducation MAE », 4 décembre 2009, n° 2009/689.

96. Dans l'anthropologie moderne, l'hybridité (ou métissage) est théorisée comme l'ensemble des processus résultant de la combinaison des peuples et des cultures.

97. « J'appelle créolisation des contacts de cultures en un lieu donné du monde et qui ne produisent pas un simple métissage, mais une résultante imprévisible », Édouard GLISSANT, « Nous sommes tous créoles », entretien accordé à Thierry Clermont et Odette Casamayor, *La création*, 1998.

vers des créations juridiques originales empruntant à des traditions culturelles, voire juridiques diverses.

Ce phénomène a déjà été observé. Ainsi, en Haïti, le Code civil de 1825 s'est écarté du Code civil napoléonien en y adjoignant des normes « indigènes », ces dernières étant « rationalisées » conformément à l'esprit de ce dernier⁹⁸. De même, au Maghreb, comme dans d'autres contrées du monde arabo-musulman, la logique juridique occidentale s'est largement imposée tout en préservant des poches de normativité islamique et en agissant sur celles-ci, ce phénomène aboutissant davantage à une juxtaposition, voire à un décalque qu'à une création, l'islamité préexistant à la colonisation et constituant de ce fait une référence, voire un refuge identitaire. Celui-ci a été plus efficace que n'a pu l'être la « négritude » ou la « créolité », aux Antilles, marquées par la disparition voire, pour les îles Mascareignes, l'absence de populations autochtones.

Ce n'est évidemment pas le cas en Europe où, si les cultures ont été façonnées par des influences diverses et doivent beaucoup à la civilisation arabo-musulmane, cet apport longtemps nié est redécouvert à la faveur d'une implantation musulmane encore largement perçue comme étrangère même si trois générations se sont déjà succédé en France. De fait, les points de friction restent encore nombreux, certaines normes islamiques, particulièrement vestimentaires, faisant l'objet d'un rejet massif en droit français.

Dans l'avenir, une autre alternative pourrait aussi apparaître, celle d'un droit « à la carte », les individus décidant du droit qui leur est applicable au nom de l'autonomie de la volonté. Si celle-ci s'oppose à l'universalisme républicain qui rejette tout particularisme juridique, elle est à déjà l'œuvre dans plusieurs pays occidentaux qui n'ont pas la même prévention à l'égard du communautarisme⁹⁹. Elle s'insère dans un mouvement plus global, celui de l'affirmation du rôle des individus sur la scène internationale, observé par Bertrand Badie, constitué par un accroissement des arbitrages consentis par ces derniers entre un statut de citoyen qui les lie à un territoire et une pluralité d'identités autres, religieuse, linguistique, familiale, qui peuvent s'inscrire en complémentarité ou en opposition avec ce statut¹⁰⁰. Comme l'a dit Montesquieu, « lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même »¹⁰¹. Mais si

98. André G. CABANIS et Michel Louis MARTIN, « Un exemple de créolisation juridique modulée : le Code civil haïtien de 1825 et le Code Napoléon », *Revue internationale de droit comparé*, 2, 1996, p. 443-456.

99. Plusieurs provinces canadiennes de *Common Law* permettent de recourir à un arbitrage privé par des autorités religieuses pour régler des conflits familiaux alors que le Québec les interdit. C'est également le cas au Royaume-Uni où, depuis 1982, l'Islamic Shari'a Council offre aux couples des services professionnels de conciliation concernant divers aspects du droit musulman. En Belgique, Le Code de droit international privé du 16 juillet 2004 accorde une reconnaissance à l'autonomie de la volonté dans différents domaines : les contrats, les régimes matrimoniaux, mais également pour les questions de divorce (art. 55), les obligations alimentaires (art. 75, § 1) et les successions (art. 79). Le Règlement européen de coopération renforcée entre les États en matière de divorce, en date du 21 juin 2012, permet aux époux de nationalité différente ou vivant à l'étranger de choisir par convention, lorsqu'ils divorcent, la procédure applicable qui pourra être celle de l'État où ils ont leur résidence habituelle, de celui dont l'un des époux a la nationalité lors de la conclusion de la convention, de celui de leur dernière résidence ou de la juridiction saisie.

100. Bertrand BADIE, *La fin des territoires : essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Paris : Fayard, 1995.

101. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, XXIX, chap. 18.

l'on s'inscrit dans cette perspective, il s'agirait alors de rechercher moins des zones de confluences entre différents ordres normatifs que les voies d'une coexistence, en l'espérant pacifique.

■ Pour en savoir plus

- BARRIERE-BROUSSE Isabelle, « Le juge civil français face aux règles religieuses », *Annuaire droit et religions*, 4, 2009-2010, p. 399-412.
- BOUBEKEUR Amel, « Le jeune marché matrimonial musulman en France : un espace entre spontanéité et institutionnalisation », *Confluences Méditerranée*, 46, 2003, p. 157-167.
- DE BONNAFOS Vincent, « La réception de la finance islamique en droit français », *Annuaire droit et religions*, 6, 2012-2013, tome 2, p. 535-549.
- DUPRET Baudouin, « La Charia, des sources à la pratique, un concept pluriel », Paris : La Découverte, 2014.
- FORTIER Vincente, « Le juge, gardien du pluralisme confessionnel », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 3, 2006, p. 1-28.
- FRÉGOSI Franck, « Recevabilité du droit islamique dans les États européens, entre revendication sociale, mise en œuvre limitée et enjeu symbolique », in ID. (dir.), *Lectures contemporaines du droit islamique : Europe et monde arabe*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 121-152.
- FULCHIRON Édouard, BIDAUD-GARON Christine, CORNUT Étienne et DEVERS Alain, *L'étranger en France, face et au regard du droit*, Paris : La Documentation française (Mission de recherche droit et justice, Centre du droit de la famille, Université Jean Moulin Lyon III), 1999.
- GAFSIA Nawel, « Discours médiatiques, politiques et juridiques autour d'un mariage annulé pour erreur sur la virginité », *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2009, p. 69-88.
- OUBROU Tariq, « La *shari'a* de minorité : réflexions pour une intégration légale de l'islam », in Franck FRÉGOSI (dir.), *Lectures contemporaines du droit islamique : Europe et monde arabe*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 205-230.
- PAPI Stéphane, « L'insertion des mosquées dans le tissu religieux local : approche juridique et politique », *Revue du droit public*, 5, sept.-oct. 2004, p. 1339-1353.
- PAPI Stéphane, « Laïcité et islam dans l'espace franco-maghrébin : quelles évolutions juridiques ? », *Études et essais du Centre Jacques Berque*, 18, oct. 2013.
- ROULAND Norbert, « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et Société*, 46, 2000, p. 519-545.
- RUDE-ANTOINE Edwige, « La prise en considération et la reconnaissance du statut personnel des étrangers par l'ordre juridique français », in Marc AOUN (dir.), *Les statuts personnels en droit comparé : évolutions récentes et implications pratiques*, Leuven : Peeters, 2009, p. 175-196.

■ **L'auteur**

Docteur en droit, HDR, Stéphane Papi est chercheur associé à l'Institut de Recherches et d'Études sur le Monde Arabe et Musulman (IREMAM), au Centre Jacques Berque à Rabat ainsi que dans l'équipe « Droit et Religions » du laboratoire LID2MS de l'Université Aix-Marseille. Il mène ses recherches sur les problématiques juridiques posées par l'émergence de l'islam en France et en Europe, sur la gestion étatique du fait religieux au Maghreb, et plus largement sur les conséquences juridiques de la globalisation et de l'individualisation du phénomène religieux dans l'espace euro-méditerranéen.

Parmi ses publications récentes :

— « La commensalité à l'épreuve des demandes de repas Halâl dans les cantines scolaires publiques françaises », in Khadiyatoullah FALL, Mouhamed ABDALLAH LY, Mouloud BOUKALA *et al.* (dir.), *Le Halâl dans tous ses états*, Québec : Presses de l'Université Laval, 2014 ;

— « Islam et laïcité dans l'espace franco-maghrébin : quelles évolutions juridiques ? », *Études et essais du Centre Jacques Berque*, 18, octobre 2013 ;

— « L'influence juridique islamique au Maghreb. Algérie-Libye-Maroc-Mauritanie-Tunisie », Paris : L'Harmattan, coll. « Histoire et Perspectives Méditerranéennes », 2009.

Sommaire

Dossier

Les recompositions de la justice pénale délictuelle en France coordonné par Virginie Gautron et Jean-Noël Retière

Virginie Gautron, Jean-Noël Retière	<i>Le traitement pénal aujourd'hui : juger ou gérer ? Présentation du dossier</i>
André Lenoir, Virginie Gautron	<i>Les pratiques des parquets face à l'option politique de réduire le taux de classement sans suite</i>
Gildas Roussel	<i>L'essor de l'ordonnance pénale délictuelle</i>
Jean-Noël Retière, Camille Trémeau	<i>La répression de l'alcool au volant. Une réponse pénale sous tensions</i>
Claire Saas	<i>La catégorisation des peines, socle fragile de normalisation du condamné. Illustration par l'emprisonnement assorti du sursis avec mise à l'épreuve</i>
Sylvie Gruyvald	<i>La diversification de la réponse pénale : approche du point de vue des victimes</i>

Études

Olivier L. Courtemanche	<i>Conséquences juridiques et sociales des revendications foncières autochtones : regards sur le droit interaméricain</i>
Stéphane Papi	<i>Normes islamiques et droit interne en France : de quelques zones de confluentes</i>
Agatha Verdebout	<i>La définition coutumière du terrorisme d'Antonio Cassese : de la doctrine au Tribunal spécial pour le Liban</i>

À propos

Jean-Guy Belley	<i>Le « droit social » de Guatémala : trop beau pour être vrai ?</i>
Catherine Le Bris	<i>Le droit comme « langage de la société »</i>
Alain Blanc	<i>Quelles perspectives pour la justice de demain ?</i>

Chronique Bibliographique

Prix : 55 €

ISBN 978-2-275-02891-0



9 782275 028910

RESEAU EUROPEEN
DE COMMUNICATION
ENTRE REVUES D'ÉTUDES
SUR LE JURIDIQUE



HERMES